



EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO FAMILIA Y SU RECEPCIÓN EN EL  
ORDENAMIENTO JURÍDICO

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO PRIVADO

Alumno: Gabriel Muñoz Bonacic

Profesor Guía: Cristián Lepin Molina.

Santiago, Chile

2014

## TABLA DE CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	1
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA FAMILIA</b> .....	9
1. Significado etimológico.....	9
2. La familia en los albores de la humanidad.....	10
3. La familia en la Grecia clásica.....	14
3.1. Matrimonio, filiación y divorcio en Grecia.....	17
4. La familia en Roma.....	22
4.1. El parentesco.....	26
4.2. El matrimonio en la sociedad Romana.....	28
4.3. Los esponsales y las formas de contraer el vínculo matrimonial.....	33
4.3.1. <i>La conferratio</i> .....	34
4.3.2. <i>La coemptio</i> .....	37
4.3.3. <i>El usus</i> .....	37
4.4. La dote.....	38
4.5. La disolución del matrimonio.....	41
4.6. La filiación.....	45
4.7. La adopción.....	46
4.8. <i>La adrogatio</i> .....	49

4.9. El concubinato.....	52
5. La tipología de la familia Romana.....	54
5.1. El tránsito de familia extensa amplia o compuesta a la familia nuclear.....	54
5.2. <i>Res Privata- Res Pvblica-Imperium</i> .....	57
5.3. El pensamiento cristiano en la articulación de la nueva familia Romana.....	59
5.4. Los peculios y los derechos hereditarios como sustento de la modificación familiar.....	63
6. La familia en la Edad Media.....	66
7. La familia con la revolución francesa.....	70
8. La familia en la actualidad.....	73

## **CAPÍTULO II**

<b>EL ESTADO DE FAMILIA.....</b>	<b>79</b>
1. Los elementos articuladores de la relación familiar.....	79
a) Comunidad de personas.....	79
b) <i>Affectio familiaris</i> .....	80
c) Relación de pareja o parentesco sanguíneo.....	80
d) Autoridad directiva.....	81
e) Residencia.....	83
2. Concepto de familia.....	84
3. Fines de la familia.....	89
a) Sexualidad y reproducción de la especie.....	89

b) Económico y producción.....	90
c) Social y cultural.....	91
d) Político y poder.....	92
4. La familia como agrupación biológica, sociológica y jurídica.....	94
a) Agrupación biológica.....	94
b) Agrupación sociológica.....	95
c) Concepto jurídico.....	99
5. La naturaleza jurídica de la familia.....	104
a) La familia como persona jurídica.....	104
b) La familia como organismo.....	108
c) La familia como institución.....	109
6. Familia de hecho y de derecho.....	113
6.1. La familia de derecho.....	113
6.2. La familia de hecho.....	122
6.2.1. La familia de hecho en personas del mismo género.....	129

### **CAPÍTULO III**

<b>EL CONCEPTO DE FAMILIA EN LOS CUERPOS LEGISLATIVOS DE NUESTRO PAÍS.....</b>	<b>136</b>
1. La familia en los primeros Reglamentos Constitucionales.....	136
2. La familia en las Constituciones Políticas de la República.....	139

2.1. La Constitución Política de 1818.....	139
2.2. La Constitución Política de 1822.....	141
2.3. La Constitución Política de 1823.....	143
2.4. La Constitución Política de 1828.....	145
2.5. La Constitución Política de 1833.....	147
2.6. La Constitución Política de 1925.....	150
2.7. La Constitución Política de 1980.....	153
3. La familia en el Código Civil.....	177
3.1. Matrimonio y régimen patrimonial.....	177
3.2. Bienes Familiares.....	184
3.3. Familia y alimentos.....	187
3.3.1 La situación anterior a la ley 19.585.....	187
3.3.2. La situación con posteridad a la ley 19.585.....	191
3.4. Familia y guardas.....	194
3.5. El derecho de uso y habitación.....	199
3.6. Familia y sucesión por causa de muerte.....	201
3.6.1. La situación previa a la ley 19.585.....	203
3.6.2. La situación con posteridad a la ley 19.585.....	206
4. La Familia en la ley de matrimonio civil.....	217
4.1. La situación antes de la modificación.....	218
4.2. La familia con la ley 19.947.....	221
5. La familia en la ley de violencia intrafamiliar.....	232

5.1. La primera ley de violencia intrafamiliar 19.325.....	232
5.2. La actual ley de violencia intrafamiliar 20.066.....	236
6. La familia en la ley de adopción.....	242
6.1. La familia en la ley 7.613.....	243
6.2. La familia en la ley 16.346.....	249
6.3. La familia en la ley 18.703.....	253
6.3.1. La adopción simple.....	253
6.3.2. La adopción plena.....	256
6.4. La familia en la actual ley 19.620.....	262
7. La familia en los tratados internacionales suscritos por Chile.....	276
7.1. La declaración Americana de los derechos y deberes del hombre.....	277
7.2. La Declaración Universal de Derechos Humanos.....	279
7.3. La Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	282
7.4. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	285
7.5. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	287
7.6. La Convención sobre la eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.....	290
7.7. La Convención de los Derechos del Niño.....	296
8. Los proyectos de ley sobre uniones civiles o de hecho.....	305
8.1. El proyecto sobre fomento de la no discriminación y contrato de unión civil entre personas del mismo sexo.....	306
8.2. El proyecto de ley que establece un régimen legal para las uniones de	

hecho.....	309
8.3. El proyecto de ley que establece regulación para las uniones de hecho.....	311
8.4. El proyecto que regula la celebración del contrato de unión civil y sus consecuencias patrimoniales.....	314
8.5. El proyecto que establece un pacto de unión civil.....	317
8.6. El proyecto que regula los pactos de uniones civiles.....	321
8.7. El proyecto regulatorio de la figura contractual de acuerdo de vida en común.....	325
8.8. El proyecto de ley que crea el acuerdo de vida en pareja.....	329
9. Los proyectos de ley destinados a cautelar el matrimonio entre personas de distinto sexo.....	334
9.1. El proyecto que modifica el artículo 31 de la ley 19.620 sobre Adopción de Menores.....	334
9.2. El proyecto que sustituye el inciso quinto del artículo 1° de la Constitución Política de la República.....	335
9.3. El proyecto que reforma el artículo 1° de la Constitución Política de la República con el objeto de fortalecer la protección de la familia.....	336
10. Los proyectos de ley que posibilitan la unión conyugal de personas del mismo sexo.....	338
10.1. El proyecto sobre el contrato de matrimonio entre personas del mismo sexo.....	338

## **CAPÍTULO IV**

<b>EL CONCEPTO DE FAMILIA EN LA JURISPRUDENCIA</b> .....	344
1. Corte de Apelaciones de Concepción, 31 de Marzo de 2008.....	344
2. Corte de Apelaciones de Concepción, 23 de Marzo de 2007.....	346
3. Juzgado de Letras de Río Negro, 31 de Octubre de 2000.....	349
4. Juzgado de Letras de Arica, 13 de Enero de 2003.....	351
5. Corte Suprema, 21 de Agosto de 2006.....	355
6. Corte de Apelaciones de La Serena, 08 Enero de 2007.....	357
7. Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	360
8. Tribunal Constitucional.....	365
<b>CONCLUSIONES</b> .....	372
<b>ANEXOS</b> .....	381
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	514



## RESUMEN

Nuestro legislador protegió a la familia de derecho o articulada mediante el matrimonio como su única forma de manifestación. Lo anterior sufrirá un cambio o giro con la entrada en vigencia de las leyes 19.585 sobre Filiación, 19.947 de Matrimonio Civil y 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, las que establecen los mismos derechos para los hijos, posibilitan el divorcio por la sola manifestación de voluntad, reconociendo, además, la violencia entre convivientes. Lo anterior se traduce en que el matrimonio es la principal forma de manifestación de la familia, pero en ningún caso la única de ellas, otorgando amparo y reconocimiento legal a las uniones de hecho o simple convivencia, incluso a las personas del mismo género.

## INTRODUCCIÓN

El concepto “familia” es trascendente y controversial tanto en el ordenamiento jurídico nacional como extranjero ya que es difícil determinar con precisión sus distintos elementos, en efecto, la ley romana, los códigos clásicos y los cuerpos constitucionales sólo hacen una referencia tangencial impidiendo consignar con claridad su composición, estructura y los límites de la misma.

Así, nuestra carta fundamental, en su artículo primero se limita a señalar que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, respecto de lo cual existe plena conformidad tanto entre las posturas conservadoras como en las más liberales, sin embargo, el vacío legal en cuanto a su composición como a su naturaleza jurídica desata una de las más fuertes, polémicas e intensas discusiones en el ámbito dogmático como práctico, incorporando en ella argumentación histórica, ética, moral, ideológica, filosófica y religiosa, impidiendo así dimensionar concretamente el esencial concepto. Basta un somero análisis de nuestros cuerpos normativos para verificar la dicotomía existente.

En ese orden de ideas, el actual artículo 815 del Código Civil, en una aproximación más concreta, al tratar los derechos de uso y habitación, señala que *“la familia comprende al cónyuge y los hijos, tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aún cuando el usuario*

*o el habitador no esté casado ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución”,* de este modo, se desliga el vínculo matrimonial como uno de los elementos que la componen. Contrario sensu, el vigente artículo 141 del mismo cuerpo legal, al referirse a los bienes familiares, dispone que la cautela del inmueble que sirve de residencia principal a la familia como los bienes muebles que lo guarnecen, sólo es aplicable en la medida en que existan cónyuges, es decir, la unión del hombre y la mujer amparada por un vínculo de derecho como lo es matrimonio, lo que constituye el punto de partida para los debates doctrinarios sobre los elementos que articulan e integran la familia.

La entrada en vigencia de la “Nueva Ley de Matrimonio Civil”, que vino a sustituir la antigua legislación que databa del año 1884, constituyó el cambio más profundo y radical de nuestra estructura familiar, ya que termina con la burda y fraudulenta nulidad matrimonial basada en la incompetencia del Oficial del Registro Civil en relación con el domicilio de los contrayentes, y por primera vez luego de 120 años, se materializa un cuerpo normativo con divorcio que disuelve el vínculo matrimonial, verificada la separación de hecho de los cónyuges. Además, del establecimiento del divorcio sanción o por culpa, cuando se ha incurrido en una violación grave de los derechos y obligaciones que impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos que torne intolerable la vida en común.

Sólo cabe recordar para el desarrollo del presente trabajo, cuán ardua, extensa y polémica fue la discusión de esta ley entre los diversos estamentos sociales, ya que reflejó como elemento de fondo que no sólo estaba la posibilidad de disolver el matrimonio en sí, sino más bien, la destrucción de la “familia de derecho” o sea la que se funda únicamente en el estatuto matrimonial. Por ello, tal disposición legislativa, en su artículo 1° se limita señalar que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, para indicar que el matrimonio es la base principal de la familia, dejando abierta la posibilidad de otra forma de manifestación, que aunque no principal, pueda ser considerada y protegida como familia.

La falta de fisonomía sobre su composición se demuestra de mejor modo en la ley 20.066 de violencia intrafamiliar, ya que en conformidad al artículo 1° su *objeto* “es prevenir, sancionar y erradicar la violencia al interior de la familia”, para luego en su artículo 5°, definir la misma como el 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, procediendo también cuando ocurra entre los padres de un hijo en común, o recaiga sobre persona menor de edad, adulto mayor o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de los integrantes del grupo familiar”*, así las cosas, se amplía la noción e integración de familia, custodiando y protegiendo las uniones constituidas

por la mera convivencia.

Todo lo anterior sirve de fundamento para exponer la terminología “familia” con sus elementos, posturas y fundamentos, en donde la realidad fáctica o social pone en jaque o en una situación en extremo compleja la tipología de la familia tradicional, la que durante mucho tiempo se fundó en la unión amparada por un matrimonio, mentalidad que en nuestro país sufre un giro desde fines del siglo XX, en donde la creciente unión afectiva o comunidad de vida entre el varón y mujer sin vínculo nupcial, puso de manifiesto la necesidad de establecer un marco regulatorio en beneficio de los hijos y sus progenitores, lo cual, se tradujo en la promulgación de la ley 19.585, el 26 de Octubre de 1998, la que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, eliminando una odiosa y discriminatoria legislación que distinguía entre hijos legítimos, ilegítimos y naturales, otorgando ahora, los mismos derechos en materia de alimentos y sucesorios a todos ellos, sean o no matrimoniales, encarnando el principio de igualdad y la necesidad de ellos de acceder a una familia.

El debate en torno a estos cuerpos normativos parece no haberse agotado, toda vez que, la discusión respecto del concepto y composición de la familia se acelera cada día más, ya que en nuestros días comienza a cobrar relevancia la regulación de las uniones de hecho entre parejas del mismo y distinto sexo, el matrimonio entre personas del mismo género y la adopción de niños por

cualquiera de las parejas referidas.

Cabe señalar que en el último Censo de Población y Vivienda del año 2012, un 16,2% de los chilenos articula su realidad familiar en torno a la mera convivencia, mientras que el Registro Civil nos indica que en el año 2012 del total de niños nacidos tan sólo tan sólo el 30,27% lo hizo bajo el matrimonio de sus padres, mientras que la gran mayoría, es decir, el 69,73 se materializó sin unión conyugal de sus progenitores.

Por ello resulta de gran interés analizar el concepto familia, poder comprender su composición y estructura a lo largo del tiempo, en especial en la sociedad chilena, para exponer las conclusiones de su permanente proceso evolutivo y para determinar si es o no necesario definir legalmente esta institución, es importante señalar que no se pretenderá pronunciar una concepción precisa y concreta que satisfaga todos los requerimientos de las distintas posturas analizadas, ya que si no se ha podido efectuar en cientos de años tampoco lo logrará el presente trabajo académico, sino, más bien indagar en sus elementos constitutivos que permitan acercarse a una noción básica para distinguirla de otras agrupaciones sociales, siendo el objetivo principal, precisar cual de ellas es la que merece la protección del legislador como grupo primario e irreductible de la sociedad.

La posible solución del problema planteado pasa por un criterio dogmático,

práctico e interpretativo, no sólo de aquellos que intervienen en el proceso formativo de la ley y su posterior aplicación, es decir, tanto de la potestad del ejecutivo, del legislador y de los tribunales de justicia, sino de todos los sectores y estamentos de la sociedad, ya que sólo un análisis integral que considere la realidad fáctica ayudará a determinar un acercamiento al concepto, su cautela legal y los elementos que componen esta esencial comunidad de vida.

Basándose en ello, la hipótesis planteada es demostrar que el legislador nacional ha pretendido proteger únicamente la familia matrimonial, reconociendo y amparando únicamente la articulada mediante el enlace conyugal, homologando en diversas ocasiones el término matrimonio con el de familia.

El tipo de investigación es documental mediante bibliografía que permita abordar las bases doctrinarias y dogmáticas del tema a desarrollar, no sólo con textos jurídicos sino que también los de carácter sociológico que ayuden a entender la familia como un proceso social y evolutivo, abordando una dinámica descriptiva, correlacional y explicativa.

En primer término descriptiva, ya que se pretende arribar a una aproximación del concepto en estudio, identificando criterios, presupuestos o elementos rectores que en la medida de lo posible permita distinguir o identificar cuando se está en presencia de una familia.

En segundo termino se aborda una dinámica correlacional, ya que se pretende establecer si existe relación entre las variables de la hipótesis planteada. Es decir, si la variable independiente “reconocimiento y protección legislativa de la familia”, afectará a la variable dependiente, a saber “matrimonio y/o uniones de hecho”. Lo anterior contribuirá a responder la interrogante principal de este trabajo, cual es, si el reconocimiento y protección del ordenamiento jurídico respecto de la familia se focaliza sólo en la unión conyugal o también abarca otras agrupaciones sociales.

En tercer lugar, por medio del análisis de jurisprudencial alcanzar el nivel explicativo, desarrollando las distintas bases o teorías planteadas por los tribunales de justicia para explicar, en el marco de aplicación e interpretación de la ley, cual es el criterio de dicho poder del estado en la construcción de la familia.

En el marco investigativo se utilizan seis métodos, ellos son: el histórico, comparativo, exegético, analítico, sintético y dialéctico.

En el primer capítulo se tratan los antecedentes históricos y los orígenes de la familia, abordando principalmente su estructura en Roma, Grecia, la Edad Media y época contemporánea.

En el segundo capítulo se analizan los aspectos teóricos de la familia, es decir, su naturaleza jurídica, su vinculación con la ley natural y positiva, con las



relaciones afectivas derivadas de la convivencia y el matrimonio, analizando sus posibles componentes estructurales, recurriendo para tal finalidad al método analítico, analizando cada una de sus partes.

En el tercer capítulo se estudia la recepción del concepto de familia en cada uno de los cuerpos legales nacionales, para así comprender que visión recoge nuestra Constitución Política, el Código Civil, la ley 19.947 sobre Matrimonio Civil, la ley 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, la ley 19.585 sobre Filiación, la ley 19.620 sobre Adopción para lo cual se recurre al método exegético. Asimismo, se aborda el impacto que genera la entrada en vigencia de tratados de derechos humanos e instrumentos internacionales, como también los distintos proyectos de ley que pretenden reglamentar las uniones de hecho para lo cual se recurre al método comparativo y analítico.

En el cuarto capítulo se abordará el concepto en consideración al análisis jurisprudencial, indagando que entiende por familia en la jurisprudencia, confrontando las diferentes teorías planteadas exponiendo diferencias y semejanzas por medio de los métodos dialéctico y comparativo.

Finalmente se exponen las conclusiones de este trabajo respecto al concepto en estudio.

## CAPÍTULO PRIMERO

### EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA FAMILIA

#### 1. Significado etimológico

El término familia genera controversia con respecto a su definición, composición, alcances y límites, la discusión se ha extendido desde la antigua Roma hasta nuestros días sin resultado positivo, por ello, el tratadista español Calixto Valverde sostiene que resulta casi inútil la labor del filólogo para referirse a ella<sup>1</sup>, profundizando una discusión desde la etimología misma del concepto.

Siguiendo a Ramos, el origen de la palabra objeto de este trabajo se encuentra en la voz *famulia*, por derivación de *famulus*, el que a su vez deriva del vocablo osco<sup>2</sup> *famel* que significa siervo, y más remotamente del sánscrito<sup>3</sup> *vama* que corresponde a hogar o habitación<sup>4</sup>. Mientras que los profesores Francisco Samper y Gonzalo Figueroa, indicaban que su origen está en el término sirviente, siervo o esclavo<sup>5-6</sup>. Con lo anterior concuerda el profesor peruano Medardo Nizama, sin perjuicio de señalar que familia es una adaptación de *fames*, que significa hambre,

---

<sup>1</sup> VALVERDE, Calixto, Tratado de Derecho Civil Español, 4 ed, Valladolid, España, Talleres Tipográficos Cuesta, 1938, t4, 10.

<sup>2</sup> Lengua itálica hablada en el corazón de la península en el período comprendido entre los años 400 a.C al siglo I d.C, en Promotora Española de Lingüística, Lengua Osca [en línea] <<http://www.proel.org/index.php?pagina=mundo/indoeuro/italico/osco>> [consulta 28 Junio 2012]

<sup>3</sup> Lengua clásica por excelencia de la civilización India en GUTMAN, A, Clases de Sánscrito [en línea] [http://www.elportaldelaindia.com/El\\_Portal\\_de\\_la\\_India\\_Antigua/Sanscrito.html](http://www.elportaldelaindia.com/El_Portal_de_la_India_Antigua/Sanscrito.html) [consulta 28 Junio 2012]

<sup>4</sup> RAMOS, René, Derecho de Familia, 5 ed, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005, t1, 11 p.

<sup>5</sup> SAMPER, Francisco, Derecho Romano, 2 ed, Santiago, Chile, Editorial Universidad Católica de Chile, 2007, 189 p.

<sup>6</sup> FIGUEROA, Gonzalo, Persona, Pareja y Familia, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1995, 66p.

tanto de apetito alimentario como sexual, debido a que esa es la necesidad básica que debe ser cubierta por cualquier núcleo familiar<sup>7</sup>.

Por lo expuesto, Corral considera que el término en análisis fue forjado tomando como base la casa o sede física donde residían ciertas personas, ampliándose luego su significado para comprender elementos ligados a ella, como los bienes y esclavos, para finalmente abarcar el conglomerado de personas que la habitan<sup>8</sup>.

## 2. La familia en los albores de la humanidad

La familia ha sido testigo de un largo proceso evolutivo, tal vez uno de los tránsitos históricos más extensos que recuerden los tiempos. Siguiendo a la historiadora y psicoanalista francesa Elisabeth Roudinesco, podemos distinguir tres grandes períodos en su evolución. El primero de ellos fundado en la tradición, sirve, ante todo, para asegurar la transmisión de un patrimonio, de modo que las uniones conyugales eran acuerdos entre los padres sin tomar en cuenta la vida afectiva y sexual de los jóvenes contrayentes caracterizado por un sometimiento total a la autoridad patriarcal. El segundo momento, corresponde a la llamada familia moderna, que se impone desde fines del siglo XVIII hasta mediados del

---

<sup>7</sup> NIZAMA VALLADOLID, Medardo, La Familia en el Derecho Romano y en el Ordenamiento Actual, Revista de Derecho y Ciencia Política Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Vol. 66 (1 y 2): 275-295, Junio 2008.

<sup>8</sup> CORRAL, Hernán, Familia y Derecho Estudios Sobre la Realidad Jurídica de la Familia, Santiago, Chile, Colección Jurídica Universidad de Los Andes, 1994, 2 p.

XX, en el que se recepcionan los intereses afectivos, el amor romántico y reciprocidad de los deseos carnales, dividiéndose el trabajo y educando a los hijos a través de los ideales de la nación. Finalmente, el último período comienza a partir de la década de 1960, en el que se impone la llamada familia contemporánea o postmoderna, la que une temporalmente a dos individuos en búsqueda de relaciones íntimas o expansión sexual, y que se constituyó en el rostro concreto de problemas respecto de la atribución de autoridad, asociado a la par con un significativo aumento de divorcios, separaciones y recomposiciones conyugales<sup>9</sup>.

En los albores de la humanidad no es posible referirse con precisión a la familia, ya que producto de los estados primitivos del ser humano existía la más absoluta promiscuidad en la que cualquier persona podía mantener relaciones sexuales con otra, sea pariente o extraño. La transición natural permitió sustituir la condición de *salvajismo* por la *endogamia*, que se caracterizó por la unión carnal de sujetos pertenecientes a una misma comunidad o población, su primera regulación o limitación fue la familia *consanguínea*, que excluyó el intercambio sexual de los padres con sus hijos, es decir en línea recta, y en una etapa

---

<sup>9</sup> ROUDINESCO, Elizabeth, La Familia en Desorden, Buenos Aires, Argentina, Fondo de Cultura Económica Argentina SA, ed en Español, 2005, 18-19 pp.

posterior se configuró la familia *punalúa* en la que se excluyó la copula entre hermanos<sup>10</sup>.

Lo anterior y la repugnancia del incesto generaron una diversificación de las relaciones carnales que dio lugar a la *exogamia* o vínculos entre individuos de distintas tribus o clanes, sin perjuicio que también es posible que este tipo de uniones no se haya debido al reproche moral del apareamiento entre individuos unidos por vínculos de sangre, sino que a la partida sin retorno de los varones a las guerras y a la escasez de mujeres, lo que permitió el intercambio de afectos corporales entre diversos sujetos, desde luego, sin la exclusividad o permanencia necesaria como para calificarlas de estables<sup>11</sup>.

El paso siguiente fue el nacimiento de las comunidades sedentarias y agrícolas configurando una estructura social en la que el varón se une con la mujer para dar origen a un núcleo fundado en el matriarcado, ello debido a la inseguridad que generaba la paternidad, generando así un parentesco denominado uterino, el cual, debido a la actividad militar y el ejercicio masivo del comercio derivó en la posterior manifestación de la autoridad del varón y su preponderancia en el

---

<sup>10</sup> CÓRDOBA, Marcos, VANELLA, Vilma, VÁSQUEZ, Ángela, Derecho de Familia Parte General, Buenos Aires, Argentina, La Ley, 2005, 14-16 pp.

<sup>11</sup> Ídem.

parentesco y articulación familiar por voluntad, al ser éste quien podía reconocer o negar la existencia de un hijo<sup>12</sup>.

El profesor Argentino Augusto Belluscio, distingue entre la teoría que considera a la madre como origen y centro de la familia de aquella que estima que su fundamento se encuentra entre la autoridad y protección del varón de más edad, puntualizando que el matriarcado se opone a la idea de superioridad y autoridad paterna, siendo éste último concepto una manifestación religiosa universal de los primeros períodos de civilización histórica de toda la humanidad<sup>13</sup>.

Si bien no existe certeza con respecto al matriarcado o patriarcado con respecto a la organización familiar, lo cierto es que en los primitivos pueblos que fueron alcanzando vagamente el grado de civilización, la figura del varón fue el factor determinante en la composición de este núcleo social.

La evolución y la estabilidad sexual comienza a manifestarse con la familia *sindiasmica*, en la cual se asentaron los primeros rasgos de la vida en pareja sin que existiere estabilidad o permanencia, desde luego, fundado en una completa autoridad del varón y el sometimiento de la mujer, entre los privilegios reservados

---

<sup>12</sup> LÓPEZ, Carlos, Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia, Santiago, Chile, Librotecnia, 2005, 33-34 pp.

<sup>13</sup> BELLUSCIO, Augusto, Manual de Derecho de Familia, 7 ed, Buenos Aires, Argentina, Astrea, 2004, t1, 14-15 pp.

al sexo masculino se puede señalar la permisibilidad del adulterio y la poligamia, y el consiguiente castigo de dichas conductas si las manifestaba la mujer<sup>14</sup>.

La estructura familiar *sindiasmica* o de vida en pareja se mantendría y se diversificaría como un rasgo distintivo de los pueblos occidentales, el que luego sería sustituido por una unión monógama con rasgos de estabilidad, lo que sería una consecuencia del robo y la compraventa de mujeres que le otorgó el carácter de cosa de difícil adquisición, estabilizando la familia y la relación de pareja, lo que significaría la gestación del matrimonio y el asentamiento del patriarcado, despertando el sentimiento paternal y el parentesco por la línea del varón, lo que perduraría como factor regulador para los primeros antecedentes legislativos que se manifestarían en tanto en Grecia como Roma articulando su organización familiar<sup>15</sup>.

### 3. La familia en la Grecia clásica

En conformidad a los relatos sobre la base de tradiciones del mundo helénico, la familia consistía en unir a dos personas que no pueden ser completas la una sin la otra, siendo esencial la vinculación del hombre con la mujer para los efectos de la perpetuación de la especie<sup>16</sup>. En la antigua Grecia, existían dos vocablos para

---

<sup>14</sup> CÓRDOBA, Marcos, VANELLA, Vilma, VÁSQUEZ, Ángela, Ob. cit, 14-16 pp.

<sup>15</sup> BELLUSCIO, Augusto, Ob. cit, 14-15 pp.

<sup>16</sup> NIZAMA, Medardo, Ob. cit, 275-295 pp.

referirse a ella, el primero de ellos, *oikos*, el que en sentido estricto quería decir casa y por extensión patrimonio, mientras que el segundo, *oiketat*, se refería al conjunto de personas sujetas al señor de la casa, entre los cuales se consideraban a la mujer, los hijos y esclavos<sup>17</sup>.

Así, la reunión de hombre con mujer y de amo con esclavo constituyó la primera forma de familia, por ello, Aristóteles, en su obra *la Política*, siguiendo al historiador Hesíodo en el verso de las obras y los días, señala que *“la primera familia la compusieron la casa después la mujer el buey arador; porque que el pobre no tiene otro esclavo que el buey. Así, pues, la asociación natural y permanente es la familia”*<sup>18</sup>.

Esta asociación como indica Carondas permite satisfacer las necesidades más básicas, y los miembros que la componen son los que *“comen en la misma mesa”*, o bien, como señalaría el Cretense Epiménides, *“los que se calentaban en el mismo hogar”*<sup>19</sup>. Por todo ello, Aristóteles, afirmaba que *“la familia griega es una convivencia querida por la naturaleza para los actos de la vida cotidiana, o bien, la comunidad constituida naturalmente para la satisfacción de las necesidades cotidianas”*<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> VALVERDE, Calixto Ob. cit, t4, 10 p.

<sup>18</sup> ARISTÓTELES, *La Política*, 1252b, trad DE AZCARATE, P, Madrid, España, Espasa Calpe, 19 ed, 1997, 4-7 pp.

<sup>19</sup> Ídem, Ob. cit.

<sup>20</sup> Ídem, Ob. cit.



En sus inicios la autoridad del padre se marcaba profundamente, y el mismo Homero afirmó en su tiempo que “*cada uno por separado gobierna como señor a sus mujeres e hijos. En su origen todas las familias aisladas se gobernaban de la misma manera. De aquí la común opinión según la que están los dioses sometidos a un rey, porque todos los pueblos reconocieron en otro tiempo o reconocen aún hoy la autoridad real, y los hombres nunca han dejado de atribuir a los dioses sus propios hábitos, así como se los presentaban a imagen suya*”<sup>21</sup>. De este modo, los componentes familiares son el amo, el esclavo, el marido, la mujer, el padre y los hijos, aunque se ha sostenido que en el pensamiento Aristotélico los esclavos sólo formaban parte de la familia bajo la mirada de unidad económica y no como entidad moral<sup>22</sup>.

Esta agrupación derivada de la utilidad y la convivencia dio origen a la Aldea, también conocida como *homogalactios* o criados con la misma leche, los que formaban un poblado o colonia<sup>23</sup>. En ella, además de la *oikos*, podíamos distinguir la *genos* o grupo de personas formadas por los descendientes de un antepasado común; y la *fratría* o agrupación de carácter religioso que rendía culto a Zeus y Atenea celebrando sacrificios y banquetes sagrados comunes<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> HOMERO, La Odisea, 9 ed, Santiago, Chile, Zig Zag, 2008, 88 p.

<sup>22</sup> CORRAL, Hernán, Ob. cit, 3 p.

<sup>23</sup> NIZAMA, Medardo, Ob. cit, 275-295 pp.

<sup>24</sup> GRUPO ELEUSIS, La Familia la Familia en Grecia y Roma, Madrid, España, Áurea Clásicos, 2008, Vol. 1-8 pp.

La jerarquía familiar, estaba constituida por un liderazgo absoluto del padre, el cual, era la cabeza y dueño de ella, la madre, era considerada inferior al varón y por lo tanto sometida a la autoridad de un hombre de la familia, los *paides* o hijos, son los que también dependen del padre. No obstante ello, la descendencia masculina podía independizarse y formar su propia familia, a diferencia de la femenina que siempre se encontraba subordinada, ya sea al padre o marido, finalmente se encontraban los *duloi* o esclavos que se desempeñaban en el rubro doméstico y en el campo, si bien no tenían derecho alguno recibían protección por los malos tratos<sup>25</sup>.

### 3.1. Matrimonio, filiación y divorcio en Grecia

El matrimonio era la institución básica para la conformación de la familia, las jóvenes contraían el vínculo aproximadamente a los quince mientras que los varones a los dieciocho años de edad. La novia no tenía facultades decisorias sobre la boda y su progenitor o padre era quien concertaba el enlace orientado por intereses económicos y sociales. En el caso de la viuda, su cónyuge era elegido por voluntad previa de su difunto marido o del hijo mayor o su padre<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Ídem, Ob. cit, 8 p.

<sup>26</sup> Ídem, Ob. cit, 8 p.

El ritual matrimonial estaba compuesto de una sucesión de actos precedidos por la *engyesis*, por medio de la cual, el padre de la novia, sin presencia de ella, y el novio firmaban el contrato nupcial y se fijaba la dote<sup>27</sup>.

Luego correspondía la elección del día para lo cual se procuraba que hubiese luna llena. La ceremonia propiamente tal tenía tres días de duración y estaba compuesta por la víspera, el matrimonio y el día siguiente.

En la víspera la novia ofrecía sus juguetes a la diosa Ártemis despidiéndose de su soltería, tomaba un baño de purificación para asegurar su fertilidad, y portaba un velo como símbolo de pureza o virginidad, mientras que el novio se cortaba el cabello y ofrecía sacrificios a los dioses. El matrimonio se celebraba con un banquete en casa del padre de la novia, luego de lo cual, el varón quitaba el velo a su mujer para iniciar una procesión acompañada de cantos con el traslado de ella hasta su nuevo hogar en donde era recibida por sus suegros, antes de su ingreso, se quemaba el eje del carro de transporte para que no pudiese regresar a su morada anterior, mientras los suegros arrojaban sobre su cabeza dátiles, nueces e higos en señal de bienvenida, para finalmente ingresar al tálamo o habitación nupcial. Al día siguiente los padres de la mujer contrayente llevaban los regalos a la pareja y entregaban la dote convenida, la novia recibía el nombre de *nynfe* o

---

<sup>27</sup> ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Buenos Aires, Argentina, Driskill SA, 1987, 9 p.

recién casada; y *gyné* o esposa cuando se configuraba su maternidad con el nacimiento de un hijo<sup>28</sup>.

Los niños nacían en sus hogares y la morada se pintaba de pez para alejar los malos espíritus, si el nuevo integrante era un varón se colocaba en la puerta de la morada una rama de olivo, mientras que en el caso de las niñas una cinta de lana. Al quinto o séptimo día se efectuaba una celebración denominada *anfidromias* que consistía en dar vueltas a la casa, por la cual se acogía al niño en el grupo familiar mientras se purificaba la vivienda, a la madre y a toda persona relacionada con el parto, lo anterior concluía al décimo día con un banquete en el que se asignaba nombre a la criatura y se entregaban diversos tipos de presentes y amuletos<sup>29</sup>.

La descendencia aumentaba el número de los miembros de la familia y por éste hecho se ingresaba a ella, sin embargo, por lo general éstas eran reducidas, permitiéndose el aborto y el abandono de infantes, en especial de niñas, no hace falta recordar el anhelo perfeccionista en la sociedad espartana en la cual los niños deformes eran arrojados al monte Taigeto<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> GRUPO ELEUSIS, Ob. cit, 9 p.

<sup>29</sup> Ídem, Ob. cit, 11 p.

<sup>30</sup> Cordillera del Peloponeso al sur de Grecia que se extiende aproximadamente por 100 km, en UNIVERSITAT DE LES ILLES BALEARS [en línea] <[http://fci.uib.es/Servicios/libros/articulos/di\\_nasso/Historia.cid220290](http://fci.uib.es/Servicios/libros/articulos/di_nasso/Historia.cid220290)> [consulta 30 Junio 2012]

También conocieron la adopción ante la falta de prole, la cual se manifestaba mediante un contrato o disposición testamentaria, lo que obedecía a una necesidad espiritual y jurídica, en el primer caso para evitar la desaparición del culto doméstico a la familia, y en el segundo debido a que el patrimonio o conjunto de bienes sólo podía ser legado a un descendiente directo<sup>31</sup>.

El divorcio no era ajeno al mundo helénico e implicaba la disolución de la familia en su dimensión tradicional, éste podía ser solicitado tanto por el marido como por la mujer, siendo mucho más simple para el cónyuge poder obtenerlo, el hombre no requería invocar motivo, sin embargo, las causas más comunes alegadas por él, radicaban en beneficios económicos derivados de otra posible unión o la esterilidad de su mujer y el adulterio, en caso de configurarse ésta última situación debía solicitarlo obligadamente ya que de lo contrario perdía sus derechos civiles. A diferencia del marido, la cónyuge sólo podía solicitarlo por causas muy calificadas previamente examinadas por quienes desempeñaban una labor similar a la judicatura, por ejemplo, malos tratos, pese a ello, no existen antecedentes que una mujer ateniense pudiese obtenerlo<sup>32</sup>.

El adulterio masculino sólo se configuraba cuando el marido yacía con la cónyuge legítima de otro, su sanción o penalidad era mínima y se castigaba

---

<sup>31</sup> GRUPO ELEUSIS, Ob. cit, 11 p.

<sup>32</sup> Ídem, Ob. cit, 10 p.

mediante la aplicación de una multa o el *rapanismós*<sup>33</sup>, en el caso de ser sorprendido en el mismo acto o *in fraganti*, se le extraía el pelo de sus partes íntimas, sin embargo, tal escarmiento sólo era aplicable a los adúlteros de las clases sociales más bajas, ya que los de mejor situación pagaban una multa evitando el público denuesto. En el caso de cometerlo la cónyuge, su sanción aparejaba el divorcio y el repudio con expulsión del hogar del marido, además de ello, se le prohibía salir ornamentada a lugares públicos, frecuentar santuarios y participar de los cultos de la ciudad con la finalidad de evitar corromper a sus congéneres. Si quebrantaba las prohibiciones descritas, cualquier varón que lo verificare podía quitarle los ornamentos, sus ropas e incluso golpearla pero no mutilarla, en caso de ser sorprendida por su cónyuge en el mismo acto sexual, se podía dar muerte al amante sin recibir sanción alguna, pese a ello, en la sociedad espartana se consideraba legítimo el adulterio de la mujer sólo si era con la finalidad de procrear<sup>34</sup>.

Como consecuencia de la disolución del enlace matrimonial el marido debía devolver la dote y, a su vez, podía elegir el nuevo marido para su ex cónyuge<sup>35</sup>.

De lo expuesto y para abordar la temática de este trabajo estamos en condiciones de señalar que en la antigua Grecia, la familia helénica se

---

<sup>33</sup> Castigo Helénico consistente en la introducción de un rábano en el recto, en GRUPO ELEUSIS, ob. cit, 10 p.

<sup>34</sup> Ídem, Ob. cit, 10 p.

<sup>35</sup> Ídem, Ob. cit, 10 p.

caracterizaba por constituir una agrupación económico-social aglutinada mediante el control o potestad omnímoda del *pater* o jefe de la familia, se articulaba en torno a lo que podemos denominar como *familia extensa amplia* o *familia compuesta*, es decir, integrada por una pareja o uno de los miembros de ésta, con uno o más hijos, y por otros miembros parientes y no parientes. Es importante indicar que el ordenamiento social y legal se encontraba elaborado para proteger o amparar una familia tradicional, es decir, la que se constituía mediante el vínculo matrimonial.

#### 4. La Familia en Roma

En la sociedad romana la expresión familia o *domus* sugiere diversas acepciones asociadas a comunidad de vida, en la cual se entrelazan intereses políticos y sociales pero esencialmente patrimoniales y de autoridad.

Ulpiano indicaba que “*llamamos familia a muchas personas que o por su naturaleza o de derecho, están sujetos a la potestad de uno solo*”<sup>36</sup>. También es posible referirse a ella en el sentido de disgregación de la *gens* o agrupación de familias con antepasado común sometidas a una misma potestad, toda vez que ello dio origen a las *familiae*<sup>37</sup> o una agrupación más pequeña bajo la misma autoridad. Como indicó Justiniano, “*Así, pues, aquel que nace de ti y de tu mujer,*

---

<sup>36</sup> DIGESTO 50.16.195.1 en Costa José Carlos, El Derecho de familia y de las Personas en Roma, Buenos Aires, Argentina, Estudio SA, 1997, 18 p.

<sup>37</sup> GRUPO ELEUSIS, Ob. cit, 18 p.

*está bajo tu potestad: del mismo modo el que nace de tu hijo y de su mujer, tu nieto o nieta, y también el biznieto o biznieta, y así sucesivamente*<sup>38</sup>.

La sociedad Romana se caracterizó por la completa construcción de un aparato legislativo al servicio de sus ciudadanos con tres pilares esenciales, los bienes, las personas y las acciones, entre ellos el derecho de familia como la proyección de la persona en su mínimo grado de organización social<sup>39</sup> y su marcada influencia como factor aglutinante de intereses políticos, económicos y sociales<sup>40</sup>.

El vocablo en análisis irremisiblemente nos conduce a la figura del *paterfamilias*, el cual, se constituyó en su eje articulador, ya que él es guía o director de todos los miembros de la agrupación familiar. *Paterfamilias* es aquel que no se encuentra sometido a la potestad de otra persona encontrándose en una situación de independencia económica y jurídica, el mismo generalmente carece de ascendientes vivos por la vía masculina, pudiendo ser un padre, abuelo o bisabuelo, lo anterior lo colocaba en la categoría jurídica de *sui iuris*, a diferencia de los *aliena iuris* o dependientes sometidos a su autoridad<sup>41</sup>.

Este poder que se ejercía sobre los integrantes del grupo familiar, característico de la época arcaica, recibía la denominación de *potestas*, y se denominaba *manus*

---

<sup>38</sup> INSTITUTAS 9.3 en SAMPER, Francisco, Ob. cit, 189 p.

<sup>39</sup> LÓPEZ, Carlos, Ob. cit, 36 p.

<sup>40</sup> BELLUSCIO, Augusto, Ob. cit, 17 p.

<sup>41</sup> COSTA José Carlos, Ob. cit, 25 p.



en el caso de la cónyuge, *patria potestas* sobre los hijos, *dominica* respecto de los esclavos, *dominium* sobre los bienes, *mancipium* sobre ciudadanos romanos que habían pasado a ser siervos, y *patronatus* sobre emancipados y clientes<sup>42</sup>.

El tratadista Eugéne Petit se refirió a ella en dos sentidos, el primero, “*como la reunión de personas colocadas bajo la autoridad o la manus de un jefe único*”, de este modo la familia se encuentra compuesta por el *pater* que es el jefe; los descendientes que están sometidos a su autoridad paternal, y la mujer in *manu* que está en una condición análoga a la de una hija<sup>43</sup>. Mientras que el segundo comprende al *pater* y demás personas unidas en un parentesco llamado *agnatio* o agnaticio, el cual subsiste una vez fallecido el padre, ya que si bien los hijos forman nuevas familias se consideran pertenecientes a una misma agrupación civil, por lo que familia son los agnados, es decir, el conjunto de personas unidas por el parentesco civil<sup>44</sup>.

Mientras que Samper se refiere a ella en un sentido patrimonial, como “*el conjunto de bienes que integran un patrimonio*”, y también de autoridad, al señalar que “*es el concepto según el cual se designa al conjunto de personas sometidas a*

---

<sup>42</sup> LÓPEZ, Carlos, Ob. cit, 36-37 pp.

<sup>43</sup> PETIT, Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, 23° ed, trad FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, J, Ciudad de México, México, Editorial Porrúa, 2007, 95-96 pp.

<sup>44</sup> Ídem, Ob. cit, 96 p.

*un jefe o paterfamilias, y muy particularmente, a las que entre éstas gozan de libertad*<sup>45</sup>.

Por su parte, Iglesias indica que si bien la familia es la célula primaria de la sociedad romana, su definición como organismo político no está refrendada por documento alguno, sin perjuicio de ello, enfatiza el concepto de autoridad, ya que considera que esta comunidad se encuentra articulada en torno al *paterfamilias*, al cual se someten por igual persona y cosas. El vínculo que liga a los individuos con el jefe no tiene su fundamento en la sangre, sino en el sometimiento a una misma autoridad<sup>46</sup>.

De este modo, en sus inicios la familia romana se encontraba integrada por el *paterfamilias*, su cónyuge, los hijos biológicos y adoptados con las cónyuges de todos ellos, los nietos y demás descendientes, además las personas dadas en *mancipi*, por lo que la familia en Roma es la reunión de un conjunto de personas guiadas o sometidas bajo la potestad o control absoluto de su cabeza o *paterfamilias*, tanto en el orden político, económico y religioso.

En ella podemos distinguir la denominada *proprio y communi iure*, la primera se entiende como el sometimiento de un grupo de personas a la autoridad de un jefe,

---

<sup>45</sup> SAMPER, Francisco Ob. cit, 189 p.

<sup>46</sup> IGLESIAS, Juan, Derecho Romano, Historia e Instituciones, 11° ed, Barcelona, España, Editorial Ariel SA, 2007, 13-14 pp.

cabeza o *pater*, o un grupo de personas unidas entre sí pura y simplemente por la potestad que una de ellas ejerce sobre las demás para fines que trascienden el orden doméstico, éstos últimos son los *aliena iuris*, los que conservan entre sí un vínculo común o parentesco civil o agnaticio por encontrarse sometidos a la misma autoridad<sup>47</sup>.

Lo anterior nos conduce a la familia *communi iure*, constituida por los agnados, y definida por Ulpiano como “*el conjunto de todos aquellos individuos que estarían sometidos a la misma autoridad del pater familias si no hubiese muerto*”<sup>48</sup>

#### 4.1. El parentesco

El vínculo por el cual un grupo de personas se consideran integrantes de una misma familia recibe la denominación de parentesco, deriva de la voz latina *parens tis*, que a su vez, se origina en *parere* cuya significación es engendrar o procrear, en cambio por *parentia* entendemos obediencia, en este sentido el padre de familia que tiene el dominio de la casa<sup>49</sup>, o como señala Guzmán Brito, cuando dos personas se relacionan entre sí por un modo de pertenencia a una misma

---

<sup>47</sup> NIZAMA, Medardo, Ob. cit, 275-295 pp.

<sup>48</sup> COSTA José Carlos, Ob. cit, 18 p.

<sup>49</sup> NIZAMA, Medardo, Ob. cit, 275-295 pp.

familia decimos que existe entre ellos un parentesco<sup>50</sup>. En la antigua Roma podemos distinguir, el agnaticio, cognaticio, ad finitias y gentilidad.

La estructura de la primitiva familia romana se constituía exclusivamente por la agnación, la cual, abarcaba la descendencia por vía masculina respecto de quienes provienen de un antepasado común, incluyendo a quienes se encontraban bajo la misma potestad o que hubieran podido estarlo de continuar vivo el *paterfamilias*. De este modo, se consideran agnados a los hijos nacidos en el matrimonio, la mujer in *manu*, los adoptados o legitimados, los póstumos y las cónyuges de los hijos casadas in *cum manu*.

Este parentesco se computaba por grados, configurando cada generación uno de ellos, encontrándose en la cima el antepasado común<sup>51</sup>.

En el año 543 con Justiniano, el parentesco agnaticio fue sustituido por el cognaticio, el que corresponde al vínculo sanguíneo que une a las personas descendientes unas de otras en forma directa o en línea colateral sin distinción de sexo, se diferenciaba del anterior en que un *cong nato* no formaba parte de la familia sino era también *agnado*, su factor determinante es la misma naturaleza

---

<sup>50</sup> GUZMÁN, Alejandro, Derecho Privado Romano, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, 292 p.

<sup>51</sup> NIZAMA, Medardo, Ob. cit, 275-295 pp.

biológica o la filiación, y es de la mayor importancia ya que por medio del mismo se constituye la familia moderna<sup>52</sup>.

En éste se puede distinguir la cognación por naturaleza y por afinidad, la primera de ellas puede ser en línea recta o personas que descienden las unas de la otras; y colateral si descienden de un antepasado común sin que necesariamente uno lo haga directamente de otro. Mientras que la segunda se origina por el matrimonio, ya sea entre los mismos cónyuges o entre éste y los parientes del otro, o entre los parientes de uno y otro, computándose de igual modo en grados y en línea recta o colateral respecto del antepasado común<sup>53</sup>.

En cambio, la gentilidad, abarcaba a los descendientes de un antepasado común que formaban parte de una misma *gens* o el antiguo organismo jurídico-político, al igual que los anteriores se computaba en líneas y grados, el mismo no es de mayor relevancia ya que cayó en desuso con el advenimiento del imperio<sup>54</sup>.

#### 4.2. El Matrimonio en la Sociedad Romana

La forma de ingreso a la familia romana se encontraba constituida por el matrimonio, la descendencia y la adopción, la unión conyugal era la pieza que

---

<sup>52</sup> NOVELAS 117 y 118 en COSTA José Carlos, Ob. cit, 21-22 pp.

<sup>53</sup> INSTITUTAS 3.7.7 y DIGESTO 38.10.3/ 39.10.1.1 en COSTA José Carlos, Ob. cit, 23 p.

<sup>54</sup> NIZAMA, Medardo, Ob. cit, 275-295 pp.

permitía la procreación legítima asegurando la movilidad y protección social tanto política como económica. Modestino se refirió a la institución matrimonial en el Digesto, señalando “*es la unión del varón y la hembra y consorcio de toda la vida, comunicación del derecho divino y humano*”<sup>55</sup>, mientras que Justiniano lo enseña como “*la unión del varón y la hembra que comprende el comercio indivisible de la vida*”<sup>56</sup>.

Sin perjuicio de lo expuesto, José Carlos Costa consigna algunas precisiones del matrimonio, al señalar que cuando Modestino se refiere a “*consorcio de toda la vida*”, no significa en lo absoluto la indisolubilidad del vínculo o la perpetuidad de éste, sino a que la unión de ambos contrayentes debe efectuarse en ausencia de ánimo de temporalidad. O sea, que la intención de permanencia no significa que no puedan separarse, ya que por las contingencias de la vida en común se permitía poner fin al vínculo mediante el divorcio o el repudio<sup>57</sup>. Respecto a la expresión “*comunicación del derecho divino y humano*”, considera inapropiada la reflexión de igualdad material y espiritual de los contrayentes por tratarse de una interpretación cristiana destinada a humanizar la relación de los contrayentes, para ello se apoya en las ideas de Schultz<sup>58</sup> respecto del *movimiento humanístico y poblacional romano*, que pone énfasis en la mentalidad libre romana y la

---

<sup>55</sup> DIGESTO 23.2.1 en COSTA, José Carlos, Ob. cit, 124 p.

<sup>56</sup> INSTITUTAS 1.9.1 en COSTA, José Carlos, Ob. cit, 124 p.

<sup>57</sup> COSTA José Carlos, Ob. cit, 124-126 pp.

<sup>58</sup> Jurista e historiador legal Alemán, 1879-1957, uno de los más importantes autores en el siglo XX sobre el estudio del Derecho Romano, en COSTA, José Carlos, Ob. cit, 125-126 pp.

posterior influencia cristiana sobre la misma. Así las cosas, la expresión en discordia tendría su origen en un resabio antiguo producto de que el matrimonio iba acompañado por la *conventio manu* que en sus ritos aparejaba una comunión humana y divina<sup>59</sup>.

Siguiendo al autor ya citado, en Roma el matrimonio puede definirse como “*la unión o convivencia de dos personas de diferente sexo con la intención mutua de considerarse marido y mujer, procreando y educando a los hijos que de la misma nacieran, constituyendo entre ambos una comunidad de vida*”<sup>60</sup>

Es del caso señalar que en un comienzo no fue considerado un acto jurídico o cosa de derecho (*res iuris*), sino una simple situación fáctica o de hecho (*res facti*) dada por la convivencia o reunión afectiva de dos personas de distinto sexo<sup>61</sup>. El factor determinante era la unión con la intencionalidad de permanencia en el estado de marido y mujer, lo que se denominó *affectio maritalis*, es decir, la conjunción de dos elementos, uno objetivo llamado convivencia; y otro subjetivo denominado intención de permanencia<sup>62</sup>. Es del caso indicar que el consentimiento no tenía mayor relevancia como acto inicial, sino como factor continuativo durante la relación matrimonial, de modo que cuando se agotaba existía la posibilidad de solicitar el divorcio. Más tarde con la influencia del

---

<sup>59</sup> COSTA José Carlos, Ob. cit, 125-126 pp.

<sup>60</sup> Ídem, Ob. cit, 126 p.

<sup>61</sup> DIGESTO 23.2.45.6 en COSTA, José Carlos, Ob. cit, 127 p.

<sup>62</sup> DIGESTO 24.1.32.13/ 35.1.15/ 50.17.30 en COSTA José Carlos, Ob. cit 126 p.

cristianismo, el consentimiento adquiere el carácter de elemento primordial, por cuanto daba comienzo al matrimonio por una vez y para siempre, sin perjuicio que la sociedad romana siempre reconoció el divorcio<sup>63</sup>.

Es importante indicar que el matrimonio fue monogámico y siempre se veló por su estricto cumplimiento, prueba de ello, es que la bigamia era sancionada con la tacha de infamia o inhabilitación para ocupar cargos públicos. A mayor abundamiento, una de sus características era el *honor matrimonii* o la honorabilidad del mismo, que correspondía al trato público que se dispensaban mutuamente los cónyuges<sup>64</sup>.

En lo referente a los requisitos para contraerlo se consigna la aptitud biológica o edad 14 años para los hombres y 12 para las mujeres, solución adoptada por Justiniano siguiendo la propuesta de la escuela *sabiniana*<sup>65</sup>, también era necesaria la aptitud legal o estatus de *ius connubii* que correspondía a la conjugación de libertad y ciudadanía (*status libertatis* y *status civitatis*) con lo cual sólo los ciudadanos romanos gozaban del derecho, la situación se modificó en el año 212 con la Constitución Antoniana que otorgó el derecho nupcial a los extranjeros. Además de ello, se exigía el consentimiento o anuencia de voluntades que en sus inicios era absorbido por la figura aglutinante del *paterfamilias*, los que

---

<sup>63</sup> VIAL Manuel, Familia, Muerte y Matrimonio, de la familia nuclear extensa de extensa de la roma Arcaica a la familia nuclear de la antigüedad tardía, Revista Chilena de Historia del Derecho, (22): 312, Julio 2010.

<sup>64</sup> DIGESTO 3.2.8/ 3.2.11.1 en COSTA, José Carlos, Ob. cit, 128 p.

<sup>65</sup> INSTITUTAS 1.10 en COSTA José Carlos, Ob. cit, 130 p.



concertaban uniones conyugales para concretar alianzas, incrementar su patrimonio o configurar redes de poder, la situación cambia con la influencia del cristianismo y la humanización del derecho para dar lugar a la relevancia de la voluntad de los contrayentes<sup>66</sup>.

También existían impedimentos para su celebración, ya sea absolutos o relativos. Entre los primeros se encuentra la subsistencia de matrimonio anterior, esclavitud de un cónyuge, los castrados o esterilizados; y los sujetos a votos de castidad u órdenes mayores<sup>67</sup>.

Mientras que en los segundos estaba el parentesco (toda la línea recta y entre hermanos), razones morales o éticas (esposo divorciado con la hija de su ex cónyuge, el del hijo con la concubina o prometida del padre y el derivado del raptó), motivos religiosos (cristianos y judíos o cristianos y herejes) y por motivos de interés público y privado (militares en servicio, abolido a fines del siglo II, patricios y plebeyos abolido en el 445 A.C con la *lex Canuleia*, hombres libres con manumitidos abolido en época de Augusto con la ley *Iulia et Papia Poppaea*, y senadores con manumitidos o con persona deshonrosa tales como comediantes o gladiadores<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> PETIT, Eugene, Ob. cit, 104-107 pp y GUZMÁN, Alejandro, Ob. cit, 338-339 pp.

<sup>67</sup> DIGESTO 50.16.128 en COSTA, José Carlos, Ob. cit, 137-144 pp.

<sup>68</sup> Ídem. Ob. cit, 137-144 pp.

#### 4.3. Los esponsales y la forma de contraer el vínculo matrimonial

En forma previa a la celebración del matrimonio se efectuaba una promesa recíproca de los contrayentes que era denominada esponsales, la misma sólo tenía un carácter moral o social y carecía de exigibilidad, para suscribir este compromiso afectivo se exigía el *ius connubium*, el consentimiento de los esposos y del *paterfamilias*, y la ausencia de impedimentos ya señalados, si bien no tenía fuerza ejecutoria generaba importantes consecuencias, entre las que se pueden mencionar la imposibilidad de celebrar nuevos esponsales bajo pena de infamia, el derecho del esposo de ejercer la acción de calumnias por las ofensas de la novia, el deber de fidelidad de la misma y la constitución de un vínculo de *cuasi* afinidad entre los parientes de los futuros cónyuges que impedía el matrimonio entre ellos<sup>69</sup>.

Para evitar los abusos debido a la falta de exigibilidad para celebrar el enlace nupcial, con el derecho postclásico se establecieron las arras esponsalicias o regalos u obsequios efectuados con motivo de la promesa de matrimonio, los cuales debían efectuarse bajo condición de la unión marital, en términos tales que el perjudicado por el arrepentimiento del contrayente podía retener lo recibido y

---

<sup>69</sup> DIGESTO 23.1.1 en GUZMÁN, Alejandro, Ob. cit, 334-337 pp.

exigir la restitución de lo entregado, ya sea en el cuádruplo (época prejustiniana) o doble del monto (derecho justiniano)<sup>70</sup>.

El matrimonio podía ser contraído *cum y sine manu*, por la primera forma, característica de la época arcaica, el marido adquiría la *manus* de su cónyuge sometiéndola a la autoridad del *paterfamilias*, si tal calidad la ostentaba su marido adquiría una categoría jurídica similar a de una hija de éste y pasaba a ser una hermana agnada de sus hijos, en cambio, si su esposo no era el jefe del grupo familiar o si se trataba de un *aliena iuris*, ocupaba la calidad de nieta del *pater*. Mientras que en el caso del *sine manu*, dominante en el período clásico, la cónyuge continuaba bajo el amparo de su antigua familia y la potestad del jefe de la misma, todo lo anterior era producto un calculado juego de intereses de los *paterfamilias*<sup>71</sup>.

Ahora bien, el *cum manu* se llevaba a efecto por medio de la *conferratio*, la *coemptio* o el *usus*<sup>72</sup>.

#### 4.3.1. *La conferratio*

---

<sup>70</sup> INSTITUTAS 3.23 en COSTA José Carlos, Ob. cit, 147-149 pp.

<sup>71</sup> GAYO 1.109 en COSTA, José Carlos, Ob. cit, 150-151 pp.

<sup>72</sup> GUZMÁN, Alejandro, Ob. cit, 351-354 pp.

Se caracterizaba por su gran pomposidad y despliegue material, en la noche previa los hogares eran engalanados con antorchas, bustos e imágenes de antepasados, el día del evento la novia era celosamente preparada en su vestuario, sus pies con sandalias y su cuerpo con una túnica blanca que la abarcaba por completo como símbolo de pureza, sus hombros eran cubiertos por un manto de color azafrán o *palla* y, su cabellera quedaba sujeta por una redecilla de color bermejo, su garganta la adornaba un collar de metal mientras que sobre su cabeza portaba seis rodetes con un reluciente velo anaranjado que cubría pudorosamente la parte superior de su rostro en señal de sometimiento a su cónyuge, además de una corona trenzada que simbolizaba fecundidad<sup>73</sup>.

Ya preparada y reunidos los contrayentes y sus familias comenzaba la ceremonia, la que se iniciaba con un sacrificio a los dioses, el cual consistía en una oveja, cerdo o buey, todo ello en presencia del gran pontífice y diez testigos, una vez comprobada la acogida o beneplácito de los dioses para la unión afectiva, los cónyuges entregaban su voluntad o consentimiento mediante una fórmula sacramental que consistía en la interrogación mutua manifestando la expresión *ubi tu Gaius, ego Gaia* (dónde tu seas Gayo, yo seré Gaya) con lo cual finalizaba el rito religioso, luego los asistentes proferían o exclamaban *feliciter* (que la felicidad

---

<sup>73</sup> COSTA, José Carlos, Ob. cit, 152-153 pp.

sea con vosotros) mientras consumían una torta de harina en homenaje al dios Júpiter Farreo, de lo que deriva el nombre *conferratio*<sup>74</sup>.

Luego comenzaba un festín de comida, bebida y bailes sin interrupción hasta el anochecer. Al día siguiente se procedía con la despedida de la novia de la casa paterna, en especial de su madre, acto envuelto en una gran emotividad. La comitiva partía de la casa de la mujer precedida de dos flautistas y cinco portadores de antorchas, acompañado con alegres canciones hasta llegar a la casa del novio, él mismo, una vez que habían arribado a su nuevo hogar arrojaba a la muchedumbre un puñado de nueces en señal de fecundidad, mientras tres personas cercanas al cónyuge, uno de ellos el *pronobus* o padrino de boda, esgrimía la antorcha nupcial hecha de ramas de oxiacanta, los otros dos levantaban a la novia en sus brazos haciéndola cruzar el umbral de la morada o casa sin tocar el suelo, ya en el interior, la mujer avanzaba seguida por tres amigas, dos de las cuales portaban una rueca y un huso en señal de laboriosidad en la vida doméstica, la restante llamada *pronuba* o madrina del matrimonio, esperaba que el marido ofreciera agua y fuego conduciendo a su cónyuge al lecho nupcial, quitándole la *palla* y el *nodus herculeus* o cinturón de lana de doble nudo de la cintura, con lo cual concluía el ritual o ceremonia marital<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> PANERO, Ricardo, Derecho Romano, 2 ed, Valencia, España, Tirant lo Billanch, 2000, 283-284 pp.

<sup>75</sup> COSTA, José Carlos, Ob. cit, 152-155 pp y GRUPO ELEUSIS, Ob. cit, 17-21 pp.

#### 4.3.2. *La coemptio*

La *conferratio* fue sustituida por la *coemptio*, modo más común en el período clásico, y que consistía en la compra ficticia de la mujer por parte del marido, el acto se llevaba a efecto mediante la *mancipatio* participando en ella cinco testigos y el *libripiens*, y se materializaba pesando en una balanza un pedazo de cobre que el novio entregaba en forma de pago simbólico al padre de su futura mujer, se requería además la presencia del *paterfamilias* bajo cuya potestad se hallaba la novia, en cambio, si era *sui iuris* se necesitaba la presencia de su tutor<sup>76</sup>.

#### 4.3.3. *El usus*

Finalmente la última forma de adquirir la *manus* fue el *usus*, que consistía en la posesión de la mujer por el simple e ininterrumpido transcurso de tiempo por un año, ya sea en el hogar del marido o de su *paterfamilias*, si los contrayentes o sus respectivos *pater* no deseaban contraer el vínculo, bastaba con que la mujer interrumpiese la posesión del varón pernoctando tres noches fuera del hogar antes del plazo de un año, lo que se denominaba *trinoctium*, debiendo en todo caso permanecer por costumbre en la morada de su correspondiente *pater*, así se

---

<sup>76</sup> GAYO 1.112/ 1.114/ 1.115 en GUZMÁN, Alejandro, Ob. cit, 352-353 pp.

perdía lo acumulado y debía computarse nuevamente en caso de existir reanudación de convivencia<sup>77</sup>

En síntesis, el matrimonio era la forma de ingresar a la familia romana y generaba importantes efectos jurídicos, en relación con los cónyuges traía consigo la facultad de exigirse alimentos mutuamente como también la sucesión hereditaria, la *actio iniuriae* o la acción de injurias que correspondía al marido cuando se ofendía la esposa para reparar el mal causado, el castigo para el adulterio de ambos contrayentes y la ya mencionada *manus*<sup>78</sup>.

#### 4.4. La dote

También adquiría trascendencia la dote, consistente en el conjunto de bienes entregados al marido por la mujer u otras personas en su nombre, y destinado a ayudar a solventar las cargas derivadas de la vida matrimonial<sup>79</sup>, siendo un motivo de honor y distinción social dotar a una hija en el matrimonio *cum manu*, precisamente porque se constituía en compensación por la pérdida de los derechos hereditarios de la mujer al egresar de la familia propia para ingresar a la de su cónyuge, lo cual se asemejaba a un adelanto de herencia.

---

<sup>77</sup> GAYO 1.111 en PETIT, Eugene, Ob. cit, 440 pp y en COSTA José Carlos, Ob. cit, 156-158 pp.

<sup>78</sup> DIGESTO 24.3.22.8 en COSTA Jos Carlos, Ob. cit, 161-162 pp.

<sup>79</sup> DIGESTO 23.3.1/ 23.3.3 en PANERO, Ricardo, Ob. cit, 309 pp.

Entre los distintos tipos de dote se puede distinguir la necesaria, que correspondía a la constituida por la mujer, su padre u otro ascendiente paterno y que emanaba de la misma ley, la voluntaria, aportada por cualquier persona que no estuviese obligada a efectuarla, la profecticia, otorgada por el padre o ascendiente paterno de la mujer, la adventicia, entregada por cualquier persona distinta del progenitor o ascendiente paterno de la futura cónyuge, la *aestimata*, aquella cuyo valor debía ser estimado; y la recepticia, que correspondía a la que su devolución ha sido pactada al momento de ser entregada por disolución del matrimonio<sup>80</sup>.

Los aportes dotales se podían constituir de dos maneras, mediante el mecanismo real y obligacional, el primero consistía en la entrega directa de los bienes ingresando al patrimonio del marido y se materializaba por cualquier medio jurídico que produjera entrega efectiva como la *mancipatio, in iure cesio o traditio* y cesión de créditos legados. En cambio, en el modo obligacional se debe distinguir entre la *dotis dictio*, que era la promesa asumida por la propia mujer cuando era *sui iuris* o por quien tuviese su potestad, incluso por sus deudores si actúan con mandato de ella, y la *dotis promissio*, que se fundaba en la promesa de constituir dote que podía asumir cualquier persona que quisiera beneficiar a la mujer y que se llevaba a efecto por la estipulación<sup>81</sup>. Además de los medios señalados no

---

<sup>80</sup> DIGESTO 23.2.19/ 12.6.32.2/ 23.3.5/ 23.3.5.1/ 23.3.75 en PETIT, Eugene, Ob. cit, 440-446 pp y COSTA José Carlos, Ob. cit, 165-166 pp.

<sup>81</sup> DIGESTO 23.3.23 en COSTA, José Carlos, Ob. cit, 165-166 pp.



existía otro medio para obligarse a constituir la dote, por lo cual, la promesa simple no causaba obligación alguna, con posteridad al derecho postclásico, Teodosio II le otorgó plena validez obligacional, para finalmente con Justiniano admitir la constitución tácita, ésta evolución en la liberalización para constituirla culmina en el simple modo escrito con el *instrumentum dotale*<sup>82</sup>.

Es del caso señalar que la constitución de la dote otorgaba al marido la propiedad sobre dichos bienes, como también los accesorios y frutos que produjeran, de este modo, podía disponer de ellos por actos entre vivos, a título gratuito u oneroso y por disposición testamentaria, lo cual trajo consigo que se produjeran abusos por cuanto la potestad omnímoda del varón hizo vana la posibilidad de restituirlos en caso de disolución del matrimonio, debiendo paliarse esa injusta situación limitando los poderes del cónyuge.

En la época antigua o arcaica el problema se resolvía con la cordura de los intervinientes, procediéndose a la restitución directa u otra forma de amigable composición, sin embargo, con la proliferación del divorcio se abandonó la forma de arreglo conciliativa, estableciéndose como primera acción legal la *Lex Iulia de Adulteriis* (18 a.C) por la que la mujer debía prestar su consentimiento para que el marido vendiera los fundos itálicos extendiéndose más tarde con Justiniano a los provinciales; y la más importante la *actio rei uxoriae* que permitía la restitución

---

<sup>82</sup> DIGESTO 12.4.7/ 12.4.10/ 23.3.21/ 23.3.23/ 23.3.13/ 23.3.30 en COSTA, José Carlos, Ob. cit, 166-167 pp.

de los bienes dotales<sup>83</sup>, con ésta acción se modificó la naturaleza jurídica de los bienes en comento, dado que el marido sólo tenía el usufructo de la dote mientras se mantuviese vigente el vínculo marital, debiendo restituirla una vez disuelto el matrimonio. La acción cae en desuso y fue abolida en época de Justiniano en el año 530 con la entrada en vigencia de la *actio dotis* o acción de dote, la que podía ser ejercida por la mujer o sus herederos atendido su carácter obligacional, es decir, la misma obligatoriedad para constituirla la hacía exigible por la disolución del vínculo, otra de las medidas implementadas por Justiniano, consistían en gravar los bienes propios del marido con una hipoteca general suprimiendo también las retenciones a favor de éste, disponiendo la devolución inmediata de los bienes inmuebles y en el plazo de un año en el caso de muebles, con lo cual la institución dotal finalizó debido a su desuso, todo ello, sin perjuicio de los bienes parafernales o aquellos que la mujer mantenía como suyos sin constituir aporte dotal que eran administrados por el marido debiendo responder por los mismos<sup>84</sup>.

#### 4.5. La disolución del matrimonio

Como ya se indicó el matrimonio era el mecanismo de constitución de la familia romana, y la disolución marital traía consigo la disgregación o división de la familia.

---

<sup>83</sup> DIGESTO 24.3.57/ 42.1.20/ 23.5.4 en PANERO, Ricardo, Ob. cit, 313-316 pp.

<sup>84</sup> DIGESTO 24.3.5/ 23.5.4/ 23.4 en PETIT, Eugene, Ob. cit, 440-446 pp y en COSTA, José Carlos, Ob. cit, 166-171 pp.

El mismo podía disolverse por razones ajenas a la voluntad de los contrayentes y por voluntad de ellos. Entre las primeras se puede mencionar la muerte de uno de los cónyuges, la que desde luego era una causa natural, el marido podía contraer nuevas nupcias en forma inmediata mientras que la mujer debía esperar a lo menos diez meses para evitar la incertidumbre de paternidad, otra causal era el padecimiento de la *capitis deminutio* máxima, la cual traía consigo la pérdida del status liberti cayendo en condición de esclavitud, lo que tornaba el vínculo impracticable debiendo disolverse<sup>85</sup>, en caso de cautiverio se aplicaba la figura del *postliminium* por el que se consideraba que el matrimonio no podía continuar, autorizándose el nuevo enlace del consorte en libertad, si el cautivo regresaba, el anterior vínculo no se reestablecía, o sea, debía respetarse la nueva situación conyugal, si ambos deseaban perseverar en su anterior matrimonio debían disolver el nuevo enlace y casarse nuevamente, luego en la época Justiniana se aplicó un período de espera de cinco años contados desde la caída en cautiverio para celebrar nuevos matrimonios<sup>86</sup>.

En cambio, entre las causales referentes a la voluntad de los cónyuges se encuentra el divorcio, ya que como se mencionó si bien el matrimonio es la principal forma de articulación de la familia, ésta era una situación fáctica derivada de la convivencia mutua con la intención de ser marido y mujer, por lo cual su

---

<sup>85</sup> CÓDIGO 5.9.1/5.9.2 en GUZMÁN, Alejandro, Ob. cit, 346-347 pp y en COSTA, José Carlos, Ob. cit, 173-175 pp.

<sup>86</sup> DIGESTO 49.15.8/ 49.15.14.1/ 49.15.25/ 24.1.35/ 24.2.9 en COSTA, José Carlos, Ob. cit, 173-175 pp.

ruptura se producía por la falta de aspecto volitivo que se traducía en el divorcio, el que era aplicado sin mayores formalidades en la época arcaica y clásica, sin soslayar la influencia del pensamiento cristiano sobre la materia, ya que como sacramento le otorgó el carácter de indisoluble, pese a ello, la voluntad de los intervinientes se impuso y con Justiniano se elaboraron pautas más precisas para su procedencia, distinguiéndose el por mutuo consentimiento, unilateral y el sin causa<sup>87</sup>.

El de mutuo acuerdo se perfeccionaba por la voluntad de ambos cónyuges y era la forma por excelencia de disolución del vínculo, sin embargo, Justiniano partidario de postulados restrictivos lo condicionó a la existencia de una causal, en caso de existir quebrantamiento, sancionaba a los cónyuges con la internación en un convento y la pérdida de todos sus bienes los cuales eran entregados a sus descendientes, y a falta de éstos al monasterio de internación, lo que fue dejado sin efecto por su sucesor Justino II, primando nuevamente la amplia libertad para divorciarse<sup>88</sup>.

El divorcio unilateral o *repudium* se fundaba en alguna causal para ello, respecto de las cuales hay que distinguir entre las solicitadas por el varón, la mujer y las comunes. Las del varón se fundaban en el adulterio de la mujer, la concurrencia de ella a lugares o espectáculos públicos acompañada de extraños

---

<sup>87</sup> COSTA, José Carlos, Ob. cit, 177-180 pp.

<sup>88</sup> NOVELAS 140.1 en PANERO, Ricardo, Ob. cit, 301-303 pp y COSTA, José Carlos, Ob. cit, 177-180 pp.

sin aprobación del marido, y la conversación mantenida por la esposa con desconocidos fuera del hogar. Por su parte, la mujer podía pedirlo cuando era acusada falsamente de adulterio por su cónyuge, si éste hubiere intentado inducirla a la prostitución, y si éste tuviese concubina en el hogar común. Mientras que las comunes se referían a las injurias graves, los crímenes de falsedad, el delito de traición, el atentado contra la vida y las sevicias o malos tratos. En caso que se diera lugar a alguna de las causales descritas se castigaba al culpable con la pérdida de un tercio de sus bienes, la dote y las donaciones nupciales<sup>89</sup>.

El efecto que generaba la disolución de la unión matrimonial consistía en permitir a los ex cónyuges contraer nuevas nupcias, en relación con los hijos, si la unión había terminado por muerte o *capitis diminutio* máxima o media del varón, adquirirían la categoría de *sui iuris*, es decir, jefes de su propia familia, mas no así en el caso de que lo sufriera la mujer ya que continuaba bajo las *potestas* del *pater*.

En cambio, si era por divorcio, en la legislación Justiniana los hijos debían permanecer con la madre, y el padre tenía la obligación de alimentarlos salvo que por razones económicas no pudiera hacerlo<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> NOVELAS 117.5/117.13 en COSTA, José Carlos, Ob. cit, 177-180 pp.

<sup>90</sup> NOVELAS 117.7 en COSTA, José Carlos, Ob. cit, 180-181 pp. Cfr dichos postulados son reconocidos en el actual artículo 225 del Código Civil y el 3° de la Ley 14.908 sobre Abandono de familia y pago de pensiones alimenticias.

#### 4.6. La filiación

Conjuntamente con la unión matrimonial la familia romana se constituía por el nacimiento o bien por el acto jurídico de la adopción, el modo natural es el nacimiento en justas nupcias, entendiéndose tal como ocurre en nuestra legislación contemporánea que corresponde al hijo nacido después de los 180 días de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días de su disolución, los nacidos fuera del enlace conyugal en uniones concubinarias eran llamados naturales durante la época Justiniana y *spurii* cuando provenían de uniones no estables<sup>91</sup>.

Los niños nacían en sus hogares y la madre era atendida por una mujer denominada comadrona, la cual depositaba al pequeño a los pies del padre, el *paterfamilias* podía decidir sobre la criatura al reconocerlo o exponerlo, si lo levantaba del suelo significaba que públicamente lo reconocía como hijo suyo, en caso contrario, el pequeño quedaba en situación de *expositio* o expuesto, constituyendo negación de la paternidad, lo que permitía dejarlo abandonado en la puerta de su hogar o a los pies de la columna lactaria en el templo de Pietas, donde podía ser recogido por cualquiera<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> DIGESTO 2.4.5/ 1.6.6/ en GUZMÁN, Alejandro, Ob. cit, 358-360 pp.

<sup>92</sup> GRUPO ELEUSIS, Ob. cit, 22 p.

Una vez nacido y aceptado la puerta del hogar se adornaba con flores en señal de público anuncio, más tarde, al octavo día si era niño, o al noveno si era niña, se llevaba a efecto la *iustratio* o acto de purificación, consistente en una ceremonia por la cual el hijo se incorporaba a la sociedad religiosa familiar, momento en el que se le purificaba y asignaba un nombre, en este mismo acto se le colgaba en el cuello la *bullae* o una pequeña caja de amuletos para que le acompañase en la fortuna y evitase la desdicha, debiendo portarla hasta que cumpla los diecisiete años alcanzando la mayoría de edad<sup>93</sup>.

#### 4.7. La adopción

Como ya se indicó, también se ingresaba a la familia romana mediante la adopción, que se entiende como un acto jurídico en virtud del cual un extraño ingresa como hijo a la familia sometiéndose a la *patria potestas* del *pater* en calidad de *filius familias*, debiendo distinguirse entre la adopción o *adoptio* y la *adrogatio*, según si el adoptado era un *aliena* o *sui iuris*<sup>94</sup>.

La adopción estaba sujeta a formalidades debiendo distinguirse entre el derecho arcaico y clásico con la posterior época Justiniana. En la primera etapa se efectuaba una triple venta ficticia del hijo por parte del *paterfamilias* originario al *pater* adoptante, éste último, en las dos primeras ventas lo remitía *in mancipatio* a

---

<sup>93</sup> Ídem, Ob. cit, 22 p.

<sup>94</sup> COSTA, Juan Carlos, Ob. cit, 105 p.

su padre natural, pero a la tercera vez, en lugar de que el padre originario volviese a vender una vez más a su hijo (evitando emancipación del mismo en conformidad a la ley de las XII Tablas) el adoptante interponía la *in iure cesio* y con un juicio simulado reclamaba la *potestas* sobre el adoptado como si le perteneciese de antemano, así, el padre natural callaba y adopción quedaba consumada, dicho sistema se aplicaba sólo cuando se trataba del hijo varón, ya que en los casos de mujer o nieto bastaba una sola emancipación del *pater* originario sin manumisión consecutiva del adoptante seguida del acto de adopción. Más tarde, con el derecho Justiniano el trámite se simplificó, ya que bastaba con que acudieran ante el magistrado todos los interesados, o sea, padre, adoptante y adoptado, suprimiéndose así el paso previo de la triple venta<sup>95</sup>.

En lo referente a los requisitos para dar cabida a la adopción, es procedente señalar que en el período antiguo y clásico sólo se necesitaba del consentimiento de los *paterfamilias* del adoptado y del adoptante, más no del adoptado, en la posteridad bastó con que no se opusiese. En el caso que un *pater* adoptara a una persona como nieto y se lo asignara a uno de sus hijos se exigió el consentimiento de éste último, ello con la finalidad de evitar la imposición de una nueva carga de familia a alguno de sus descendientes, por el contrario, si el *pater* disponía la

---

<sup>95</sup> PETIT, Eugene, Ob. cit, 113-116 pp y GUZMÁN, Alejandro, Ob. cit 362-363 pp y COSTA, José Carlos, Ob. cit, 106 p.



entrega en adopción de un nieto suyo no se exigía el consentimiento del padre de dicho nieto<sup>96</sup>.

Desde luego el adoptante debía tener la calidad *sui iuris*, encontrándose exceptuados de poder adoptar los tutores y curadores respecto de sus pupilos mientras fuesen menores de veinticinco años, ello con la finalidad de evitar que se soslayare la responsabilidad de rendir cuentas<sup>97</sup>. Las mujeres tampoco estaban capacitadas para adoptar al carecer de *patria potestas* sobre los hijos, sin perjuicio de lo cual, las mismas podían ser dadas en adopción por el *paterfamilias*. Más tarde, de modo excepcional se le otorgó dicha posibilidad por *rescripto imperial* cuando habían perdido a sus hijos propios a manera de consuelo, lo cual no le concedía la *patria potestas* sobre el adoptado, sino sólo derechos hereditarios creando un parentesco ficticio<sup>98</sup>. Con Justiniano se prohibió a los padres adoptar a los hijos naturales ya que para materializarlo podían hacer uso de la legitimación, tampoco podían hacerlo los menores de dieciocho años, debido al requisito de ésta diferencia de edad con el adoptado<sup>99</sup>.

En cuanto a los efectos de la adopción, el adoptado sufría una *capitis deminutio* mínima, ya que perdía su parentesco de agnación con su familia natural y por

---

<sup>96</sup> INSTITUTAS 1.11.7 en COSTA, José Carlos, Ob. cit, 107 p.

<sup>97</sup> DIGESTO 1.7.17 en COSTA, José Carlos, Ob. cit, 107 p.

<sup>98</sup> INSTITUTAS 1.11.10 en GUZMÁN, Alejandro, Ob. cit 363 p y COSTA José Carlos, Ob. cit, 107 p.

<sup>99</sup> INSTITUTAS 1.11.4/ 1.11.9 en COSTA, José Carlos, Ob. cit, 108 p.

consiguiente los derechos de sucesión *ab intestato*<sup>100</sup>. Ahora, si el adoptante lo emancipaba o desheredaba, el adoptado quedaba desamparado ya que había desarraigado sus vínculos agnaticios con la familia de origen, ante lo cual, Justiniano decidió reparar la situación debiendo distinguirse si el adoptante es un extraño y si trata de alguien cercano o un ascendiente. En el primer caso, el adoptante no adquiría la *patria potestas* sobre el adoptado ya que no egresaba de la familia primitiva y se le otorgaban sólo derechos de sucesión *ab intestato* sobre el adoptante, se le conoció también como *adoptio minus plena*, con derechos hereditarios sobre ambas familias. En cambio, cuando la adopción se efectuaba por un ascendiente natural o *adoptio plena*, se producían los efectos originales, desligándose el adoptado de su familia de origen adscribiéndose a la del padre adoptivo, pero sus derechos estaban incólumes porque en caso de emancipación posterior concurría por sus vínculos de sangre a la sucesión del adoptante<sup>101</sup>.

#### 4.8. La *adrogatio*.

La *adrogatio* consistía en la adopción de un *sui iuris* por otro *sui iuris*, sus formalidades fueron distintas dependiendo de la situación histórica. En una primera etapa tenía un rol trascendental la participación del Colegio de Pontífices, organismo que corroboraba que se cumplieren los requisitos de edad, que no se tratara de una especulación pecuniaria y si era necesario materializar el acto para

---

<sup>100</sup> GUZMÁN, Alejandro, Ob. cit, 363 p.

<sup>101</sup> INSTITUTAS 1.11.2/ 3.1.14 en COSTA, José Carlos, Ob. cit, 109 p.

perpetuar una familia, para ello se efectuaban tres preguntas o *rogationes*, al adrogante si desea tener al adrogado por *iustus filius*, al adrogado si desea que el adrogante adquiriera sobre él la *patria potestas*, y finalmente al pueblo representado por los comicios por curias se le inquiría para que consagrara la voluntad de los intervinientes en el acto<sup>102</sup>.

En una segunda época con la pérdida de importancia de los comicios curiados, la presencia de ellos fue asumida por treinta lictores que asumieron su reemplazo, con lo cual la voluntad de los pontífices se tornó decisiva y aquel que los presidía decidía por sí sólo la adrogación. Mientras que en la tercera etapa o principado, se impuso la voluntad del príncipe efectuándose la adrogación por medio de un *rescripto* imperial<sup>103</sup>.

En las dos primeras etapas la *adrogatio* sólo podía llevarse a efecto en la ciudad de Roma excluyéndose de ella a los menores impúberes y las mujeres, más tarde Antonino Pío permitió que se adrogara a impúberes mediante rescripto imperial, siempre y cuando se efectuare una investigación previa para determinar que no fuere propiciada por el tutor del menor para liberarse de la tutela. Además de ello se protegió los intereses del menor con diversas garantías, entre las cuales el adrogante debía prometer y asegurar la devolución de los bienes del adrogado si moría impúber, si el mismo alcanzaba la pubertad y acreditaba que no le

---

<sup>102</sup> GAYO 1.99 en PETIT, Eugene, Ob. cit, 113-116 pp y GUZMÁN, Alejandro, Ob. cit, 360 p.

<sup>103</sup> GUZMÁN, Alejandro, Ob. cit, 361 p.

convenía la adrogación podía solicitar dejarla sin efecto, del mismo modo, en caso de ser emancipado sin motivo valedero debían restituírle su patrimonio, para finalmente reconocerle derechos sobre la cuarta parte de la sucesión del adrogante, lo que se denominó *quarta antoniana*<sup>104</sup>.

Para llevar a cabo la adrogación era necesario que el adrogante fuese una persona capaz de adoptar y el consentimiento de los intervinientes, además, el adrogante debía tener a lo menos sesenta años y una diferencia mínima de dieciocho años con el adrogado, ello con la finalidad de no apartar a los ciudadanos del matrimonio y la procreación biológica, también se exigió que no tuviese hijos nacidos en justas nupcias ni de una adrogación anterior<sup>105</sup>.

Los efectos que producía esta modalidad de adopción eran que el adrogante adquiriría las potestas del adrogado en la calidad de un descendiente nacido en justas nupcias, por lo cual dejaba de ser *sui iuris* convirtiéndose en *aliena iuris*, perdiendo los derechos de agnación inherentes a su propia familia, a su vez, tomaba el nombre de la *gens* y de la familia adrogante, incluyendo el culto o *sacra familiae* más la cesión de todos sus bienes materiales e inmateriales produciéndose una sucesión universal *inter vivos*, quedando sólo excluidas las deudas y los derechos constituidos en favor de terceros formalizados con

---

<sup>104</sup> COSTA, José Carlos, Ob. cit, 111-112 pp.

<sup>105</sup> DIGESTO 1.7.17.2/ 1.7.17.3/ 1.7.17.4/ 1.7.17.5 en COSTA, José Carlos, Ob. cit, 113 p.

anterioridad al acto, sin perjuicio de las acciones especiales para el cobro de sus créditos<sup>106</sup>.

#### 4.9. El concubinato

Otra forma no tradicional aceptada y tolerada para propiciar el ingreso a la familia romana es el concubinato, su principal característica era la permanencia y duración, constituyéndose en una relación sentimental alternativa al matrimonio al carecer de *affectio maritalis*, requisito fundamental del enlace conyugal, por lo que no se adquiría el rango social de marido y mujer que estaban sólo destinados al honor matrimonial<sup>107</sup>, en el mismo sentido los hijos no adquirirían legitimidad sino una categoría distinta, denominada natural, por la que tomaban la condición jurídica de la madre en el momento de la concepción y el parentesco cognaticio sólo respecto de ella y sus parientes. Más tarde, desde Constantino se reconoció el parentesco natural con el padre denominándolos *liberi naturales*, para posteriormente con Justiniano brindarles derechos sucesorios y alimentarios, exigiendo para ésta unión de hecho los mismos requisitos e impedimentos para contraer matrimonio<sup>108</sup>.

---

<sup>106</sup> DIGESTO 1.7.15, INSTITUTAS 3.10.2/ 3.10.3, en COSTA, José Carlos, Ob. cit, 114 p.

<sup>107</sup> DIGESTO 25.7.4 en PETIT, Eugene, Ob. cit 110-112 pp y COSTA, José Carlos, Ob. cit, 186 p.

<sup>108</sup> DIGESTO 23.2.57/ 25.7.1.4 en GUZMÁN, Alejandro, Ob. cit, 349-351 pp.

Estos hijos podían ser legitimados, es decir, adquirir calidad legal respecto de su progenitor o padre, es del caso señalar que sólo podían ser legitimados aquellos que eran fruto del concubinato mas no de otras relaciones, se podía legitimar por el matrimonio posterior de los padres siempre y cuando los contrayentes estuviesen en condiciones de contraer el vínculo al momento de la concepción, además de instrumentar una dote y que el hijo no opusiere a la legitimación, ya que el mismo era de por si *sui iuris* y por este acto se convertía en *aliena iuris*<sup>109</sup>.

Otra forma de materializar la legitimación fue mediante el *rescripto imperial*, obra de Justiniano, y que tenía lugar cuando no era posible efectuarlo por el matrimonio subsecuente al existir impedimentos legales para ello, ésta petición al emperador podía ser solicitada directamente por el padre, la madre o por disposición testamentaria, como también por los hijos cuando su progenitor los hubiese instituido herederos como si fuesen legítimos, finalmente también se podía legitimar *per oblationem curiae*, que tuvo su origen con Teodosio II y Valentiniano III, la cual, consistía en la facultad de los progenitores de legitimar a sus hijos varones mediante la donación de un patrimonio para fines fiscales que fuera suficiente como para la admisión a las funciones de decurión o recaudador

---

<sup>109</sup> DIGESTO 1.16.11, INSTITUTAS 1.10.13, NOVELAS 18.11 en COSTA, José Carlos, Ob. cit, 115-116 pp.

de impuestos, y a las hijas mediante la constitución de una dote que le permitiera al esposo ser considerado para tal función<sup>110</sup>.

## 5. La tipología de la familia Romana

Este breve análisis jurídico tanto del matrimonio como la filiación, formas por excelencia de ingreso a la familia romana, nos conduce a colegir que en sus inicios la tipología existente en ella adquiere la catalogación de *extensa amplia o compuesta*, es decir, integrada por una pareja o uno de los miembros de ésta, con uno o más hijos, y por otros miembros parientes y no parientes con un patrimonio compuesto por bienes, tierra y esclavos. Es una unidad de producción económica independiente, cuya esperanza de continuidad queda albergada en los hijos, siendo la descendencia un deber del *paterfamilias*, ya que la persona es pasajera y la estirpe permanente, por lo cual toda pretensión ha de estar sometida al interés del grupo al cual se pertenece, de este modo el individuo es una herramienta para la trascendencia del social, siendo la familia el puente para la consecución de dicho objetivo<sup>111</sup>.

### 5.1. El tránsito de familia extensa amplia o compuesta a la familia nuclear

---

<sup>110</sup> INSTITUTAS 1.10.13, en COSTA, José Carlos, Ob. cit, 116-117 pp.

<sup>111</sup> VIAL, Manuel, Ob. cit, 290 p.

Esta fisonomía tradicionalista sufriría un cambio radical cuando Roma controla la península y expande sus dominios con las guerras púnicas, produciéndose un cambio en la moral del ciudadano exaltándose el interés personal por sobre el grupal o familiar, sin perjuicio de ello, el mayor conflicto bélico dejó mujeres huérfanas y viudas, las que rigieron los destinos familiares mientras los hombres marchaban sin regreso a la guerra. Además de ello, desde el siglo V a.C se comienza a tener noticias del matrimonio *sine manu*, es decir, sin que la mujer se adscriba patrimonialmente a la *potestas* del *pater*, lo que constituyó el inicio de una independencia social, política y económica si eran *sui iuris*, con lo cual podían convertirse en verdaderas emprendedoras, de este modo, el matrimonio fue perdiendo fuerza ya que ni hombres ni mujeres querían casarse, precisamente por tratarse de un asunto relacionado con el cumplimiento de un deber que respondía a intereses patrimoniales y estrategias políticas beneficiosas para la *domus*, adquiriendo gran popularidad la unión concubinaria o convivencia sin ataduras en la búsqueda de la satisfacción de intereses personales<sup>112</sup>.

Esta liberación del comportamiento femenino incidió en todos los estamentos sociales, ya que existió una incorporación de la mujer en la mayoría actividades sociales reservadas hasta aquel entonces sólo para varones, especialmente en el

---

<sup>112</sup> Ídem, Ob. cit, 295-296 pp.



ámbito cultural, como la oradora Hortensia, hija del homónimo, las que adquirieron y divulgaron una conciencia de libertad contrariando las tradiciones imperantes<sup>113</sup>.

También influiría el pensamiento estoico después de la conquista de Grecia, el que no sólo educó a las clases más acomodadas de la sociedad romana sino que se convirtió en predicador del amor como realidad espiritual y concordia entre los esposos, algo mucho más duradero que la sociedad basada en la obediencia o respeto, en efecto, esos valores encajaban con la nueva moral poniendo énfasis en la relación de una persona con la otra y no de los individuos con el grupo o estirpe, la ética del nuevo comportamiento constituyó el germen de una igualdad de género que el mismo derecho supo recoger, por ello, Ulpiano, indicó que en caso de ventilarse un litigio por adulterio de la mujer, el juez debía investigar y considerar si el marido que acusa llevaba una vida honesta que hiciere exigible una similar por parte de su esposa, pues sería muy injusto que el cónyuge exija de su mujer una conducta que el mismo no practica<sup>114</sup>, por lo que el matrimonio ha de fundarse en el amor comprendido como la amistad, la dignidad de uno y otro, y no en los deberes atados a la estirpe o en la lógica viril que convertía al *pater* en el único centro de la familia<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> Ídem, Ob. cit, 296-298 pp.

<sup>114</sup> DIGESTO 48.5.14.5 en PETIT, Eugene, Ob. cit 113-116 pp.

<sup>115</sup> VIAL, Manuel, Ob. cit, 299-300 pp.

Producto de estos incipientes cambios y para evitar la desaparición del patriarcado, Augusto promulgó la *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus* (18 a.C) y la *Lex Papia Poppaea* (9 d.C) que incentivaba a los hombres a contraer matrimonio condenando la castidad, así, por derecho propio los varones casados accedían a lugares privilegiados en los juegos y ceremonias públicas por sobre los solteros aunque éstos fuesen mayores, no es necesario insistir en que al emperador no le importaba la fidelidad ni la sana vida matrimonial, sino mantener la estructura social familiar y la clase senatorial vigente, para lo que era necesario el nacimiento de hijos legítimos, o sea dentro del matrimonio, por lo que el comportamiento de ellos luego de contraído el vínculo no tenía mayor trascendencia. La importancia de lo anterior radica en la intervención legislativa en la esfera íntima reservada al omnímodo poder del *pater*, generándose un tránsito de un patriarcado cerrado y competitivo a uno al servicio del príncipe, por lo que la unión familiar basada en los afectos y sentimientos nacerá con ocasión de la resistencia al poder imperial<sup>116</sup>.

## 5.2. *Res Privata- Res Pvblica-Imperium*

El historiador Héctor Herrera recorre el cambio anterior por medio de tres estadios, el primero de ellos denominado *res privata*, en el que indica: “*La familia fue entonces, ese amplísimo conjunto en el cual se encontraban los bienes*

---

<sup>116</sup> Ídem, Ob. cit, 301 p.

*muebles y los siervos -al fin y al cabo familia viene famulus-famula y en la cual han de contarse los descendientes directos, sus hijos, etc, y- esto es muy importante- los antepasados, frente a los cuales el pater oficiaba de sacerdote. Vale, pues tener presente como el pater resume una serie de dimensiones que, posteriormente, van a aparecer cada vez más especializadas: el pater es sacerdote, es administrador de bienes, es el que da justicia a su familia y es el que la defiende. En una palabra, tiene él, en su mano, la totalidad de las potestas”<sup>117</sup>.*

Con la referida legislación de Augusto se configura el tránsito al segundo estadio o *res pública*, indicando: *“Hemos abandonado el mundo de la familia, donde no hay magistraturas, donde nadie compite con el poder del padre, donde él está sólo (...) pero cada una de estas traslaciones, que desde el mundo privado sirven para instaurar el mundo público, cada una de estas ampliaciones en la competencia del último va significando- como señalábamos al comienzo- una reducción paulatina de la competencia del mundo privado, hasta llegar un momento en que se constituyen, por así decir, dos derechos. En un primer momento, existía sólo derecho en el mundo privado y, ahora, vamos a tener dos derechos, de los cuales el del mundo público supedita, casi totalmente, del derecho del mundo privado. Este sería, entonces, el primer momento de una traslación y ampliación, que producirá un cambio de signo”<sup>118</sup>.*

---

<sup>117</sup>HERRERA, Héctor, *Res Privata-Res Pvblica-Imperium*, en *Semanas de Estudios Romanos*, Santiago, Chile, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1977, 128-136 pp.

<sup>118</sup> Ídem, Ob. cit, 132-133 pp.

Para finalmente, la palabra ciudadano, que había transitado del mundo privado al público, pierde todo su sentido en los siglos que transcurrieron bajo el signo del tercer estadio o el imperio, para indicar: *“Si bien los ciudadanos tienen como garantía personal todo un derecho, que se ha ido elaborando a lo largo de los siglos, en último término, sin embargo, el emperador dispone de sus bienes a través de imposiciones que él, personalmente y sin recurrir a organismos públicos, impone sobre dichos ciudadanos (...). El emperador, cada vez, actúa más sobre súbditos que sobre ciudadanos (...). Es decir, es este un proceso que lentamente va imponiéndose hasta llegar a una situación en la cual la relación que se da entre el emperador y los súbditos es, en parte significativa, similar a la relación vigente entre el pater y los distintos miembros que componen su familia”*<sup>119</sup>.

### 5.3. El pensamiento cristiano en la articulación de la nueva familia Romana

De lo anterior es posible apreciar el sometimiento del *pater* a la autoridad temporal, sin que éste pudiera ya imponer su plena potestad a los miembros de su familia, socavando así las raíces o bases más profundas de la antigua estructura familiar cimentada en la persona y el patriarcado, con lo cual, la filosofía estoica, la revolución de la individualidad y las nuevas religiones impulsadas por el cristianismo constituyen el punto de arranque para el tránsito de una familia

---

<sup>119</sup> Ídem, Ob. cit, 134 p.

basada en la estirpe a una centrada en el matrimonio como institución independiente<sup>120</sup>.

El advenimiento de la doctrina cristiana no sólo constituyó un cambio en la óptica moral de la sociedad romana, sino que también en la dimensión global del ser humano, su visión de vida destruyó la tradicional relación existente entre propiedad, familia y religión, ya que dichos elementos no son interdependientes, puesto que el hombre no necesitaría pertenecer a una familia para participar de la religión y la tierra no sería fundamental para el culto. Además de ello, no es un bien fundamental la perdurabilidad de la estirpe basada en la descendencia, y del mismo modo, la propiedad cobraría un nuevo sentido al asignársele una dimensión ética que la sitúa no como un fin, sino un medio para obrar en beneficio de cada uno de los integrantes que componen una agrupación familiar<sup>121</sup>. Todo lo anterior merma notablemente la *potestas* o poder aglutinante del *pater* como factor de cohesión en el ámbito sagrado, material y en definitiva familiar.

A modo de ejemplo, basta señalar un pasaje del evangelio de San Mateo para comprender mejor el proceso de desmembramiento estructural de la familia tradicional romana: “*pues he venido a enfrentar al hombre contra su padre, a la hija contra su madre, a la nuera contra su suegra; y los enemigos del hombre*”

---

<sup>120</sup> VIAL, Manuel, Ob. cit, 302-303 pp.

<sup>121</sup> Ídem, Ob. cit, 304 p.

*serán los de su propia casa. Quien ama a su padre o a su madre más que a mí, no es digno de mí, y quien ama a su hijo o hija más que a mí no es digno de mí*<sup>122</sup>

Si bien el cristianismo no generó la desarticulación directa de la tradicional *patria potestas*, si permitió acelerar su proceso de descomposición, ya que antiguamente el *pater* podía controlar la integración del grupo familiar por medio del infanticidio y el aborto, prácticas que fueron fuertemente combatidas por la iglesia, los estoicos y el judaísmo, y que darían lugar a que Constantino considerarse que dar muerte a un hijo fuere considerado parricidio mediante dos disposiciones legales de los años 315 y 319<sup>123</sup>, el influjo del pensamiento católico enseñó a los hijos el deber de honrar y obedecer a los padres, y a su vez, el deber de los progenitores de asistir, proteger y socorrer a su descendencia, con los cual los restos de la *patria potestas* se convirtieron en *paterna pietas*<sup>124</sup> precisamente fundado en el sacrificio de Dios que entregó a su hijo por amor.

El matrimonio no quedó exento de los cambios sociales, y según la doctrina cristiana en el hay un derecho divino ante el cual el legislador humano es impotente, tales concepciones fundadas en el Antiguo pero en especial en el Nuevo Testamento dan lugar a interpretarlo en el sentido de indisolubilidad de la

---

<sup>122</sup> MT 10, 35-37.

<sup>123</sup> INSTITUTAS 4.18 y DIGESTO 48.8.8 en VIAL Manuel, Ob. cit, 308 p.

<sup>124</sup> VIAL, Manuel, Ob. cit, 309 p.

institución<sup>125</sup>. Cabe señalar que hasta el siglo V la elaboración jurídica cristiana fue escasa, para luego dar paso a un derecho eclesiástico que incidiría en el ordenamiento secular al referirse a la familia. Sus elementos articuladores son unidad monógama e indisoluble y descendencia legítima de hijos sometidos a la autoridad paterna quien es el jefe del hogar.

Como se indicó en su oportunidad el matrimonio en la época arcaica y parte de la clásica estaba fundado en una situación de hecho, basada en la voluntad de los cónyuges de permanecer en estado marital o *conubium*, de modo que el simple cese del *affectio maritalis* disolvía el vínculo. En cambio, desde la época clásica se requería la manifestación de voluntad en el enlace conyugal, por lo que en un determinado momento un acto jurídico daba lugar a ésta unión, con lo cual se justificaba la regulación legal del divorcio que nunca desapareció de la legislación romana<sup>126</sup>.

Dos son los principios que según el cristianismo rigen la estructura familiar. El primero de ellos, la igualdad sustancial de los esposos en el matrimonio, tanto en el plano material como espiritual, por lo cual se sostiene la mutua fidelidad. En segundo lugar, el sometimiento de la mujer al marido, quien es jefe de la familia y administrador de sus haberes, lo que tiene como fundamento la protección de la cónyuge y la dirección de la unidad económica familiar en uno de sus miembros,

---

<sup>125</sup> GN 2,18 y 2,24, JN 2,11, MT 5,32 y 19,9, MC 10, 2-9, 11-12, LC 16,18.

<sup>126</sup> VIAL, Manuel, Ob. cit, 312-313 pp.

generándose una incipiente igualdad de sexos al no distinguir entre hombres y mujeres, esclavos o libres, y extranjeros o ciudadanos, ideas que comenzarán a plasmarse con la legislación de Justiniano al eliminarse la tutela sobre la mujer y establecer limitaciones en la administración patrimonial que detenta el marido, sin perjuicio del tratamiento conjunto de la *donation propter nuptias* y la dote, los que fueron trazando relaciones equilibradas entre cónyuges destinadas a la familia, sustentando un régimen económico al interior del matrimonio distinto de cada una de las familias de origen o de las que efectuaban los aportes<sup>127</sup>.

De esta forma, la familia se articula como una entidad moral y patrimonial que no se gesta con la muerte del *paterfamilias*, sino con la institución matrimonial, proceso que culminará con el asentamiento definitivo del cristianismo y cuyo legado perdurará para la Edad Media hasta el siglo X<sup>128</sup>.

#### 5.4. Los peculios y los derechos hereditarios como sustento de la modificación familiar

En este complejo escenario mutable adquiere gran relevancia la figura del hijo y su germen de independencia económica por medio de los peculios, ya que si bien el fundamento de esta institución no arranca con el cristianismo su mayor apogeo

---

<sup>127</sup> GARCÍA, M, El Patrimonio de la Mujer casada en el Derecho Civil, Barcelona, España, Ceac, 1982, 138-139 pp.

<sup>128</sup> VIAL, Manuel, Ob. cit, 313-316 pp.



lo adquirió en ésta época. No es necesario reiterar que antiguamente resultaba impensado que dentro de las omnímodas *potestas* del *pater* un hijo pudiese administrar para sí un patrimonio, lo anterior sólo podía manifestarse mediante la emancipación que daba lugar a una nueva unidad económica y por lo tanto a una nueva familia. Sin embargo, con su *peculio profecticio* y más tarde con el *castrense*, adquirió independencia económica y facultades de negociación que se extendían incluso hasta con su propio progenitor, siendo ello el fiel reflejo de la caída del poder paterno, justamente cuando comienza una nueva realidad espiritual romana<sup>129</sup>.

Del mismo modo incidirá en esta metamorfosis familiar el lento reconocimiento de los derechos sucesorios fundados en el parentesco cognaticio, es del caso recordar que con la antigua ley de las doce tablas se disponía “*si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto. Si agnatus nec ecit, gentiles familia aventó*” (si muere intestado quien carece de un heredero suyo, tenga la herencia el agnado más próximo. Si no existe agnado, recojan la herencia los gentiles) por lo que perentoriamente se llamó a suceder, en primer término, a los hijos sometidos a *potestas*, luego a los agnados, y en último término a los gentiles, lo que es fiel reflejo de la otrora arcaica realidad de la familia fundada en la estirpe y poder del varón a su cabeza. Sin embargo desde el siglo II a.C la idea de continuidad familiar dejaría de ser indispensable decreciendo la importancia del

---

<sup>129</sup> Ídem, Ob. cit, 305-306 pp.

parentesco agnaticio, y por ende la diferencia entre agnados y cognados, ingresando en el sistema sucesorio el hijo emancipado, los cognados y el cónyuge<sup>130</sup>.

Lo anterior tendría su asentamiento definitivo con Justiniano y su novela 118 en la que se reconocen derechos hereditarios<sup>131</sup>. En primer término, a los descendientes legítimos, naturales o adoptados de ambos sexos que desciendan por línea de varón o mujer, ya sea bajo o liberados de la potestad del causante, procediendo tanto *in capita* e *in stirpe*. En segundo lugar, a los ascendientes y, si los hubiere a los hermanos de doble conjunción, esto es, por parte de madre y padre. En tercer término, a los hermanos de doble conjunción, los que suceden *in capita* e *in stirpe*, pero éste último sólo en favor del hijo de premuerto y no de su descendencia. En cuarto orden, a los hermanos de simple conjunción y a los hijos del hermano premuerto que sólo heredan *in stirpe*. Para finalmente, a falta de todos los indicados en este estricto orden de prelación, recurrirse a los demás cognados colaterales comenzando por el más próximo, si son varios se reparte *in capita* y no *in stripe*<sup>132</sup>. Lo anterior no es una creación innovadora, sino la culminación del proceso evolutivo que había seguido el derecho al adaptarse a la nueva realidad social romana sustentada en la sangre, y en un nuevo vínculo

---

<sup>130</sup> Ídem, Ob. cit, 306-307 pp.

<sup>131</sup> NOVELAS 118 y 121, en COSTA, José Carlos, Ob. cit, 22 p.

<sup>132</sup> GUZMÁN, Alejandro, Ob. cit, t2, 410-411 pp.

jurídico fundado en la generación de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos que trasciende más allá de la emancipación de los mismos<sup>133</sup>.

En síntesis la disminución del poder paterno sobre la descendencia, la libertad económica de los integrantes de la familia y la autonomía de los hijos se constituyeron en los presupuestos que permitieron la caída de la familia tradicional romana, ello generó como consecuencia la exaltación de lo individual, los ideales de libertad y el matrimonio basado en relaciones afectivas por sobre las materiales, lo que en definitiva ocasionó un tránsito de una familia extensa o amplia a una nuclear.

Es importante señalar, siguiendo a Elisabeth Roudinesco, que en el mundo occidental el poder del *pater* o padre nunca fue extinguido en su totalidad y, el patriarcado con las atenuaciones descritas precedentemente se mantuvo como legado hasta el siglo XVIII<sup>134</sup>.

## 6. La familia en la Edad Media

Durante la Edad Media suele presentarse una familia uniforme y sin grandes cambios en relación con su período anterior dominado por el imperio romano. Las clases altas formalizaban su matrimonio ante *faciem ecclesiae* (en presencia de la

---

<sup>133</sup> VIAL, Manuel, Ob. cit, 308 p.

<sup>134</sup> ROUDINESCO, Elizabeth, Ob. cit, 19 p.

iglesia) manteniendo la disciplina del esquema romano-pauliano. En cambio, en las clases trabajadoras autónomas o semiautónomas, lo que hoy se denominaría clase media, se popularizó el matrimonio a *yuras*, es decir, el que carece de publicidad documental eclesiástica de gran similitud a lo que ocurría con el *usus romano*<sup>135</sup>.

La economía conyugal se caracterizó por un régimen de titularidad varonil casi exclusiva, con dote y desafección en cuanto a las responsabilidades por deudas familiares para la mujer, lo que constituiría el antecedente más próximo de los regímenes que contemplan separación en la administración de los bienes. La preponderancia del varón se encontraba reforzada por los *mayorazgos*, los que consistían en la entrega de bienes a una familia o persona determinada con el objeto de no desprenderse de ellos y mantenerlos en la sucesión, generalmente en el hijo mayor, para concentrar y aumentar el poder de una casta. Lo anterior otorgaba prestancia a la familia pero generaba demasiada rigidez en la circulación o tráfico de bienes, debilitándose la solvencia para la obtención de créditos, de modo que las dotes de las hijas y la aportación de bienes parafernales de titularidad de la mujer devinieron en una importancia trascendental para el progreso de las familias. Mientras que en las clases más bajas se masificaba la importancia del *colonato*, en el cual, un campesino, no esclavo pero sí

---

<sup>135</sup> RAMS, Joaquín, DE AMUNATEGUI, Cristina, SERRANO, Eduardo, ANGUITA, Luis, Autonomía de la Voluntad y Negocios Jurídicos de la Familia, Madrid, España, Dykinson SL, 2009, 36 p.

dependiente y ligado a la tierra, la trabajaba y entrega al dueño inmediato, titular privado, señor feudal o subenfeudado, una porción de los frutos producidos<sup>136</sup>.

La importancia asignada al cultivo de la tierra asignada en el siglo XII y XIII y el necesario intercambio mercantil, en especial de materias primas generó un afán de superación fundado en la voluntad individual debido a la disconformidad de las rutinas ineficientes, abriendo paso a la confianza de innovadores. De este modo proliferarían las organizaciones pluripersonales como instrumentos de servicio propio y de la colectividad, lo que daría origen a nuevos regímenes municipales, comarcales, casas de contratación, agrupaciones de intereses, etc. Todo ello derivaría en los instrumentos que reflejarían acuerdos de voluntades, sinalagmas o contratos, producto de la fragilidad de la palabra y la necesidad de consignar por escrito los términos técnicos con la intención de obligar<sup>137</sup>.

En el orden familiar ello repercutiría en la aparición de instrumentos nupciales que reflejaron la posibilidad de cambio y modificación, incluso con ruptura del compromiso reglamentando el divorcio, el que fue visto con gran recelo por las mujeres, los progenitores de éstas y el clero, el cual no se pronunciaría por estar ocupado de la disciplina y la situación de las familias de la alta nobleza<sup>138</sup>.

---

<sup>136</sup> Ídem, Ob. cit, 37 p.

<sup>137</sup> Ídem, Ob. cit, 39 p.

<sup>138</sup> Ídem, Ob. cit, 40 p.

En esas circunstancias en el siglo XIV se materializarían en las escribanías civiles los primeros regímenes de comunidad matrimonial, contando con el respaldo formal de los parlamentos y cortes de los reinos, en especial, los sujetos a la monarquía Francesa y los de Aragón, Navarra y Castilla. Sin embargo, en los territorios romanizados se mantendría la separación de bienes con dote, como es el caso de Cataluña, Mallorca, Provenza, Aquitania e Italia<sup>139</sup>.

El acrecentamiento del ego se extendería también al ámbito religioso, sería Martín Lutero el que encarne esa misión, fundado en un pensamiento trascendente en que el sujeto activo es cada individuo como persona libre y potencialmente capaz de asumir la plenitud de deberes y derechos. Estas ideas individualistas llevaron a Lutero a negar al matrimonio el valor de sacramento y entenderlo como una institución natural con regulación civil, siendo posible su disolución por el divorcio, ya que el mismo no ha sido instituido por Dios, sino que es una invención introducida por los hombres en la Iglesia<sup>140</sup>.

El movimiento iniciado por Lutero, denominado la reforma que dio origen al protestantismo, encontró reacción clerical en el Concilio de Trento (1545-1563), en donde de un simple acto bendecible con posibilidad de divorcio fundado, se transita a un matrimonio elevado a la categoría de sacramento declarándolo

---

<sup>139</sup> Ídem, Ob. cit, 42 p.

<sup>140</sup> MIRALLES, Antonio, El Matrimonio Teología y vida, Madrid, España, Colección Pelicano, 1999, 147-150 pp.

indisoluble, ya que igual que los otros sacramentos suponen un mínimo de fe y la intención del ministro. Para su protección los soberanos católicos entregaron a la iglesia el control absoluto sobre la institución marital y sus normas con todos sus efectos, por lo que entre protestantes y católicos se generarían dos tipos de matrimonios, y en consecuencia de familia<sup>141</sup>.

## 7. La familia con la revolución francesa

El pensamiento y conjunto de intereses ligados a la ilustración no tuvo gran relevancia el estudio del matrimonio y la familia, ya que probablemente el pensamiento ilustrado se desentendió del tema para evitar una reacción defensiva de la iglesia. A diferencia de lo anterior, sí lo hizo la revolución francesa, aunque orientados por motivos políticos más que sociales, ya que junto con la monarquía y la nobleza, el clero era el poder del *ancien régime* más resistido por los revolucionarios, de modo que, se pretendió terminar con su posición relevante al interior del estado y con su dominio sobre la conducta moral de los franceses, transformándose en un objetivo arrebatarle el monopolio sobre el control del matrimonio y la familia para que el derecho canónico no fuese vinculante para el estado, en dichos términos, se consideró a la institución como un contrato civil y la familia derivada del mismo una consecuencia privada con dimensión social<sup>142</sup>.

---

<sup>141</sup> CARRODEGUAS, Celestino, La Sacramentalidad del Matrimonio, Madrid, España, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 2003, 50-54 pp.

<sup>142</sup> RAMS, Joaquín, DE AMUNATEGUI, Cristina, SERRANO, Eduardo, ANGUITA,, Ob. cit, 43-44 pp.

Los objetivos descritos se plasmarían en la constitución de 1791 que asignó al matrimonio el valor de contrato de derecho privado, lo cual, no significó la apertura a una oleada de libertinaje sino la regulación marital bajo la óptica civil, permitiéndose la disolución del vínculo voluntariamente por la *desaffectio*, tal como ocurrió en Roma. Ésta legislación revolucionaria no influyó de forma sustancial sobre la estructura de la familia ni mucho menos a favor de la mujer casada, en especial por la influencia de la burguesía que buscó desempeñar un papel preponderante en el que se requirió estabilidad familiar y apreciación social, por lo que a ellas, sólo se les tuvo en cuenta sólo para proporcionarles una posición económica ante la viudez, pero en ningún caso para la construcción del estatus social. De modo que la familia es una expresión de los sentimientos de la época, pero no es valorada por la encarnación social de sus miembros, sino por la representación externa y su cabeza representada por el varón, siendo la mujer el mejor complemento del hombre, pero no más que aquello<sup>143</sup>.

No obstante lo anterior, la revolución trajo consigo la autonomía de los derechos individuales disminuyendo el papel de los intereses familiares, otorgándose mayor importancia a la emoción como base de las relaciones, pudiendo el hombre común interpretar personalmente asuntos que sólo estaban reservados para las jerarquías superiores. Lo anterior trajo consecuencias en el orden económico, ya que se separó la vivienda del trabajo, de modo que, los hijos ya no estaban

---

<sup>143</sup> Ídem, Ob. cit, 44-45 pp.



condicionados a los oficios de los padres, reemplazándose la manufactura artesanal hogareña por la masiva elaboración fabril, lo que provocará cambios en el funcionamiento de los grupos familiares con el fenómeno de la revolución industrial, que transformó a la familia y el matrimonio de una unidad de producción a una organización de consumo<sup>144</sup>.

En el marco de este proceso se acentuaron las enormes diferencias sociales entre los distintos sujetos, generando un notable perjuicio o detrimento de la clase trabajadora que recibía un pago que sólo le permitía subsistir, y en ocasiones ni siquiera ello, lo que motivó el advenimiento de nuevas ideas políticas, sociales y económicas fundadas en la igualdad moral y material del ser humano, las que lideradas por Friedrich Engels y Karl Marx postulaban la revolución y lucha de clases<sup>145</sup>.

Para los referidos autores, la familia históricamente ha vivido un proceso de descomposición que se agrava cada día más como consecuencia de la aplicación de los postulados capitalistas, en efecto, si bien la familia se articula por medio del matrimonio, la institución no es más que una estructura destinada o esclavizada al servicio del capital, ya que sus cónyuges sólo celebran el enlace como una forma de proteger o resguardar la riqueza material que se trasmite de generación en generación, especialmente en los sectores de la burguesía, así las cosas, las

---

<sup>144</sup> CÓRDOBA, Marcos, VANELLA, Vilma, VÁSQUEZ, Ángela, Ob. cit, 19 p.

<sup>145</sup> Cfr. Manifiesto Comunista.

familias acomodadas cada vez acrecientan con mayor intensidad su poderío económico a costa de la clase obrera o trabajadora, los que como contrapartida, se encuentran sometidos a condiciones inhumanas y degradantes producto de la opresión burguesa<sup>146</sup>.

De este modo, la eliminación del aparato capitalista y sus referentes dogmáticos basados en la propiedad privada y explotación del hombre por el hombre, permitirán cercenar el paradigma de la familia visto como unidad de producción y consumo económico al servicio del capital, ya que al crear una sociedad basada en la igualdad social naturalmente se eliminará toda consideración o condición formativa basada en la cautela de la riqueza o de un calculado juego de intereses patrimoniales, posibilitando la unión conyugal y la gestación de relaciones afectivas centradas en el amor verdadero, fecundo y comprensivo, sin ningún otro interés más que la inclinación recíproca del uno por el otro, toda esta fuerza social evitará el abandono de la mujer, generará igualdad marital, y en definitiva cimentará la familia en beneficio de la persona y no del patrimonio o del capital<sup>147</sup>.

## 8. La familia en la actualidad

---

<sup>146</sup> MARX, Karl y ENGELS, Friedrich, El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado, trad ACL, Madrid, España, Fundamentos, 13° ed, 1996, 41-107 pp.

<sup>147</sup> Ídem, Ob. cit 50-100 pp.

En la segunda mitad del siglo XX luego de los más devastadores conflictos bélicos que haya presenciado la humanidad y el asentamiento de las ideas del comunismo en los países del este, se generaron movimientos fundados en la paz, la solidaridad, igualdad de sexos y contra el racismo. Del mismo modo, se produjo una interconexión del mundo y la masificación y difusión de las nuevas ideas por el efecto expansivo de las comunicaciones, lo que provocó un mayor conocimiento de diversas realidades en la sociedad contemporánea<sup>148</sup>.

Así las cosas, se exaltó la igualdad y paridad del varón con la mujer en desmedro de los tradicionales roles de género, lo que produjo que todos los integrantes de la familia adquiriesen mayor participación en la toma de decisiones y en la ejecución de las mismas, produciendo la ruptura del clásico o tradicional estilo de familia patriarcal, por primera vez en la historia la mujer compartiría derechos y obligaciones por igual con el cónyuge, adquiriría el derecho a sufragio e incluso en muchos hogares se transformaría en el sustento familiar. Esa independencia económica, social y política de la mujer constituyó la piedra de inicio para la masificación de las rupturas conyugales, haciendo surgir al divorcio como solución de los conflictos irreversibles<sup>149</sup>.

Como conclusiones de este primer capítulo se pueden señalar las siguientes ideas esenciales: la primera de ellas consiste en indicar que el término familia

---

<sup>148</sup> CÓRDOBA, Marcos, VANELLA, Vilma, VÁSQUEZ, Ángela, A, Ob. cit, 20 p.

<sup>149</sup> Ídem, Ob. cit, 20 p.

genera dificultades de comprensión desde sus mismas raíces terminológicas o significado etimológico, sin perjuicio de ello, existe concordancia en que deriva de la voz osca *famulia*, *famulus*, o *famel* que significa siervo, y del sánscrito *vama* que corresponde a hogar o habitación, se asocia también a *fames* que significa hambre, por lo que se puede resumir como la casa o sede física donde residen ciertas personas, además de sus bienes y esclavos.

La segunda es que en los tiempos primitivos es muy difícil referirse con precisión a la familia, en sus inicios predominó el *salvajismo* que gestó uniones carnales sin ningún tipo de control, con el tiempo se configuraría una situación *endogamia* o unión de sujetos pertenecientes a una misma comunidad o población, en una primera etapa la familia *consanguínea* excluyó el intercambio sexual de los padres con sus hijos y posteriormente la *punalúa* restringió la copula entre hermanos. Para más tarde dar lugar a la diversificación de las relaciones carnales que gestó la *exogamia* o vínculos entre individuos de distintas tribus o clanes, desde luego, sin la exclusividad o permanencia necesaria como para calificarlas de estables. Las primeras comunidades sedentarias y agrícolas se fundaron en el matriarcado por la inseguridad que generaba la paternidad, dando lugar al parentesco uterino, el cual, por la actividad militar y el ejercicio masivo del comercio derivó en la posterior manifestación de la autoridad del varón articulando el patriarcado conjuntamente con los primeros rasgos de vida en pareja o familia *sindiásmica* que luego daría origen a la monogamia.

En tercer lugar la familia en la sociedad Griega y Romana se articulaba en torno a un poder omnímodo de su cabeza o *pater*, el cual se extendía sobre su cónyuge, hijos, esclavos y bienes, el matrimonio era la puerta por excelencia que permitía el ingreso y salida de ella, el cual más que una situación de derecho era de hecho, es decir, se configuraba por el deseo de permanecer en dicho estado o en el *affectio maritalis*. Su tipología o fisonomía externa correspondía a una familia extensa ampliada, es decir, la conformada por el marido, la mujer, los hijos, los o las cónyuges de éstos, los esclavos y los bienes, la que en su conjunto era una unidad política, social y religiosa pero fundamentalmente económica o de producción.

En cuarto lugar cabe indicar que los conflictos bélicos, en especial, las guerras púnicas, el advenimiento de nuevas religiones, entre ellas el cristianismo, el judaísmo y el pensamiento estoico significó un debilitamiento de la omnipotencia de la autoridad paterna, todo ello, al exaltarse el amor conyugal y filial con la primacía de lo individual por sobre la stirpe. Además, el control del aparato estatal en un círculo tan cerrado como el familiar generó una fuerte resistencia a la tradicional familia romana aferrada al poder paterno, difundiéndose los ideales de independencia personal y de decisiones mancomunadas o compartidas fundadas en el amor conyugal sin sujeción a una cabeza con amplia potestad. A mayor abundamiento la incipiente independencia económica de los hijos y el establecimiento de derechos hereditarios o sucesorios fundados en la sangre,

permitieron en definitiva el tránsito de una familia extensa o ampliada a una nuclear, articulada esencialmente en la unión del varón con la mujer y sus hijos como realidad afectiva, social y económica desligada de sus orígenes y poderes paternos.

Como quinto aspecto, durante la edad media con la implementación del sistema de feudos adquirió un rol preponderante la institución de los mayorazgos y el colonato, sin perjuicio de ello, la diversificación del comercio, la explotación de la tierra y la búsqueda de nuevas rutas para el tráfico de mercaderías generó la difusión masiva de contratos y sinalagmas con la intención de obligar a las partes. La familia no fue la excepción a los cambios de la época y se gestaron instrumentos tendientes a regular los regímenes de bienes como la disolución del vínculo por divorcio, su clímax se alcanzaría con el movimiento de la Reforma iniciado por Martín Lutero que negaría el carácter de sacramento al matrimonio, la iglesia reaccionaría con la Contrarreforma y el Concilio de Trento en donde se consagró el carácter sacramental de la institución marital con indisolubilidad del vínculo.

En sexto lugar, el pensamiento ilustrado no se preocupó mayormente de la familia, el cambio de óptica devino con la revolución francesa y su intención de desarraigar al clero del control familiar, lo que se tradujo en instrumentos legales que consagrarían al matrimonio como una institución natural producto de la

dimensión social del ser humano, sometiéndolo a una regulación civil o privada. Más tarde, las tendencias individualistas y el advenimiento de la revolución industrial generó que la familia derivase de una unidad de producción en una al servicio del capital y cautelar del patrimonio o de la riqueza, lo que motivaría la crítica social de Marx y Engels quienes postulaban la destrucción del sistema capitalista para dar lugar a una sociedad sin clases y con familias fundadas en la entrega conyugal recíproca y no en la protección de intereses económicos.

En la segunda mitad del siglo XX, luego de las dos guerras mundiales, la mujer se incorpora al mundo laboral, se exalta la paridad o igualdad de los roles de género, lo que implica el quiebre del carácter patriarcal masificándose el divorcio y las uniones de hecho o simple convivencia.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **EL ESTADO DE FAMILIA**

En el capítulo primero se ha abordado la familia desde su significación etimológica, analizando también su composición y regulación jurídica a lo largo de la historia, por consiguiente, corresponde ahora referirse a sus elementos articuladores, naturaleza y fines, que permitan en la medida de lo posible una delimitación más precisa del concepto, en especial para distinguirlo de otras agrupaciones sociales.

#### **1. Los elementos articuladores de la relación familiar**

No existe consenso en cuanto a los posibles elementos que articulen una agrupación familiar, sin perjuicio de ello, Corral, considerando las finalidades reproductivas, espirituales, económicas y domésticas, nos indica cuales debiesen ser las características, condiciones o componentes que ella debiese reunir:

##### **a) Comunidad de personas**

En primer lugar considera la existencia de una comunidad de personas, es decir, la pluralidad de sujetos, lo que supone la existencia de al menos dos seres humanos. Sobre el particular concuerdo con lo expuesto, ya que el sujeto en su



dimensión individual sólo refleja un proyecto y protección personal, mas no así un ideario de vida compartido que sólo puede existir en una reunión de al menos dos personas<sup>150</sup>.

#### b) *Affectio familiaris*

En segundo orden, señala que existe entre sus integrantes un afecto que las induce a colaborar entre sí, a prestarse auxilio o ayuda mutua formando parte de un grupo al que vinculan su desarrollo personal, lo que se denomina *affectio familiaris*. Respecto de lo cual, no cabe sino reconocer la vinculación afectiva y/o emocional como uno de sus elementos integrantes para la máxima colaboración y desarrollo tanto personal como colectivo, ya que desde luego, familia es lo que un ser humano aspira íntimamente a construir en su vida, fundado en el amor, solidaridad y afecto como elementos de transmisión recíproca de cada uno de sus miembros, desde luego el factor emocional dice relación con la conformación de un proyecto de vida en común y la transmisión de valores fundamentalmente a la descendencia, pues ello lo que lo diferencia de otras clases de afecto, como el que puede existir entre un grupo de amigos<sup>151</sup>.

#### c) Relación de pareja o parentesco sanguíneo

---

<sup>150</sup> CORRAL, Hernán, Ob. cit, 8-12 pp.

<sup>151</sup> Ídem, CORRAL, Hernán, Ob. cit, 8-12 pp.

En tercer lugar, refiere que el afecto surge por la relación de pareja o por el parentesco de sangre. Ante lo cual, considero que efectivamente la familia nace por una relación de pareja, sea o no del mismo sexo, que comparta un proyecto afectivo y de vida en común, sin embargo, no es posible restringirlo sólo al vínculo sanguíneo, toda vez que lo anterior no considera otras formas de constitución como las fundadas en la adopción que da origen al estado civil de hijo<sup>152</sup>.

#### d) Autoridad directiva

La que se manifiesta en la existencia de una autoridad directiva o de un orden que establezca en forma clara las cuotas de poder o las atribuciones que corresponde ejercer a los integrantes para encauzar o dirigir la vida familiar, la misma puede ser compartida, colegiada o incluso vigilada mediante la intervención de organismos estatales, como por ejemplo, tribunales de justicia. Lo anterior se explica por la búsqueda del bien común de todos sus miembros y no de los intereses particulares de cada uno de ellos, lo que no es óbice para el desarrollo de un clima de consenso, cariño, respeto y protección recíproca. Sólo cabe concordar con ello, ya que toda agrupación cualesquiera sea su denominación, va a estar constituida por una jerarquía, ya sea unitaria o mancomunada para el cumplimiento de sus fines<sup>153</sup>.

---

<sup>152</sup> Ídem, CORRAL, Hernán, Ob. cit, 8-12 pp.

<sup>153</sup> Ídem, CORRAL, Hernán, Ob. cit, 8-12 pp.

También indica que tiene su origen en la unión de un hombre y una mujer destinada a los actos propios de la perpetuación de la especie. En relación con ello, estimo que efectivamente la función biológica o descendencia fundada en la unión de dos personas de distinto sexo, es una fuente o mecanismo de generación de familia, lo que no significa que sólo la reunión de hombre y mujer constituya la única forma de articulación familiar, ya que, en efecto, la unión de personas del mismo sexo fundada en la relación de pareja y colaboración mutua, igualmente podemos considerarla como familia, sin perjuicio de considerar la descendencia como una consecuencia o finalidad de la familia pero no como una condición de su constitución<sup>154</sup>.

A su vez refiere, que la reunión de individuos se genera para la satisfacción de las necesidades de vida de sus integrantes; y por ello, éstos destinan sus esfuerzos a la obtención de los bienes materiales que lo permiten, siendo parte integrante de su carácter de organización económica o de unidad de producción, sobre este punto efectivamente considero a la familia como base de un progreso material que se traduce no sólo en el crecimiento patrimonial o material de cada uno de sus integrantes, sino que también en el de la sociedad o nación a la cual pertenecen cada uno de sus miembros, precisando al igual que en el punto

---

<sup>154</sup> Ídem, CORRAL, Hernán, Ob. cit, 8-12 pp.

anterior que ello es una consecuencia o finalidad de la agrupación, pero en ningún caso un requisito o condición de ella<sup>155</sup>.

#### e) Residencia

En cuanto a residencia física de la comunidad de afecto y solidaridad, en ocasiones se indica que es necesario que sus miembros compartan un mismo espacio físico, esto es, que vivan juntos en una sede determinada, lo que tendría su origen en la noción más antigua de familia, en especial, arraigada al hogar o la morada o casa donde sus miembros pernoctan. Lo anterior, a juicio del suscrito, es un elemento necesario para dar mayores garantías de eficacia a la institución como para su mayor desarrollo, pero en ningún caso como elemento determinante, toda vez que existen relaciones afectivas y matrimoniales que pueden llevarse a efecto a la distancia, como por ejemplo, cuando los cónyuges trabajan en zonas distintas, debiendo residir en lugares diversos, por lo cual estimo, que una terminología más precisa apuntaría a la continuidad de la comunidad de vida, ya que el mantenimiento del vínculo afectivo no siempre se materializa por residir en un mismo techo sino por una comunicación constante, armónica y fluida como mecanismo de permanencia y estabilidad<sup>156</sup>.

---

<sup>155</sup> Ídem, CORRAL, Hernán, Ob. cit, 8-12 pp.

<sup>156</sup> Ídem, CORRAL, Hernán, Ob. cit, 8-12 pp.

Por todo ello, Hernán Corral, la define como: *“aquella comunidad que, iniciada o basada en la unión permanente de un hombre y una mujer destinada a la realización de los actos humanos propios de la generación, está integrada por personas que conviven bajo la autoridad directiva o las atribuciones de poder concedidas a una o más de ellas, adjuntan sus esfuerzos para lograr el sustento propio y desarrollo económico del grupo y se hallan unidas por un afecto natural derivado de la relación de pareja o del parentesco de sangre, el que las induce a ayudarse y auxiliarse mutuamente”*<sup>157</sup>.

## 2. Concepto de familia

La enunciación de los elementos ya señalados sin que exista una jerarquía u orden de prelación, sirve de sustento para proporcionar una definición o concepto, en ese sentido siguiendo a Rossel, Belluscio y Corral podemos distinguir los siguientes<sup>158</sup>.

La primera de ellas, se funda en la relación conyugal o matrimonial y el parentesco que de ella se deriva, por lo que Carbonnier señala que *“familia es el conjunto de personas ligadas por el matrimonio, o por la filiación, o bien por*

---

<sup>157</sup> Ídem, CORRAL, Hernán, Ob. cit, 8-12 pp.

<sup>158</sup> ROSSEL, Enrique, Manual de Derecho de Familia, 7 ed, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1994, 1-2 pp, BELLUSCIO, Augusto, Ob. cit, 3-8 pp y CORRAL, Hernán, Ob. cit, 5-8 pp.

*individuos vinculados por lazos de consanguinidad o afinidad resultantes a su vez de relaciones matrimoniales o paternofamiliares”<sup>159</sup>.*

De un modo parecido se pronuncia Rossel, al indicar que *“es un conjunto de individuos unidos por vínculo de matrimonio o parentesco”<sup>160</sup>.*

Con lo anterior concuerda Belluscio, al señalar que en razón de la polisemia de la palabra en análisis no es posible entregar un concepto preciso de ella, sin perjuicio que en un sentido amplio *“es el parentesco o el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar, es el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje, incluyendo los ascendientes, descendientes y colaterales del cónyuge, es decir, los afines, a la que habría que agregar al cónyuge aunque no sea un pariente”<sup>161</sup>.*

Del mismo modo se puede distinguir entre el sentido amplio como sinónimo de parentesco y el no limitado a él, el primero de ellos, corresponde a todos aquellos que descienden de un antepasado común, cualquiera que sean las generaciones existentes entre ellos, todos los anteriores pertenecen a una misma familia. Mientras que el segundo, incorpora como miembros a quienes constituyen el servicio doméstico de la casa, lo que tiene su fundamento en las ideas del

---

<sup>159</sup> CARBONNIER, Jean, Derecho Civil, Relaciones Familiares y Cuasi Familiares, trad. ZORRILLA RUIZ, M, Barcelona, España, Editorial Bosch, t1, Vol. 2, 1991, 7 p.

<sup>160</sup> ROSSEL, Enrique, Manual de Derecho de Familia, Ob. cit, 1994, 1 p.

<sup>161</sup> BELLUSCIO, Augusto, Ob. cit, 5 p.

sociólogo, jurista y moralista austriaco Johannes Messner, en la búsqueda del presupuesto cristiano de la comunidad familiar, ya que las relaciones entre la familia y sus criados son, por ambas partes, relaciones de confianza. Sin perjuicio de ello, los vínculos entre los empleados del hogar y la familia se han convertido de hecho, en gran escala, en meras relaciones de contrato de trabajo<sup>162</sup>.

Por ello, Belluscio indica que la familia es la célula vital de la sociedad, la cual es objetivo prioritario del bien común; y su fin existencial *“es proveer a sus miembros de los bienes corporales y espirituales necesarios para una ordenada vida cotidiana, la incorporación de los hijos y el ser la célula de la sociedad”*<sup>163</sup>.

El mismo autor, indica que en un sentido restringido familia comprende sólo el núcleo paterno-filial, denominado también familia conyugal o pequeña familia, es decir, *“la agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que viven con ellos o que están bajo su potestad”*<sup>164</sup>, también conocida como familia nuclear.

A diferencia de lo anterior, una segunda postura reconoce la importancia del factor sanguíneo como elemento articulador, sin embargo, considera que su rasgo esencial es la noción de autoridad existente al interior de la familia, es decir, nuevamente estamos en presencia del elemento distintivo de la sociedad romana

---

<sup>162</sup> MESSNER, Johannes, *Ética Social, Política y Económica a la luz del Derecho Natural*, trad. BARRIOS, J, y otros, Madrid, España, Rialp, 1967, 631 p.

<sup>163</sup> Ídem, Ob. cit, 599 p.

<sup>164</sup> BELLUSCIO, Augusto, Ob. cit, 5 p.

tradicional, fundada en el *pater* y sus casi omnímodos poderes, por ello, los hermanos Mazeaud indicaron que ella “es un grupo de seres humanos conformado por varios sujetos vinculados por el afecto y la sangre que se encuentra sometido a la autoridad de los progenitores”<sup>165</sup>.

El mismo criterio se ve refrendado por Valverde, al señalar que “es una institución natural y social que, fundada en la unión conyugal, liga a los individuos que la integran para el cumplimiento en común de los fines de la vida espiritual y material bajo la autoridad del ascendiente originario que preside las relaciones existentes”<sup>166</sup>.

Es lo que Belluscio denomina familia en su sentido intermedio, al indicar que “es el grupo social integrado por las gentes que viven en una casa bajo la autoridad del señor de ella”<sup>167</sup>, es la misma concepción que sigue Planiol, al indicar “es el conjunto de personas que se encuentran unidas por el matrimonio, la filiación o la adopción, vale decir, el conjunto de personas que viven bajo el mismo techo, bajo la misma dirección y con los recursos proporcionados por el jefe de la casa”<sup>168</sup>.

---

<sup>165</sup> MAZEAUD, Henry Y León, Lecciones de Derecho Civil, trad ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO L, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, t3, N° 686, 1959, 6-8 pp.

<sup>166</sup> VALVERDE, Calixto, Ob. cit, 8-9 pp.

<sup>167</sup> Ídem, Ob. cit, 5-6 pp.

<sup>168</sup> PLANIOL, Marcel Y RIPERT, Georges, Tratado Elemental de Derecho Civil, trad. CAJICA CAMACHO, J, Ciudad de México, México, Editorial Cárdenas Editor, 1981, t1, 225 p.



Finalmente, una tercera teoría, indica que el factor sustancial se constituye por los vínculos de afecto y solidaridad, por lo que Lacruz Berdejo, expresa que: *“en nuestro tiempo la familia, perdida la fórmula de institución patriarcal para pasar a la de una asociación igualitaria de varón y mujer para la crianza de los hijos si los hay y la convivencia en todo caso, es un grupo unido por vínculos de sangre y afecto que procrea, educa, prepara los alimentos, vive en común y cuyos miembros útiles contribuyen al sostenimiento de todos con el producto de su actividad”*<sup>169</sup>.

En síntesis, en conformidad a las definiciones que expone la doctrina y los posibles elementos esenciales de una agrupación familiar derivados de la unión conyugal y/o el parentesco, el sometimiento a una autoridad; y la solidaridad con las relaciones afectivas, es posible afirmar que toda familia se nutre de cada uno de ellos de modo copulativo. En efecto, en toda agrupación que se pueda considerar familia es necesario que se verifique un vínculo de parentesco, el cual bien puede fundarse en la descendencia, en el vínculo matrimonial o la simple relación de pareja, existiendo una autoridad que puede ser compartida o mancomunada en la búsqueda del bien común, y desde luego las relaciones afectivas son requeridas para el éxito y la continuidad de la relación familiar.

---

<sup>169</sup> LACRUZ, José Luis, Manual de Derecho Civil, Barcelona, España, Bosch, 1979, 214 p.

Es del caso señalar que familia es un término que en sí mismo apunta a la permanencia o continuidad, y todos elementos mencionadas adscriben a ello, lo que nos permite distinguirla de otras agrupaciones que se fundan en la transitoriedad, tales como las sustentadas en los vínculos laborales, parejas sexuales ocasionales y la simple amistad.

### 3. Fines de la familia

Teniendo presente los elementos descritos, debemos ahora, referirnos a los fines de la agrupación familiar. En ese sentido y de acuerdo Montero Duhalt, Diez Picazo y Gullón, y las 40 ONG Españolas, se precisan diversas finalidades, entre las cuales se pueden mencionar, la sexual, la económica, la social, cultural, ideológica y religiosa<sup>170</sup>.

#### a) Sexualidad y reproducción de la especie

En efecto, el apetito carnal es inherente al ser humano, y si bien es cierto que una relación de este tipo puede llevarse a efecto en forma ajena a una unión conyugal o de cualquier tipología de familia, la misma se encuentra destinada a la satisfacción de tal objetivo, otra finalidad y que es consecuencia de la anterior, se

---

<sup>170</sup> DIEZ PICAZO, Luis Y GULLÓN, Antonio, Sistema de Derecho Civil, 10º ed, Madrid, España, Tecnos, 2004, 34-35 pp, y MONTERO, Sarah, Derecho de Familia, Ciudad de México, México, Editorial Porrúa SA, 1984, 10-12 pp.

refiere a la reproducción de la especie, generando así el parentesco, constituyéndose en fuente y fin de la familia<sup>171</sup>.

#### b) Económico y producción

Con lo anterior concuerdan Díez Picazo y Gullón, sin perjuicio de considerarlos como elementos de subsistencia propios de los seres vivos pretéritos a cualquier tipo de agrupación social, por lo cual, apuntan a otro tipo de objetivos como los fines de la familia, entre ellos, el económico o de producción, ya que en ella, se utiliza la fuerza de trabajo de todos los componentes de una empresa o tarea productiva en beneficio del grupo. Por ello, cuando se dice que un proletario es el que no tiene más riqueza que su prole, lo que se menciona es que la prole es una riqueza, porque es más rico quien dispone de más brazos, todo ello en antaño, fue propio de las familias agrarias y en las dedicadas a funciones artesanales, sin perjuicio que en la actualidad puede abarcar y extenderse a cualesquier otra actividad, por lo que se constituye en un cauce de conservación del poder económico y material, que el mismo ordenamiento jurídico se encarga de proteger y cautelar. A modo de ejemplo, mediante la sucesión testada como intestada y las legítimas, a mayor abundamiento, no es necesario señalar la común y más frecuente concesión de privilegios a hijos, suegros, yernos, hermanos, etc, en posiciones de relevancia social y económica, tanto en el ámbito de organismos

---

<sup>171</sup> MONTERO, Sarah, Ob cit, 10-12 pp.

gubernamentales como del sector privado, por lo cual la familia es una unidad de cautela, consumo y disfrute de la renta<sup>172</sup>.

### c) Social y cultural

Siguiendo a los mismos autores, otro objetivo, y el más importante en la actualidad dice relación con el plano social y cultural, ya que la institución es un instrumento de socialización del individuo, precisamente es un vehículo de transmisión de pautas de comportamiento, tradiciones, hábitos, usos y creencias, siendo un mecanismo de preparación del sujeto para su vida social y educación<sup>173</sup>, ya que según documento elaborado por las 40 ONG Españolas, ella proporciona un hábitat armonioso y solidario, donde cada ser humano nace, crece y es acompañado hasta su muerte, precisa y exclusivamente por ser de manera incondicional una irrepetible persona<sup>174</sup>.

No hace falta mencionar que dicho núcleo si bien no determinará o condicionará el comportamiento de uno de sus miembros, si lo influirá en su formación doctrinaria, ideológica y religiosa, ya que dichos valores se conjugan y transmiten fundamentalmente en la agrupación familiar, en especial desde niños, lo que en nuestro país se ve reflejado a escala legislativa con el artículo 16 de la Ley 19.968

---

<sup>172</sup> DIEZ PICAZO, Luis Y GULLÓN, Antonio, Ob cit, 34-35 pp.

<sup>173</sup> Ídem, Ob. cit, 33-36 pp.

<sup>174</sup> MÉNDEZ, María Josefa, Los Principios Jurídicos en las Relaciones de Familia, Buenos Aires, Argentina, Editorial Rubinzal Culzoni, 2006, 35-37 pp.

sobre Tribunales de Familia, por medio del principio rector del interés superior, que en términos simples se comprende como la realización, espiritual, material, moral y física en la mayor medida de lo posible.

b) Político y poder

También, pero de menor importancia es la finalidad política, ya analizada en el capítulo primero de este trabajo, por la que se indicó la trascendencia de la autoridad sustentada en la cabeza o en el padre de familia, ya que la agrupación se articula en torno al poder, protección y control de su jefe, el cual decide la suerte y destino de cada uno de sus miembros, ideas que caen en desuso con la paridad de roles y la autoridad conjunta de la pareja<sup>175</sup>.

Por su parte, Jorge del Picó, al referirse a la evolución del concepto de familia, la define como *“un fenómeno universal presente en todo tipo de sociedad, en la que sus elementos comunes están comprendidos por la unión duradera del varón con la mujer y sus hijos, por lo que familia en un sentido natural es entendido como un grupo primario de carácter comunitario, constituido materialmente por la residencia común, las relaciones de cooperación y la reproducción, y subjetivamente, por lazos afectivos basados en la sangre y en la alianza, mediante el cual la sociedad realiza algunas funciones esenciales para su supervivencia y,*

---

<sup>175</sup> Ídem, Ob. cit, 35-37 pp.

*superado este estadio primario de evolución, se erige también como la entidad que realiza aquellas funciones sociales que no pueden ser realizadas por instituciones distintas de la familia, vale decir, el lugar en que se constituyen las relaciones fundamentales decisivas de la persona*<sup>176</sup>.

Basándose en ello, distingue sus fines contemporáneos, entre los que considera la equidad generacional o promoción de la solidaridad diacrónica, entendida como la corresponsabilidad intergeneracional entre ascendientes y descendientes. La transmisión cultural, o canal conductor de costumbres y creencias. La socialización o provisión de conocimientos, habilidades y virtudes que permiten pertenencia a un grupo social. El control social que transmite e irradia el compromiso de sus integrantes con la vigencia de normas justas y preceptos o códigos morales que promuevan la virtud. Finalmente, la afirmación de la persona por sí misma, que ofrece a sus integrantes respeto, resguardo y promoción, al margen de consideraciones de sexo, edad o capacidad económica<sup>177</sup>.

De lo expuesto podemos afirmar la importancia de la familia como estructura social y sus distintas finalidades nos permiten analizarla como una agrupación biológica, sociológica y jurídica.

---

<sup>176</sup> DEL PICÓ, Jorge, 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 Universidad de Talca, año 17 (1): 31-56, Enero 2011.

<sup>177</sup> Ídem, Ob. cit, 37-38 pp.

#### 4. La familia como agrupación biológica, sociológica y jurídica

##### a) Agrupación biológica

Tratándose de la órbita biológica se puede considerar la familia *“como un organismo con profundo arraigo biológico que surge como consecuencia de los instintos genésicos y material”*<sup>178</sup>, o bien, *“los lazos de sangre que unen a las personas descendientes las unas de las otras o de un autor común”*<sup>179</sup>. También se le considera como *“un grupo humano primario natural e irreductible, que se forma por la unión de la pareja hombre y mujer”*<sup>180</sup>

Lo anterior es una consecuencia de los instintos básicos de conservación y reproducción de la especie que impulsan al ser humano a la satisfacción del deseo carnal, y como consecuencia de ello la materialización de la descendencia mediante los hijos. Es del caso señalar que, siguiendo a Montero, la unión pasajera o aislada de por sí no configura una familia, salvo que de ella exista prole, pues sólo de ella surgirán relaciones paterno filiales<sup>181</sup>. De lo cual se desprende, en el mismo sentido, que si no existen hijos sólo la unión duradera y estable de la pareja da lugar a la conformación de una familia.

---

<sup>178</sup> ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Buenos Aires, Argentina, Driskill SA, 1987, 22 p.

<sup>179</sup> TRONCOSO, Hernán, Derecho de Familia, 12° ed, Santiago, Chile, Legal Publishing, 2009, 1 p.

<sup>180</sup> MONTERO, Sarah, Ob. cit, 8 p.

<sup>181</sup> Ídem, Ob. cit, 8 p.

## b) Agrupación sociológica

Desde un punto de vista sociológico, toda persona por medio de la familia se integra en la sociedad y al estado, por lo cual es una institución social que es necesario promover y proteger, por lo que Zannoni, señala que la familia es ante todo una institución social. En su concepción moderna puede definirse como *“un régimen de relaciones sociales institucionalizadas a partir de la unión sexual y la procreación, dicho en otros términos, la familia se capta en la constitución de relaciones cuya base biológica-unión sexual y procreación constituyen objeto de reconocimiento social, valoración ética e integración en el sistema de la cultura”*<sup>182</sup>

El mismo autor en conjunto con Bossert manifiesta que la familia *“es una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco”*<sup>183</sup>.

Por ello Josserand afirmaba que en cualquier aspecto que se la considere, la familia aparece como *“una institución necesaria y sagrada; apenas si se concibe a una comunidad social en la que ninguna colectividad fuera a interponerse entre el individuo y el estado; sociedad tal no sería viable; representaría un montón de individuos; es la familia la que, por una primera síntesis, no artificial sino natural y*

---

<sup>182</sup> ZANNONI, Eduardo, Derecho de Familia, Buenos Aires, Argentina, Astrea, 1981, 3 p.

<sup>183</sup> BOSSERT, Gustavo, y ZANNONI, Eduardo, Manual de Derecho de Familia, 6º ed, Buenos Aires, Argentina, Astrea, 2004, 5 pp.



*bienhechora, contribuye a preparar la síntesis más vasta que realiza el concepto de nación; es un elemento de cohesión, una condición de equilibrio social (...) la historia enseña que los pueblos más fuertes han sido siempre aquellos donde la familia estaba constituida más sólidamente (...); revela también el relajamiento de los vínculos familiares en el curso de los períodos de decadencia. Por ello constituye el elemento indispensable de cohesión y equilibrio social”<sup>184</sup>*

Bajo la óptica sociológica la doctrina moderna clasifica a la familia según su comportamiento y composición estructural, en la cual, podemos distinguir las siguientes categorías.

La familia *extensa* supone la convivencia del padre, la madre y de sus hijos, junto a otros parientes por consanguinidad y afinidad, como lo son abuelos, hermanos, tíos, sobrinos, etc. En algunos casos son familias de carácter *residencial*, es decir, integrada por la convivencia que se manifiesta en un mismo hogar y cuyos miembros, ordinariamente, se hallan sujetos a una misma autoridad, y en otros casos el carácter de ellas es *relacional*, esto es, la convivencia de sus integrantes no se da en un mismo hogar, sino que existe entre todos ellos un contacto íntimo y continuo que conserva sus relaciones<sup>185</sup>.

---

<sup>184</sup> JOSSELAND, Louis, Derecho Civil, trad CUNCHILLOS, S, Y MANTEROLA, Buenos Aires, Argentina, Editorial Jurídica Europa-América, t1, Vol. 2, 1952, 4 p.

<sup>185</sup> BARRIENTOS, Javier y NOVALES, Aranzazú, Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, 2 ed, Santiago Chile, Lexis Nexis, 2004, 3-4 p.

También puede ser comprendida como aquella integrada por una pareja o uno de sus miembros, con o sin hijos, y por otros miembros, parientes y no parientes. Puede subdividirse, en *extensa biparental*, que es aquella integrada por el padre y la madre, con uno o más hijos, y por otros parientes, *extensa monoparental*, que corresponde a la integrada por uno de los miembros de la pareja, con uno o más hijos, y por otros parientes, y finalmente, la *extensa amplia* o *familia compuesta*, que es integrada por una pareja o uno de los miembros de ésta, con uno o más hijos, y por otros miembros parientes y no parientes.

Otra tipología es la *reconstituida* o *ensamblada*, siendo aquella en la cual uno de los padres constituye una nueva relación de pareja, luego de una separación de hecho, divorcio o viudez, en la que existen hijos o descendencia proveniente de una relación anterior.

Según Dutto “es aquella en la cual se unen personas con hijos de otros matrimonios y las uniones de hecho, hetero u homosexuales”<sup>186</sup>. Mientras que Grosman y Martínez indican que “es la estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de un casamiento o relación previa”<sup>187</sup>.

---

<sup>186</sup> DUTTO, Ricardo, Daños Ocasionados en las relaciones de familia, Buenos Aires, Argentina, Hammurabi, 2006, 23 p.

<sup>187</sup> GROSMAN, Cecilia y MARTÍNEZ, Irene, Familias Ensambladas, Buenos Aires, Argentina, Universidad, 2000, 35 p.

Por su parte, *familia nuclear* es la que se entiende formada solamente por el padre, la madre y los hijos comunes, cuya regla general de residencia es de carácter neolocal, es decir, la nueva pareja abandona a su familia de origen y establece su convivencia de manera separada e independiente, correspondiendo esta tipología familiar a la realidad del Chile contemporáneo<sup>188</sup>.

Puede subclasificarse en *nuclear simple*, siendo aquella que es integrada por una pareja sin hijos y *biparental* o la conformada por el padre y la madre, con uno o más hijos.

Por su parte, en si misma, la *familia monoparental* “es la conformada por el padre o la madre con hijos menores de edad o incapaces que se encuentran a su cargo y que no tienen una pareja estable con la cual con viven”<sup>189</sup>.

Mientras que Dutto indica que *familia monoparental* “es aquella cuando los hijos viven con uno solo de los padres por muerte, abandono, adopción o donación de óvulos o espermatozoides”<sup>190</sup>.

El aumento actual de *monoparentalidad* puede presentar su origen en la muerte de uno de los padres, la procreación en estado civil de soltería, la adopción de un

---

<sup>188</sup> BARRIENTOS, Javier y NOVALES, Aranzazú, Ob. cit, 4-7 pp.

<sup>189</sup> GROSMAN, Cecilia y HERRERA, Marisa, Familia Monoparental, Buenos Aires, Argentina, Universidad, 2008, 29 p.

<sup>190</sup> DUTTO, Ricardo, Ob. cit, 23 p.

menor por parte de una persona soltera o viuda sin hijos, la declaración de nulidad de un matrimonio, la separación de hecho de los padres, o por la declaración judicial de divorcio<sup>191</sup>.

Cabe señalar que en consideración a lo expuesto, no aparece como socialmente reconocido el que una sola persona constituya familia, precisamente porque uno de sus elementos articuladores es la pluralidad de los integrantes que la componen, siendo contrario a su misma esencia la idea de unipersonalidad, sus razones no sólo son de origen teórico sino que también jurídicas, ya que si familia es fuente de derechos y obligaciones recíprocos, no podríamos considerar como tal a una persona sola que carece de hijos, cónyuge, pareja u otro tipo de parientes o personas relacionadas, precisamente porque el ordenamiento legal no contempla vínculos reglamentarios para ellos, ya que la norma reguladora de conflictos y de establecimiento de relaciones de equidad sólo actúa sobre la base de la sociabilidad, es decir, en las relaciones de una persona para con la otra.

### c) Concepto jurídico

Los conceptos anteriores apuntan a una dimensión biológica y social, pero invariablemente la familia requiere un reconocimiento por parte del estado que consagre el vínculo de la diversidad de relaciones que en ella se configuran, y que

---

<sup>191</sup> BARRIENTOS, Javier y NOVALES, Aranzazu, Ob. cit, 4-7 pp.

por consiguiente, active derechos y deberes recíprocos dotándola de relevancia jurídica, sin embargo, una posible definición legal o doctrinaria es la más difícil de proporcionar, pues requiere un delineamiento basal con una estructura articulada y formada para entregar protección legislativa, lo cual, implica una ardua tarea dogmática por tratarse de una institución variable o mutable y de múltiple composición.

Por ello, una aproximación a un concepto jurídico debe considerar aspectos biológicos, sociales, culturales y económicos, el cual será disímil dependiendo de los cuerpos legislativos de cada país, sin perjuicio de lo anterior, Zannoni, en una visión general, indica que familia “*es el conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos, interindependientes y recíprocos, emergentes de la unión sexual y la procreación*”<sup>192</sup>.

Para Méndez Costa “*es el conjunto de personas unidas por los vínculos emergentes del matrimonio o del parentesco, sea éste por consanguinidad, legítima o extramatrimonial, afinidad o adopción*”<sup>193</sup>.

Mientras que Montero indica que “*es el conjunto de personas unidas por lazos de matrimonio, concubinato o parentesco*”<sup>194</sup>.

---

<sup>192</sup> ZANNONI, Eduardo, Ob. cit, 5 p.

<sup>193</sup> MENDEZ, María Josefa y otros, Derecho de Familia, Santa Fe, Argentina, Rubinzal y Culzoni, 1982, 13 p.

<sup>194</sup> MONTERO, Sarah, Ob. cit, 1 p.

Lo anterior da lugar a un derecho de familia, el que según Rossel se define como *“las vinculaciones jurídicas establecidas por la ley respecto de los individuos que han contraído matrimonio o que se han conocido carnalmente, o que están unidos por parentesco. El objeto de estas vinculaciones a veces moral y a veces patrimonial. En otras, se observa la simultaneidad de éstas, pero sea que el derecho de familia cree una obligación puramente ética o económica, en ambos casos presenta caracteres que lo diferencian sensiblemente del derecho puramente patrimonial”*<sup>195</sup>.

Por su parte, Ramos se refiere al derecho de familia en sentido subjetivo y objetivo, por el primero, entiende que *“son las facultades o poderes que nacen de aquellas relaciones que dentro del grupo familiar mantiene cada uno de los miembros con los demás para el cumplimiento de los fines superiores de la entidad familiar”*. Mientras que por el segundo, siguiendo a Castán, indica que *“es el conjunto de normas y preceptos que regulan esas mismas relaciones que mantienen entre sí los miembros de la familia”*. O bien como indicaría Ferrara *“es el complejo de las normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los pertenecientes a la familia entre sí y respecto de terceros”*<sup>196</sup>.

En el derecho comparado, siguiendo a Díez-Picazo y Gullón indican que *“son las normas de organización de las relaciones familiares básicas y las que*

---

<sup>195</sup> ROSSEL, Enrique, Ob. cit, 6 p.

<sup>196</sup> RAMOS, René. Ob. cit, t1, 16 p.

*resuelven los conflictos de intereses que dentro de esas relaciones se pueden plantear*". No lo son aquellas otras que, aunque tengan en cuenta el fenómeno familiar o protejan un interés familiar, objetivamente debe entenderse que forman parte de otras disciplinas, como el derecho tributario o laboral<sup>197</sup>.

Una de las discusiones que se presenta en el ámbito doctrinario es si consideramos al derecho de familia como parte integrante del derecho público o privado, la justificación de la primera postura se apoya en las ideas de Cicu, al consignar que la familia es un organismo en el cual se producen vínculos de carácter orgánico cuya característica básica es la interdependencia entre los individuos y su dependencia a un fin superior, por lo cual, puede hablarse de órganos y funciones, tal como ocurre en el derecho público. Del mismo modo, la relación jurídica familiar, no es entre sujetos iguales o de coordinación, sino de supra y subordinación, en la que el centro de gravedad no es la idea de derecho subjetivo, sino de deber jurídico. De este modo, la estructura interna de la familia detecta la existencia de un interés familiar, que no es un interés individual, sino un interés superior inserto en una relación de carácter orgánico. A mayor abundamiento, es clara la injerencia del estado en el ámbito familiar, lo que pone de manifiesto la existencia de un interés público y de un orden público familiar, el

---

<sup>197</sup> DIEZ PICAZO, Luis Y GULLÓN, Antonio, Ob. cit, 37 p.

que aproxima la familia a los entes públicos y justifica las limitaciones que sufre la libertad individual<sup>198</sup>.

Sin perjuicio de ello, Díez Picazo y Gullón no creen que se pueda preconizar un alejamiento del derecho de familia del marco del derecho privado, precisamente porque la familia pertenece al terreno de la intimidad del individuo, buscando la máxima realización personal e individual de cada uno de sus miembros, no existiendo ningún inconveniente para que cada grupo se construya con arreglo al modelo que mejor le parezca, este sólo dato justifica la incardinación del derecho de familia en el seno del derecho privado, lo que no obsta a que algunos intereses familiares puedan ser objeto de protección pública<sup>199</sup>.

La doctrina mayoritariamente se inclina por dicha posición, y así se pronuncia Rossel, ya que en ella se verifican relaciones entre particulares, en cambio, en el derecho público el estado es parte de la relación jurídica; en el derecho privado, la intervención estatal es exterior, o sea, se refiere a las condiciones en que las relaciones familiares nacen, se ejercen y se extinguen. Por lo que el estado no es un sujeto de la relación familiar, pero es su guarda y tutor<sup>200</sup>.

---

<sup>198</sup> Ídem, Ob. cit, 37-39 pp.

<sup>199</sup> Ídem, Ob. cit, 37-39 pp.

<sup>200</sup> ROSSEL, Enrique, Ob. cit, 6 p.



En concordancia con lo anterior encontramos la opinión de Troncoso, en la que sin desmerecer los rasgos distintivos de interés común y estructura jerárquica de la familia, consigna que es fundamentalmente una disciplina perteneciente al derecho privado que forma parte del derecho civil, cuyo cometido es, ante todo, resolver los conflictos entre particulares<sup>201</sup>.

Todo lo anterior constituye el punto de partida para abordar la posible naturaleza jurídica de la familia, ya que si consideramos que es la célula social básica, reconocida y propugnada por el aparato estatal, es menester indagar cual es su posible naturaleza jurídica.

## 5. La naturaleza jurídica de la familia

Respecto a ello y siguiendo a Belluscio, Mendez, Valverde, Ramos y Corral, podemos distinguir tres tesis diferentes, ya sea una persona jurídica, un organismo o una institución<sup>202</sup>.

### a) La familia como persona jurídica

---

<sup>201</sup> TRONCOSO, Hernán, Ob. cit, 2 p.

<sup>202</sup> BELLUSCIO, Augusto, Ob. cit, 5-10 pp, MENDEZ, María Josefa, Ob. cit, 30-34 pp, VALVERDE, Calixto, Ob cit, 13 p, RAMOS, René, Ob. cit, 15-16 pp, CORRAL, Hernán, Ob. cit 15-20 pp.

En cuanto a persona jurídica se sostiene que la familia es un ente de autónomo, titular de derechos y obligaciones como sujeto unitario, diverso e independiente de cada uno de los miembros que la componen. Esta teoría se plantea inicialmente dos siglos atrás, y adquiere relevancia con el régimen patrimonial de sociedad conyugal, ya que sostiene que dicha comunidad es un sujeto de derecho distinto de los cónyuges. Los fundamentos de esta postura fueron desarrollados por René Savatier, profesor de la universidad de Poitiers en Francia, el cual sostuvo un intenso debate con Jean Dabin, profesor de la universidad de Lovaina en Bélgica<sup>203</sup>.

El primero de ellos sostiene que la familia es una persona moral, lo que se asimilaría a una persona jurídica, dicha personería está determinada por la existencia de diversas categorías de derechos que no pertenecen a ninguna de las personas físicas que la componen, sino que a la familia como un ente autónomo, entre ellos podemos mencionar los de carácter extrapatrimonial, como lo son, el nombre patronímico, el título nobiliario, los derechos de potestad familiar, el honor, etc. Mientras que en los de carácter patrimonial, se indican los bienes familiares, matrimoniales, el sepulcro familiar y las reservas hereditarias entre otros<sup>204</sup>.

---

<sup>203</sup> MENDEZ, María Josefa, Ob. cit, 31-32 pp.

<sup>204</sup> Ídem, Ob. cit, 31-32 pp.

Jean Dabin replica lo anterior, sosteniendo que para que una agrupación pueda llamarse moral es necesario que los individuos se agrupen con miras a la persecución de un fin común, el que da origen a un ente distinto diverso de las personas físicas que lo integran, de este modo, la familia no tiene un fin común por encima de los fines individuales de cada uno de sus miembros, lo que demuestra inconveniencia y falta de rigor lógico, ya que los derechos y obligaciones mencionados por Savatier, no son atribuibles a un sujeto autónomo como la familia, sino que se trata de facultades que si bien miran a una protección integral, y que son concedidas a uno o más de los miembros que integran la comunidad familiar, esto es, a personas individualmente consideradas<sup>205</sup>.

En la actualidad la tesis de la personería jurídica no ha prosperado, siendo rechazada por la mayoría de los autores, entre ellos, Castán Tobeñas, Lacruz-Albadalejo, Mazeaud, Ripert-Boulanguer, Belluscio, Mazzinghi, quienes concuerdan en que el derecho civil y el de familia se estructuran sobre la persona individual y no de la familia. Así las cosas, el legislador no atribuye a esta agrupación por sí misma derechos y obligaciones, sino a los miembros que la componen, de modo que los derechos extrapatrimoniales son atributos subjetivos entregados a una persona en razón de su posición familiar, lo mismo ocurre con los de carácter patrimonial, ya que los bienes familiares, los sepulcros y otras asignaciones siempre han pertenecido al titular del dominio, y sólo quedan

---

<sup>205</sup> DABIN, Jean, *Le Problème de la Personnalité morale de la Famille*, en *Revue du Bulletin de l'Académie Royale de Belgique*, 5° série, t XXXV, 1949, 329 pp, en CORRAL, Hernán, Ob. cit, 16 p.

afectados con una protección jurídica en beneficio de la comunidad familiar. A mayor abundamiento, la familia no tiene capacidad para contraer obligaciones y ejercer derechos, con lo que carece de patrimonio, y en consecuencia como ente jurídico no existe<sup>206</sup>.

La conclusión anterior, ampliamente reconocida jurídicamente, pareciera ser contrariada en España por Valverde, al indicar que la familia tiene su origen en el matrimonio que crea una personalidad distinta de los miembros de que la forman<sup>207</sup>.

Los juristas de nuestro país se inclinan mayoritariamente por la postura de Jean Dabin, sin perjuicio de ello, Ramos señala que no obstante las conclusiones entregadas, no puede desconocerse que la familia es algo más que un conjunto de relaciones individuales entre los miembros que la constituyen, y por ello no puede ser regida por criterios de interés individual ni de autonomía de voluntad<sup>208</sup>.

Como apoyo a la postura mayoritaria sólo cabe mencionar que nuestro Código Civil en el artículo 545 indica que persona jurídica es una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente, las que pueden ser de dos especies, las corporaciones y

---

<sup>206</sup> MENDEZ, María Josefa, Ob. cit, 32-33 pp.

<sup>207</sup> VALVERDE, Calixto, Ob. cit, t IV, 13 p.

<sup>208</sup> RAMOS, René, Ob. cit, 15-16 pp.

fundaciones de beneficencia pública, habiendo las que participan de uno y otro carácter. No pudiendo teniendo cabida el concepto en estudio en la normativa legal precedentemente señalada.

#### b) La familia como organismo

Una segunda tesis nos indica que la familia es un organismo jurídico, la cual es defendida por el profesor italiano Antonio Cicu, para él, la familia se presenta como un agregado de formación natural y necesaria, y en ese carácter se coloca junto al estado pero es anterior y superior a éste, con lo cual no es una persona sino un organismo jurídico, dicho carácter estaría dado por la circunstancia de que entre los miembros de la familia no habría derechos individuales sino vínculos recíprocos de interdependencia entre los sujetos que la componen, subordinados a un fin superior con asignación de funciones para cada uno de ellos<sup>209</sup>.

Se trata por consiguiente de una organización con caracteres jurídicos similares a los del estado, ya que en éste hay relación de interdependencia entre los individuos con sujeción al fin estatal; mientras que en la familia, las relaciones son análogas, diferenciándose sólo en que están sujetas al interés familiar<sup>210</sup>.

---

<sup>209</sup> BELLUSCIO, Augusto, Ob. cit, 10 p.

<sup>210</sup> Ídem, Ob. cit.

Esta teoría presenta adhesión en Lacruz y Albaladejo, él que expresa que la familia “*es un organismo, un conjunto orgánico, en el cual se atribuye a cada miembro una situación distinta y especial, en la cual todos se pertenecen recíprocamente sin formación de un núcleo jurídico distinto*”<sup>211</sup>.

Esta tesis no ha tenido gran aceptación, siendo rechazada por la mayoría de los autores, basta indicar que Díaz de Guijarro señala que el paralelismo entre el organismo estatal y el familiar conducen a una abstracción de la familia en la cual los poderes se deshumanizan, lo que es inadecuado ante un hecho social tan concreto y tangible como la familia<sup>212</sup>.

### c) La familia como institución

La tercera y última tesis respecto a la naturaleza jurídica nos indica que la familia es una institución, iniciada en Francia por Maurice Hauriou y desarrollada por Georges Renard y Marcel Prélot es la que presenta mayor nivel de adhesión.

Según Hauriou, institución es todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados, tales como la familia o la propiedad, es decir, un estado en particular que no puede ser destruido ni

---

<sup>211</sup> LACRUZ, José Luis y ALBALADEJO, Manuel, Tratado Teórico y Práctico de Derecho Civil, Derecho de Familia. El Matrimonio y su Economía, Barcelona, España, Bosch, 1963, t4, vol 1, 10 p.

<sup>212</sup> MENDEZ, María Josefa, Ob. cit, 32-33 pp.

siquiera por la legislación. La define como una idea objetiva transformada en una obra social y que sujeta, así, a su servicio voluntades subjetivas indefinidamente renovadas, o bien, como una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social, para cuya realización se organiza un poder que le procura órganos. Siguiendo al mismo autor, son elementos de la institución: En primer lugar, una idea objetiva descubierta, más que inventada, por una persona o grupo de personas, y que atrae la adhesión de otras; al ser compartida por otras personas y ser objetiva, constituye una idea-fuerza. En segundo lugar, las adhesiones que recibe la idea objetiva del fundador, ya que el carácter de la idea fuerza le da un efecto expansivo en el medio social. En tercer lugar, la sujeción de voluntades, que tiene lugar en razón de que el funcionamiento de la institución requiere la existencia de poderes organizados que representen esa comunión de adhesiones, presten servicios a la institución y sometan sus voluntades subjetivas a la realización de la idea objetiva<sup>213</sup>.

Por tal razón se distingue entre la institución-cosa y la institución-persona. En ambos casos hay una idea compartida por un grupo de personas, pero en la institución-persona la adhesión de los individuos es a una obra o empresa, de modo que para realizarla surge un cuerpo constituido con un poder organizado, convirtiéndose la idea en sujeto. En la institución-cosa, en cambio, lo que se comparte es una idea normativa, aparece una regla de derecho que se impone en

---

<sup>213</sup> BELLUSCIO Augusto, Ob. cit, 10-11 pp.

la conciencia de los individuos y obtiene su aprobación, sin engendrar un sujeto o corporación<sup>214</sup>.

De modo más sencillo explica la institución el sociólogo norteamericano Bierstedt, al señalar que los hombres realizan actividades, algunas de las cuales son institucionalizadas y otras no, consignando que toda persona, en algún momento de su vida, tiene ocasión de enseñar alguna cosa, pero no todos ocupan el status correspondiente a la enseñanza institucionalizada, no todos son maestros o profesores. De este modo, la institución sería una manera regular, formal y definida de realizar una actividad, y siempre que existe una institución se halla también por lo menos una asociación cuya función es desarrollar la actividad institucionalizada. Así las cosas, una familia es una unión o asociación de personas, y es la institución de la cual se vale la sociedad para regular la procreación, la educación de los hijos, y la transmisión por herencia de la propiedad<sup>215</sup>.

Por su parte, Marcel Prélot indica que institución es una colectividad humana organizada, en el sentido de la cual las diversas actividades individuales, compenetradas de una idea directora, se hallan sometidas, para la realización de ésta, a una autoridad y a las reglas sociales<sup>216</sup>.

---

<sup>214</sup> Ídem, Ob. cit, 10-11 pp.

<sup>215</sup> MENDEZ, María Josefa, Ob. cit, 33-34 pp.

<sup>216</sup> BELLUSCIO, Augusto, Ob. cit, 11 p.



Mientras que Puig Peña señala que *“la familia es ante todo una institución, que asentada sobre el matrimonio enlaza en una unidad total a los cónyuges y sus descendientes para que presididos por los lazos de la autoridad y sublimada por el amor y respeto, se de satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida”*<sup>217</sup>

Asimismo, Fueyo, señala que *“la familia es una institución basada en el matrimonio, que vincula a cónyuges y descendientes bajo formulas de autoridad, afecto y respeto, con el fin de conservar, propagar y desarrollar la especie humana en todas las circunstancias de la vida”*<sup>218</sup>

En un sentido similar se pronuncia Puig Brutau, el cual indica que *“la familia ocupa un hogar y se rige por una sola economía doméstica y es la institución que permite la procreación, educar a los hijos transmitir la propiedad”*<sup>219</sup>. En ese orden de ideas se pronuncian Diez Picazo y Gullón, al afirmar que la familia no sólo es una institución social sino también jurídica, dado que se organiza jurídicamente y es objeto de una reglamentación legal<sup>220</sup>.

---

<sup>217</sup> PUIG PEÑA, Federico, Compendio de Derecho Civil Español, 3º ed, Madrid, España, Ediciones Pirámide, 1976, tV, 17-18 pp.

<sup>218</sup> FUEYO, Fernando, Derecho Civil, Santiago, Chile, Editorial Universo, 1959, tVI, vol I, 17-18 pp.

<sup>219</sup> PUIG BRUTAU, José, Compendio de Derecho Civil, Barcelona, España, Bosch, 1991, t IV 1 p.

<sup>220</sup> DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, Ob. cit, 40 p.

Mientras que en nuestro país, Corral, compartiendo los argumentos señalados indica que la familia es primariamente un organismo de carácter social regulado por normas jurídicas, de acuerdo con sus propias y particulares características adquiriendo la calidad de institución<sup>221</sup>.

Ya habiendo analizado el concepto, sus componentes, sus fines y naturaleza jurídica corresponde ahora indagar en un aspecto controvertido, cual es, la vinculación de la familia con el matrimonio.

## 6. Familia de hecho y de derecho

Uno de los puntos más debatidos al referirse a la familia dice relación con su vinculación con el matrimonio y la simple convivencia, esto último nos conduce a distinguir entre la familia de derecho y la de hecho, conocida también como la legítima e ilegítima.

### 6.1. La familia de derecho

Para una línea más conservadora, la puerta de ingreso a la familia está constituida por la unión matrimonial, en efecto, Corral, indica que la familia como sociedad natural requiere la existencia de un matrimonio entre sus fundadores,

---

<sup>221</sup> CORRAL, Hernán, Ob. cit, 19 p.

puesto que sólo cuando éste existe, con sus atributos naturales de unidad e indisolubilidad, pueden cumplirse plenamente los fines familiares, según su postura, la ley natural encamina a obtener la máxima perfección de la criatura humana, por lo que el matrimonio se constituye en un elemento esencial de la familia, toda vez que el grupo formado por el acto matrimonial tenderá en mejor forma a la perfección de los cónyuges, de los hijos y demás integrantes de la relación, posibilitando así una comunidad indisoluble e inescindible de afecto y deberes que redundará en el bien de todos ellos<sup>222</sup>.

Para justificar su postura recurre a argumentos teologales fundados en adherentes a la iglesia católica, entre ellos a Santo Tomás de Aquino y la suma teológica, el que preceptúa que el matrimonio es una institución exigida por la misma naturaleza pero cuya realización exige intervenga el libre albedrío, como son naturales los actos de las virtudes, y bajo este aspecto el matrimonio es natural, en cuanto que la razón inclina al mismo en orden a su fin principal, o sea, el bien de la prole, su progreso y desarrollo hasta conseguir su estado perfecto en cuanto hombre, o sea, el estado de virtud. Ahora bien, los hijos no podrán ser educados e instruidos por los padres si no se sabe con certeza quiénes son éstos en concreto, lo cual no se conseguiría de no existir algún vínculo entre un varón y una mujer determinada, lo que produce el matrimonio.<sup>223</sup>

---

<sup>222</sup> CORRAL, Hernán, Ob. cit, 24 p.

<sup>223</sup> SANTO TOMÁS DE AQUINO, Suma Teológica, 4º ed, Madrid, España, Biblioteca de Autores Cristianos, 2001, supl q. 41, a.1.

Respecto a uno de los fines del matrimonio, esto es, la mutua complementación de los cónyuges, el mismo teólogo sostiene que debe afirmarse la naturalidad, en efecto, respecto de aquellas cosas que hacen falta para la vida humana, unas competen a los varones y otras a las mujeres. Por lo cual, la misma naturaleza impele a que se establezca cierta sociedad entre el varón y la mujer y en eso consiste el matrimonio<sup>224</sup>.

Apoyándose en los postulados de Leclercq sostiene el origen natural del matrimonio al señalar que el hombre y la mujer tienen necesidad el uno del otro en todo desarrollo de su vida, y la vida es un todo continuo. El desarrollo de la personalidad masculina llama la unión a una personalidad femenina correspondiente, y la de la personalidad femenina a la inversa. Como la vida forma un todo continuo, como la personalidad humana se desarrolla toda a lo largo de la vida, el orden moral es que el hombre y la mujer tengan una vida común, que de una cierta manera, la unidad humana sea la unidad de pareja, continua como la vida misma, que el hombre y la mujer lleguen a la edad adulta unidos por parejas y que esta unidad tenga la duración de la vida misma<sup>225</sup>.

En este orden de ideas cabe hacer referencia a Javier Hervada, el que fundamenta que *“por ser personas, varón y mujer no pueden relacionarse como*

---

<sup>224</sup> Ídem, Ob. cit.

<sup>225</sup> LECLERCQ, Jacques, *Lecons de Droit Naturel*, 3 ed, Paris, Francia, *Maison d' Edition Wesmaes-charlier*, 1950, tIII, 33 pp, en CORRAL, Hernán, Ob. cit, 25 p.

*tales, sino de acuerdo con aquellas exigencias de comportamiento y trato que dimanar de la naturaleza misma del hombre en cuanto en ella se da la distinción de la virilidad-feminidad, siendo virilidad y feminidad dos estructuras naturales de la persona humana que tienen en sí mismas la regla o norma de su mutua relación. Esa norma o regla natural es lo que llamamos matrimonio*<sup>226</sup>.

Por esta razón, Hervada concluye que el matrimonio traza la línea divisoria entre lo justo y lo injusto, entre lo moralmente recto y lo inmoral en las relaciones varón-mujer. En esto consiste el discernimiento entre el bien y el mal en esta materia<sup>227</sup>. Por ello indica que el matrimonio no tiene su origen en la inventiva humana, sino que es una institución de derecho natural constituyendo parte de la forma humana del desarrollo completo de la sexualidad. *“El mismo no es un hallazgo del hombre, no ha sido hallado a través de su inventiva, ni siquiera como la forma más adecuada al hombre y más propia de él para unirse el varón y la mujer. Aunque la relación entre marido y mujer admita formas accidentales y secundarias de origen cultural, de suyo y en sus esenciales y fundamentales no obedece a la inventiva humana, sino a la naturaleza del hombre. El varón y la mujer, conformados naturalmente, seres que no admiten cualquier forma de comportamiento y de trato, porque están dotados de dignidad; de ahí que la persona sea titular de unos derechos naturales y, en general, capaz de derechos y*

---

<sup>226</sup> HERVADA, Javier, La Identidad del Matrimonio, IV Jornadas Chilenas de Derecho Natural, en Revista Chilena de Derecho, Junio 1980, 109 p.

<sup>227</sup> Ídem, Ob. cit, 109 p.

*obligaciones. De ahí también que el hombre tenga un orden moral natural; pues la moralidad, que es el orden y la ley de su libertad, es resultado de esa exigencia de comportamiento que la dignidad humana conlleva; el obrar moral es el obrar conforme al propio ser, obrar exigido por el propio ser del hombre*<sup>228</sup>.

Así, la acusación de biologismo que se lanza contra la consideración del matrimonio como un dato natural, evoca los lejanos tiempos de los estoicos y del gran jurista romano Ulpiano. Por eso tales afirmaciones, o tienen una visión muy superficial de lo que quiere decir llamar al matrimonio como una realidad natural, o bien se han quedado estancados en la época de los glosadores medievales, los cuales, como es sabido, no acabaron de liberarse de la noción Ulpiana de derecho natural. De este modo, al afirmar que el matrimonio es una institución natural, quiere decir que es de la ley natural y, en lo que tiene de jurídico, de derecho natural. Por lo cual, el matrimonio es una institución humana propia del hombre, y, por consiguiente, racional<sup>229</sup>.

Por estas razones Corral considera que la familia es una institución exigida por la misma naturaleza del ser humano para la perpetuación de la especie y la realización personal de sus componentes, al reconocerse que la forma de unión entre hombre y mujer para los actos propios de la generación, que conviene a esa misma naturaleza es aquella que se llama matrimonial, sólo puede concluir que,

---

<sup>228</sup> Ídem. Ob. cit, 108 p.

<sup>229</sup> Ídem. Ob. cit, 109 p.

según el derecho natural, el matrimonio es la única puerta de entrada para formar una familia. Por lo que matrimonio y familia se presentan, así, como dos instituciones que se vinculan necesariamente y que en cierta forma se confunden y asimilan, el matrimonio origina una familia, y en ocasiones constituye la familia misma (cuando carece de descendencia)<sup>230</sup>.

En una opinión antagónica encontramos al profesor Figueroa Yáñez, el que constata como hecho innegable de los tiempos contemporáneos, especialmente en los países de Europa y América del Norte, la convivencia entre las parejas sin contraer matrimonio y muchas veces sin tener hijos. Lo anterior no puede calificarse acudiendo a ideas morales o éticas, ya que dicha unión no obedece a un libertinaje sexual, pues dichas parejas se guardan mutua fidelidad y se comportan en todos los aspectos como marido y mujer, debido a ello, se establece una especie de estatuto jurídico informal que contempla derechos y deberes estrictos entre ambos convivientes, los cuales son similares a los contemplados en los artículos 131 y siguientes del Código Civil, vale decir, fidelidad, socorro, ayuda mutua, respeto y protección, etc, los que en nada se diferencian de los contemplados para la pareja unida mediante vínculo conyugal, de modo que el articulado legal recoge también los deseos y aspiraciones de quienes rechazan la institución matrimonial<sup>231</sup>.

---

<sup>230</sup> CORRAL, Hernán, Ob. cit, 26 p.

<sup>231</sup> FIGUEROA, Gonzalo, Ob. cit, 69-70 pp.

Lo anterior, a su juicio, se funda en dos razones. La primera de ellas se sustenta en que el matrimonio no es una institución que se condiga con la realidad actual de los jóvenes que inician una convivencia, toda vez que, en teoría debiese ser para toda la vida, en circunstancia que tales personas no tienen certeza de la extensión temporal de su amor, sin perjuicio de ser una institución con aspectos marcadamente guiados por la potestad del varón, específicamente en el régimen patrimonial de sociedad conyugal, pues hace perder a la mujer casada la facultad de administrar sus bienes propios. La segunda, en cambio, obedece a la trascendencia social de la unión marital, la que modifica el estado civil, el trato patronímico, entre otros, hace que los jóvenes no se sientan preparados para asumir esa nueva situación social, sino que requiere una larga etapa de preparación para un futuro matrimonio<sup>232</sup>.

Por ende, el referido autor considera que el término familia comprende a la que proviene de la unión conyugal como también a la que procede de la simple convivencia, para ello, recurre a los principales cuerpos legislativos sobre la materia, que en ésta oportunidad sólo serán mencionados para un análisis más completo en el capítulo siguiente.

Indica que el principal cuerpo legal de nuestro país, esto es, la Constitución Política, en su artículo 1° inciso segundo, dispone que *“la familia es el núcleo*

---

<sup>232</sup> Ídem. Ob. cit, 69-70 pp.



*fundamental de la sociedad*”, mientras que su inciso 5° señala que “*es deber del estado dar protección a la población y a la familia propendiendo al fortalecimiento de ésta*”. La referencia al cuerpo constitucional debe entenderse hecha a la familia legítima como ilegítima, es decir, a la que procede del matrimonio como de la simple convivencia, para lo cual, acude al artículo 20 del Código Civil, el que señala que las palabras se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas, salvo que el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, en cuyo caso se les dará su significación legal. Si bien, la mencionada disposición sólo goza de rango legal debe tener aplicación cuando se trata de interpretar la Constitución, toda vez que el constituyente al emplear la palabra familia en el texto sometido a plebiscito a la ciudadanía, debía entender el significado natural y obvio de la palabra utilizada en nuestro país en el año 1980<sup>233</sup>.

El mismo sólo puede ser comprendido en el sentido que una pareja que convivía sin contraer matrimonio y que tenía descendencia constituía una familia natural. A mayor abundamiento, el artículo 815 del Código Civil, vigente en aquel entonces, disponía que “*la familia comprende la mujer y los hijos legítimos y naturales; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de constitución*”. De este modo si la familia

---

<sup>233</sup> Ídem. Ob. cit, 70 p.

incluía a los hijos naturales que sobrevienen después, resulta que tal circunstancia no era jurídicamente posible si los padres estaban casados, por lo que no cabe duda que la disposición se refería necesariamente a los hijos naturales de padres convivientes, pero más aún, el citado artículo consigna expresamente que no es necesario el vínculo marital, al preceptuar aun cuando el usuario o habitador no esté casado<sup>234</sup>.

Por lo expuesto el concepto de familia comprende a la constituida por el estado matrimonial como la compuesta por la mera agrupación de hecho, lo anterior producto de la aplicación del artículo 815 del Código Civil, es importante señalar que dicha norma no contiene una definición del término en estudio, sino que especifica cuál es el sentido natural y obvio que debe darse a la palabra en controversia contenida en el artículo 1° de nuestra carta fundamental, único sentido que podrían tener presente el constituyente al redactar la disposición y la ciudadanía al votarlo. El cuerpo normativo no distingue entre familia legítima e ilegítima, por lo cual, al intérprete le está prohibido hacerlo. De modo que se debe concluir, en consecuencia, a la luz de la Constitución Política, que tanto la familia legítima como la ilegítima constituyen el núcleo fundamental de la sociedad, y que es deber del estado dar protección y propender al fortalecimiento de una y otra,

---

<sup>234</sup> Ídem. Ob. cit, 71 p.

con mayor razón si el máximo cuerpo legal no hace mención alguna al matrimonio, que es la base de la familia de derecho<sup>235</sup>.

Todo lo anterior y la constante discusión sobre la familia amparada en el matrimonio y la mera unión de hecho es fuente de arduos debates legislativos, que buscan establecer un marco reglamentario legal para esta creciente agrupación, por lo que ahora cabe referirse a la unión de hecho y su vinculación con la familia.

## 6.2. La familia de hecho

Las uniones de hecho son el punto de partida para la conformación de agrupaciones familiares carentes de reconocimiento legal, Donoso y Rioseco la definen como: *“aquella unión entre dos personas de sexo diferente, o del mismo sexo que conviven de manera exclusiva, continua y estable”*<sup>236</sup>. Mientras que Barrientos la define como *“una unión lícita entre un hombre y una mujer, fundada en un hecho que consiste en la convivencia afectiva y a la que el derecho reconoce ciertos efectos”*<sup>237</sup>. Por su parte, Ramos se refiere a ella como *“el hecho que la pareja mantenga relaciones sexuales fuera del matrimonio, con cierto grado*

---

<sup>235</sup> Ídem. Ob. cit, 71 p.

<sup>236</sup> DONOSO, Florencia y RIOSECO, Andrés, El Concubinato Ante La Jurisprudencia Chilena, Santiago, Chile, Lexis Nexis, 2007, 16 p.

<sup>237</sup> BARRIENTOS, Javier, De las Uniones de Hecho: Legislación, Doctrina y Jurisprudencia, Santiago, Chile, Lexis Nexis, 2008, 28 p.

*de estabilidad y duración, realizando un género de vida semejante a las unidas por vínculo matrimonial*<sup>238</sup>.

Para estos efectos y bajo el presupuesto de la unión del varón con mujer, se pueden distinguir tres tipos de uniones no matrimoniales.

La primera de ellas, denominada simple unión libre, es aquella relación entre hombre y mujer de carácter sexual que presenta la particularidad de ser ocasional o pasajera. La segunda o concubinato, es la unión entre los mismos sujetos que incluye cohabitación con caracteres de permanencia, estabilidad y notoriedad, el cual a su vez, puede ser simple, cuando no existen impedimentos y lazos de parentesco que pudiesen impedir la unión matrimonial; adulterino, en la medida que uno de los intervinientes se encuentra ligado mediante matrimonio con un tercero; e incestuoso, el que se materializa cuando existe un parentesco que dirimiría el matrimonio entre ellas; y finalmente la tercera, convivencia *more uxorio*, expresión que se utiliza para denominar las uniones de hombre y mujer con caracteres de estabilidad, permanencia y notoriedad que en la práctica no se diferencian de un matrimonio formal, se consideran marido y mujer, y así los considera el círculo social que los rodea, es el matrimonio de hecho<sup>239</sup>.

---

<sup>238</sup> RAMOS, René. Derecho de Familia, 6 ed, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007, t2, 646-647 pp.

<sup>239</sup> CORRAL, Hernán, Ob. cit, 32-34 pp.

Ésta última nos conduce a un grupo familiar de hecho, *entendido como aquella comunidad que, teniendo su origen o su base en la unión no matrimonial de un hombre y una mujer con miras a la realización de actos propios de la generación, está integrada por personas que se hallan vinculadas por un afecto natural que proviene de su relación de pareja o del parentesco existente entre ellas, y que conviven y comparten sus vidas de un modo similar o análogo a como sucede en un grupo familiar constituido por el matrimonio*<sup>240</sup>.

Los caracteres o requisitos de la familia de hecho, aplicable a todos sus integrantes, son los siguientes:

La *affectio familiaris* o comunidad de vida que corresponde al ánimo de formar familia, por el que sus integrantes deben sentirse parte y querer participar de ella, o la voluntad mutua de ambos intervinientes de formar una pareja y compartir el mismo proyecto de vida<sup>241</sup>, siendo éste su requisito fundamental, pues refleja la intención subjetiva de formar una familia.

---

<sup>240</sup> Ídem. Ob. cit, 52 p.

<sup>241</sup> FIGUEROA, Gonzalo, El pacto de convivencia: una alternativa al pacto de matrimonio, en Estudios de Derecho civil. Jornadas nacionales de Derecho Civil, Valdivia. Santiago, Chile: Editorial LexisNexis, 2005, 435 p.

Otro de sus componentes es la ausencia de formalización matrimonial, siendo un requisito de carácter negativo, ya que desde luego no existe el vínculo marital<sup>242</sup>.

También es necesaria la pluralidad de personas, ya que como se indicó no existe la unión unipersonal<sup>243</sup>.

Se requiere a su vez de convivencia, es decir, de una sede física en la cual sus integrantes se reúnan para compartir sus vidas, sin embargo, no puede pedirse más de lo que se considera normal en una familia de derecho, de modo que una ausencia ocasional o transitoria de alguno de sus miembros, no autorizaría para considerarle excluido de la relación, sin perjuicio de sustentarla en la estabilidad para diferenciarla de las relaciones ocasionales<sup>244</sup>.

A su vez se exige notoriedad, o sea, manifestación externa exenta de clandestinidad, correspondiendo al nombre, trato y fama de tal<sup>245</sup>.

Otro de sus elementos son los lazos derivados del parentesco o de la relación de pareja, precisamente porque la familia se encuentra vinculada a la unión de los sexos y a las relaciones resultantes de la procreación, lo que permite

---

<sup>242</sup> CORRAL, Hernán, Ob. cit, 39-40 pp.

<sup>243</sup> Ídem. Ob. cit, 39-40 pp.

<sup>244</sup> BOSSERT, Gustavo. Régimen jurídico del concubinato. Buenos Aires, Argentina, Astrea, 2007, 35 p.

<sup>245</sup> BARRIENTOS, Javier. De las Uniones de Hecho: Legislación, Doctrina y Jurisprudencia, Ob. cit, 44 p.

diferenciarlos de otras agrupaciones como una reunión de amigos o compañeros de trabajo<sup>246</sup>.

También exige que exista un despliegue de esfuerzos comunes para conseguir el sustento, ya que tal cual como ocurre en un matrimonio, sus miembros ponen a disposición lo obtenido producto de su trabajo para la mantención y crecimiento económico de todo el grupo, sin perjuicio de considerarlo como una finalidad y no un elemento. Finalmente se consigna la existencia de un orden de autoridad, es decir, una jerarquía familiar, la cual, puede encontrarse diluida en una red de funciones y potestades que son atribuidas a distintos miembros<sup>247</sup>.

Considero que lo expuesto se puede sintetizar como la unión de un hombre y una mujer que viven juntos y cohabitan, caracterizado por su permanencia o estabilidad temporal, demostrando su unión con publicidad o notoriedad conformando una comunidad de vida.

En el derecho comparado existen legislaciones que contemplan la regulación legal de las uniones de hecho, como ocurre en Uruguay con la ley 18.246 del año 2008, en Brasil con la ley 8.971 del año 1994 y su actual Código Civil, y el mismo

---

<sup>246</sup> CORRAL, Hernán, Ob. cit, 39-40 pp.

<sup>247</sup> Ídem. Ob. cit, 39-42 pp.

Código en Paraguay<sup>248</sup>. En los que se describe la unión en términos análogos a lo señalados en la doctrina nacional, la diferencia, radica esencialmente en el trato y posibilidad de consignar como unión de hecho con protección legal a personas del mismo sexo.

Por su parte, Corral, agrega a los ya señalados elementos generales, los particulares o subjetivos de la unión de hecho aplicables a la pareja de convivientes, en los que menciona<sup>249</sup>:

En primer lugar, la capacidad, existiendo discusión si es dable aplicar por analogía los mismos requisitos que son exigibles al matrimonio, al respecto se indica que siendo una mera situación de hecho carece de sentido homologarlas, por lo que sólo en forma genérica puede decirse que no cabe concubinato entre personas del mismo sexo o entre individuos que por su edad o a su falta de voluntad están protegidos legalmente, por lo cual, la capacidad de las partes para conformar la relación familiar de hecho sólo puede ser determinada en función del *animus* de formar tal institución, de modo que cuando la escasa edad, la demencia o inmadurez impidan que dicho ánimo se manifieste en la realidad, se debe deducir que la convivencia instaurada no alcanza los requisitos para ser considerada familiar. A lo que se suma la *affectio conyugalis*, la fidelidad, el

---

<sup>248</sup> RIVERO, Mabel y RAMOS, Beatriz, Unión Concubinaria, 3 ed, Montevideo, Uruguay, Fundación de la Cultura Universitaria, 2008, 30-35 pp.

<sup>249</sup> CORRAL, Hernán, Ob. cit, 41-43 pp.



carácter heterosexual, monogamia y la cohabitación o la existencia de relaciones sexuales con carácter de habitual<sup>250</sup>.

Así las cosas, el grupo familiar de hecho puede encontrarse compuesto por una pareja de convivientes sin hijos, por una pareja con hijos, por uno solo de los padres e hijos y finalmente por la convivencia entre parientes, como los son los hermanos, hijos de padres no casados, abuelos con nietos, etc. En efecto, si tales agrupaciones pueden reunir las características fácticas que corresponden a una familia, naturalmente se está en presencia de ella.

En el mismo orden de ideas, el autor indica que no podrían ser familias las asociaciones fundadas en la amistad, ya que no existe el ánimo de formarlas, por más que existan lazos de afecto, los que sólo son consecuencia del compañerismo pero en ningún caso de la *affectio familiaris*. Tampoco la convivencia entre personas del mismo sexo, por no cumplirse el fin de perpetuación de la especie, como tampoco la convivencia polígama, ya que en este caso no hay intención de compartir un proyecto de vida con alguna persona en particular, contrariando así la singularidad y exclusividad de la relación de pareja. Del mismo modo, no lo son las convivencias incestuosas, ya que en este caso existe un parentesco, el que por razones naturales o sociales torna espuria la relación, empero si podríamos considerar familias las relaciones adulterinas o de

---

<sup>250</sup> Ídem. Ob. cit, 44 p.

convivencia de personas que ya se encuentran unidas por vínculo matrimonial con un tercero, siendo semejante a un concubinato simple, pero no la derivada de un matrimonio disuelto por nulidad o divorcio<sup>251</sup>.

Sobre el particular comparto los planteamientos ya delineados, no obstante, considero que igualmente puede ser familia una agrupación de personas del mismo sexo, si ella reúne los otros elementos constitutivos, ya que si bien la procreación o descendencia es uno de sus objetivos, éste no es el único, por lo que la *affectio* o afectividad es su aspecto esencial, una opinión en contrario posibilitaría concluir que no sería familia una agrupación de personas que por razones de edad, biológicas o de enfermedad no puedan engendrar.

En conclusión, sobre lo expuesto es posible indicar que la unión de hecho articulada mediante la unión de un hombre y una mujer es una familia, si en ella se configuran los elementos integrantes de la misma.

#### 6.2.1. La familia de hecho en personas del mismo género

El tema sobre las uniones de personas del mismo sexo es de gran sensibilidad legislativa, ya que se discute si es necesario regular las relaciones que de ella se

---

<sup>251</sup> Ídem. Ob. cit, 48-51 pp.

derivan, y en especial la posibilidad de hacer extensible el matrimonio. Sobre el particular, podemos distinguir dos posturas.

La primera, de un lineamiento conservador considera que por razones ético jurídicas no es conveniente conferirle un estatuto fragmentario o de unión civil ni mucho menos de carácter matrimonial, lo anterior, debido a que el derecho se preocupa de una institución socialmente deseable, es decir, la familia; y debido a que la inclinación y conducta homosexual reflejarían un comportamiento disfuncional que no podría calificarse como positivo para el desarrollo de la persona y de la sociedad en general, con lo cual, el legislador debe proteger y estimular lo correcto, y adoptar otro tipo de decisiones o abstenerse de regular una conducta cuya represión causaría mayores males. Al respecto, puede acudir a otras figuras jurídicas ya contempladas por el derecho para su reglamentación, como lo son la sociedad de hecho o el enriquecimiento sin causa<sup>252</sup>.

Su planteamiento se funda en que considera que la homosexualidad es una forma del ejercicio del sexo que no se condeciría con la dignidad humana, precisamente hasta el año 1973 fue estimada como un trastorno de la salud mental, luego de lo cual la Asociación Americana de Psiquiatría la eliminó como

---

<sup>252</sup> CORRAL, Hernán, Regulación legal e las uniones de homosexuales, Un contrasentido para el derecho de familia, en Estudios jurídicos en homenaje a los profesores Fueyo y otros, Santiago, Chile, Editorial Universidad del Desarrollo, 2007, 249-254 pp.

enfermedad, y en 1990 hizo lo propio la Organización Mundial de la Salud, a su juicio por supuestas presiones del movimiento gay. Una posible regulación legal de este tipo de unión significaría homologarla al matrimonio con efectos patrimoniales y personales, entre ellos, la posibilidad de adoptar, lo que generaría una completa distorsión del derecho de familia, el que se interesa por la función social natural de la familia, articulada por la unión del hombre con la mujer<sup>253</sup>.

Una segunda postura, disidente de la anterior, indica que si deben ser consideradas uniones de hecho en la medida que se manifieste la convivencia afectivo-sexual, singular y permanente, siendo distinto que por una u otra razón el legislador no pretenda dotarlos de protección jurídica, entre ellas, se indica que no se existiría complementariedad afectivo sexual siendo imposible engendrar hijos comunes, lo cual, adolece de un evidente error puesto que nada obsta a que puedan hacerlo mediante la participación de un tercero ajeno a la relación o técnicas de reproducción asistida, como es el caso de las lesbianas. Además de ello, muchas familias tradicionales carecen de aptitud biológica para tener descendencia o simplemente no la desean, sin perjuicio de ello, existe la conformada mediante la adopción, la que siguiendo la lógica argumentativa manifestada no podríamos considerarla como familia<sup>254</sup>.

---

<sup>253</sup> Ídem. Ob. cit, 255-264 pp.

<sup>254</sup> HERNÁNDEZ Gabriel, Uniones afectivo sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo, Santiago, Chile, Editorial Arcis, 2004, 79-85 pp.

Por consiguiente descartado dicho elemento, muchas veces se recurre a que la relación homosexual sería nociva para los hijos, fundado en que los niños podrían presentar confusiones en su identidad sexual, una predisposición o inclinación hacia personas del mismo sexo o que desarrollarían malos hábitos, y que en consecuencia serían discriminados socialmente. Pese a ello, ninguna de dichas críticas puede asegurar la verificación de sus planteamientos, por el contrario, el problema de educación no guarda incidencia con el comportamiento sexual de los eventuales padres sino con la órbita de valores entregados<sup>255</sup>.

En definitiva el interés superior del niño no puede ser determinado de manera abstracta, sino que tomando en cuenta quién es el niño o niña en particular cuyo mejor interés se busca cautelar. De modo que, bien puede suceder que por motivos económicos, sociales, psicológicos, educacionales o de salud un niño o niña viva mejor con una pareja de dos padres o de dos madres, antes que con sólo uno de ellos o con un padre y una madre<sup>256</sup>.

En lo que respecta al matrimonio homosexual se argumenta en su favor que una diferencia en el tratamiento implica un atentado al principio de igualdad, ya que en nada sustantivo difiere del tradicional, por cuanto ambas se fundan en una convivencia afectivo-sexual-material y en el libre desarrollo de la personalidad. Para ello, recurre a instrumentos internacionales como la Declaración Universal de

---

<sup>255</sup> Ídem. Ob. cit, 85-105 pp.

<sup>256</sup> Ídem. Ob. cit, 108 p.

Derechos Humanos (artículo 16), Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo 6), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23 segundo párrafo), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10 N° 1), Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17 N° 2), la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (artículo 16 párrafo 1 inciso a y b) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 12)<sup>257</sup>. A mayor abundamiento los países que actualmente contemplan la unión marital para personas del mismo sexo son Holanda, Bélgica, España, Canadá, Sudáfrica, Noruega, Suecia, Portugal, Islandia, Argentina y Dinamarca, siendo la mayoría de ellas naciones desarrolladas en el orden mundial<sup>258</sup>.

Estas discusiones, en definitiva, conducen a determinar cuál es el arquetipo de familia que protege el derecho nacional, cuál es la que debe estimular y propender para el mejor desarrollo de la sociedad.

Como conclusión de este capítulo, es procedente señalar, que el concepto familia ha sido tratado en sentido amplio, intermedio, restringido, biológico, sociológico, jurídico, etc. Sin perjuicio de ello, es una realidad natural anterior al derecho, y que se encuentra constituida por la agrupación de dos o más personas

---

<sup>257</sup> Ídem. Ob. cit, 116 p.

<sup>258</sup> FORUMLIBERTAS, El Matrimonio Homosexual en el mundo: de la Legalización y la Adopción a la pena de muerte[en línea] <[http://www.forumlibertas.com/frontend/forumlibertas/noticia.php?id\\_noticia=22855&id\\_seccion=21](http://www.forumlibertas.com/frontend/forumlibertas/noticia.php?id_noticia=22855&id_seccion=21)> [consulta 26 Agosto 2012]

unidas por un *affectio familiaris* o relaciones de afectividad con un proyecto de vida en común, con ánimo de permanencia, estabilidad y en la búsqueda de la realización, física, moral y económica en la mayor medida de lo posible, en donde el matrimonio es la principal pero en ningún caso su única forma de manifestación.

Las uniones de hecho sean entre dos personas de diverso o del mismo sexo igualmente deben ser consideradas como familias si en ella se configuran los elementos integrantes de esta agrupación, lo que se ve refrendado por la presentación de numerosos de proyectos de ley que reconocen la necesidad de legislar, sin perjuicio de sus diferencias con respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo.

Así las cosas, el derecho de familia está en constante transformación o modificación, siendo difícil precisar sus alcances y contenido, sin perjuicio de lo cual se comprende como un conjunto de normas jurídicas encargadas de regular las relaciones que se verifican en el plano familiar, perteneciendo al derecho privado, sin perjuicio de la dimensión pública o social que se deriva de la misma institución.

Este derecho se encuentra diseminado en diversos cuerpos legales, entre ellos, la Constitución Política de la República, el Código Civil, la ley 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, la ley 19.585 sobre

filiación, la ley 19.620 sobre adopción, la ley 19.947 sobre matrimonio civil, la ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar y los tratados internacionales suscritos por Chile, instrumentos que serán analizados en el capítulo siguiente.



**CAPÍTULO TERCERO**  
**EL CONCEPTO DE FAMILIA EN LOS CUERPOS**  
**LEGALES DE NUESTRO PAÍS**

Corresponde ahora, analizar el concepto en estudio en cada uno de los distintos cuerpos legales de nuestro país, para determinar que tipo de familia se pretende cautelar en cada uno de ellos.

1. La familia en los primeros Reglamentos Constitucionales

El Reglamento Constitucional del año 1811 no contemplaba en lo más mínimo a la familia, sólo hacía referencia a la necesidad de dividir los poderes deslindando las funciones del congreso y del ejecutivo, fijando sus límites sin confundir ni comprometer su objeto y sin mencionar posibles características de la naciente República<sup>259</sup>.

El Reglamento Constitucional del año 1812 tampoco consignaba la institución familiar, sin perjuicio de ello, refería los trágicos sucesos por los cuales atravesaba la península Ibérica, en especial las guerras napoleónicas y la ocupación de España, obligando con ello a las provincias a regirse de por sí o por medio de representantes. Es del caso señalar que su artículo 3º reconocía la autoridad del

---

<sup>259</sup> Cfr. Reglamento Constitucional de 1811 en Biblioteca del Congreso Nacional.

soberano Fernando VII, pero agregaba que éste debía aceptar la carta fundamental de Chile y las instituciones y representantes de gobierno que se elegirían, constituida por tres miembros de una Junta de Gobierno, siete vocales de un Senado y los miembros de los Cabildos, para luego en su artículo 5° disponer que en Chile no se reconocerían decretos u órdenes emanadas de organismos radicados fuera del país, castigando a quienes pretendiesen darle valor en carácter de reos de estado, lo que marcaba una velada declaración de independencia<sup>260</sup>. Para el tema a tratar, adquiere relevancia lo dispuesto en el artículo 1° del referido cuerpo legal, el cual disponía que: *“la religión católica y apostólica es y será siempre la de Chile”*<sup>261</sup>.

De ello sólo podemos concluir que según los postulados de la citada norma, la familia se funda en la unión matrimonial y los hijos que de ella provienen, precisamente por la férrea defensa constitucional de la religión católica, como ya se indicó, bajo una óptica teológica cristiana, mayoritariamente se estima que familia es la que proviene del sacramento del matrimonio. A mayor abundamiento, tanto en el viejo continente como en los nuevos territorios americanos aún sujetos a la monarquía peninsular, resultaría impensado que cualquier agrupación de hecho como su descendencia fuera considerada familia, en especial, considerando que no se permitía la investigación de la paternidad y que

---

<sup>260</sup> MELLAFE, Rolando y ORTIZ, Jorge. Historia de Chile, 7 ed, Santiago, Chile, Editorial Universitaria, 1994, 82 p.

<sup>261</sup> Cfr. Reglamento Constitucional de 1812 en Biblioteca del Congreso Nacional.

posiblemente al mismo Napoleón se atribuye la triste frase *“la sociedad no tiene interés en que sean reconocidos los bastardos”*<sup>262</sup>.

Por su parte, en los albores de la república, en el año 1813, se encargó a Juan Egaña la elaboración de un Censo de Población y Vivienda, el que arrojó como resultado la existencia de 823.685 personas, de las cuales 400.525 eran hombres, mientras que 423.160 mujeres<sup>263</sup>. El estudio contemplaba el estado civil sobre la base de casados, solteros y viudos, además de las edades de la población, su ocupación, origen o casta, tales como mestizos, mulatos y negros. A todas luces resultaba impensado referirse a eventuales relaciones de convivencia o de hecho entre nuestros primeros connacionales.

El Reglamento Constitucional del año 1814 se encargó de regular las atribuciones conferidas al Director Supremo de la Nación como al Senado consultivo que se componía de siete miembros<sup>264</sup>, nuevamente no existe mención alguna a la familia, y en este caso tampoco a los principios o religión de la naciente República.

De estos primeros antecedentes legislativos podemos apreciar una inexistente regulación de lo que se debe comprender por familia, sin perjuicio de ello, durante

---

<sup>262</sup> GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. El Sistema Filiativo Chileno, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007, 19 p.

<sup>263</sup> Cfr. Instituto Nacional de Estadística.

<sup>264</sup> Cfr. Reglamento Constitucional de 1814 en Biblioteca del Congreso Nacional.

la época colonial el destino de la nación se rigió por el derecho indiano, el que distinguía entre filiación legítima e ilegítima conforme a las siete partidas, la cuarta de ellas, en su título XIII, ley primera, disponía que *“Legítimo hijo tanto quiero decir como el que es hecho según ley, y aquellos deben ser llamados legítimos los que nacen de padre y de madre que son casados verdaderamente, según manda la santa iglesia”*<sup>265</sup>. De modo que sólo podemos considerar agrupación familiar a la unión del hombre con mujer y su prole fundada en el matrimonio, excluyendo cualquier otra unión de hecho como la descendencia proveniente de ella.

## 2. La familia en las Constituciones Políticas de la República

Para continuar con el tema a tratar, es necesario, referirse ahora, al tratamiento que nuestras diversas cartas fundamentales le han asignado a la familia, ello nos permitirá comprender y analizar de mejor forma el tratamiento legislativo que a ella ha de atribuírsele.

### 2.1. La Constitución Política de 1818

Nuestro primer cuerpo constitucional reguló las atribuciones de la autoridad ejecutiva, legislativa y judicial, además de las gobernaciones y el cabildo sin definir que es familia, sin perjuicio de ello, contempló dicho vocablo en cinco ocasiones.

---

<sup>265</sup> ALFONSO X, Las Siete Partidas, Edición de Ernesto Livacic, Santiago, Chile, Editorial Andrés Bello, 1982.

La primera de ellas en el numeral 5 del mensaje referente a las habilidades para suscribir la Constitución, la norma indicaba: *“serán hábiles para suscribir todos los habitantes, que sean padres de familia o que tengan algún capital, o que ejerzan algún oficio, y que no se hallen con causa pendiente de infidencia o sedición”*. Mientras que en el artículo 5°, del segundo capítulo del título primero señalaba: *“todo individuo que se gloríe de verdadero patriota, debe llenar las obligaciones que tiene para con Dios y los hombres, siendo virtuoso, honrado, benéfico, buen padre de familia, buen hijo, buen amigo, buen soldado, obediente a la ley y funcionario fiel, desinteresado y celoso”*<sup>266</sup>.

Por su parte, el artículo 8° del capítulo segundo del título quinto, al referirse a los miembros del Supremo Tribunal Judicial, preceptuaba que: *“la familia del que no fuere depuesto con causa, gozará del montepío establecido en esta casa de empleados”*. Del mismo modo el artículo 8°, del capítulo tercero del quinto título, al regular la Cámara de Apelaciones indicaba: *“la duración de esos empleos será la misma que en el Tribunal Judicial, y de consiguiente el goce del montepío correspondiente a sus familias”*. Finalmente, el artículo 24° del mismo capítulo y título señalaba: *“se formarán como hasta aquí se ha observado las causas criminales; a excepción que no se recibirá juramento a los reos para sus confesiones y cargos, careos ni otras diligencias que tengan tendencia a indagar*

---

<sup>266</sup> Cfr. Constitución Política de 1818, Mensaje y Título I, Capítulo II, Artículo 5°.

*de ellos mismos sus delitos; y la pena infame aplicada a un delincuente, no será trascendental a su familia o descendencia*<sup>267</sup>.

En las normas protectoras de la intimidad familiar se encontraba su artículo 5°, del capítulo primero, el que disponía que: *“la casa y los papeles de cada individuo son sagrados, y, ésta ley sólo podrá suspenderse en los casos urgentes en que lo acuerde el senado”*. Mientras que el título II, capítulo único señalaba que: *“la religión Católica, Apostólica, Romana es la única y exclusiva del Estado de Chile. Su protección, conservación, pureza e inviolabilidad, será uno de los primeros deberes de los jefes de la sociedad, que no permitirán jamás otro culto público ni doctrina contraria a la de Jesucristo*<sup>268</sup>.

De lo expuesto se colige la potestad e importancia del jefe familiar o padre de familia y la protección al hogar como una proyección de la intimidad de ella, bajo los preceptos de la doctrina católica en carácter de única y excluyente, por lo que sólo puede recibir consideración la familia fundada en la unión matrimonial y los hijos que de ella devienen.

## 2.2. La Constitución Política de 1822

---

<sup>267</sup> Cfr. Ídem, Título V, Capítulo II y III. Artículos 8° y 24°.

<sup>268</sup> Cfr. Constitución Política de 1818, Título I, Capítulo I, Artículo 5°, Título II, Capítulo I.

Este cuerpo normativo perfeccionó el anterior y delimitó la atribución de los poderes, confirió la autoridad ejecutiva al Director Supremo cuya duración era de seis años reelegibles por otros cuatro, su nombramiento correspondía al Congreso pleno, el que por primera vez adquiriría una estructura bicameral, es decir, una cámara de Diputados y otra destinada el Senado<sup>269</sup>.

En lo referente al tema de este trabajo mencionaba la palabra familia en dos ocasiones, la primera de ellas, en su artículo 2° al indicar que: *“la nación chilena es libre e independiente de la monarquía Española y de cualquier otra potencia extranjera: pertenecerá sólo a sí misma, y jamás a ninguna persona ni familia”*. Mientras que en su artículo 9° expresaba que: *“todo chileno debe llenar las obligaciones que tiene para con Dios y los hombres, siendo virtuoso, honrado, benéfico, buen padre de familia, buen hijo, buen amigo, buen soldado, obediente a la constitución y a la ley, y funcionario fiel, desinteresado y celoso”*<sup>270</sup>.

Por su parte el artículo 10° señalaba que: *“la religión del estado es la católica, apostólica, romana, con exclusión de cualquier otra. Su protección, conservación, pureza e inviolabilidad es uno de los primeros deberes de los jefes del estado, como el de los habitantes del territorio su mayor respeto y veneración, cualquiera que sean sus opiniones privadas”*. A mayor abundamiento, el artículo 11° disponía

---

<sup>269</sup> EYZAGUIRRE, Jaime. Historia de las Instituciones Políticas y Sociales de Chile, 18 ed, Santiago, Chile, Editorial Universitaria, 2004, 72-73 pp.

<sup>270</sup> Cfr. Constitución Política de 1822, Título I, Capítulo I, Artículo 2°; y Capítulo II, Artículo 9°.

que: *“toda violación del artículo anterior será un delito contra las leyes fundamentales del país”*<sup>271</sup>.

De lo expuesto sólo es posible inferir que toda consideración a la familia necesariamente comprendía la compuesta mediante la unión matrimonial fundada en la autoridad y potestad del varón para su guía, en especial, considerado la marcada defensa de los ideales de la religión cristiana, elevando a la categoría de delito cualquier tipo de quebrantamiento de sus postulados doctrinarios, también es del caso señalar, el factor de índole temporal, ya que en sólo 4 años resultaría impensado un cambio de mentalidad que permitiese alterar la esencia de los criterios de la época.

### 2.3. La Constitución Política de 1823

Esta Carta fundamental, elaborada por Juan Egaña Risco, era extensa y muy minuciosa en la regulación y estructura institucional, colocaba a la cabeza de la nación a un Director Supremo con cuatro años de duración el que podía ser reelecto en sus funciones, las labores legislativas y fiscalizadoras se encontraban en manos de un Senado compuesto por nueve miembros, mientras que las de índole jurisdiccional en los Tribunales de Justicia, también se creó la Cámara Nacional cuyo propósito era dirimir los conflictos entre los diversos poderes del

---

<sup>271</sup> Cfr. Ídem, Título II, Capítulo Único, Artículo 10° y 11°.



estado. Se le conoció también como la Constitución moralista debido a que su articulado regulaba y premiaba la conducta moral, tanto de los funcionarios públicos como de los privados, se pretendía que un código moral, complementario de la carta política que reglara en detalle los deberes de los ciudadanos en todas las circunstancias de la vida<sup>272</sup>.

Respecto a la familia la menciona en tres ocasiones, la primera de ellas, al referirse a las causas que conocía la Corte Suprema de Justicia en única instancia, en su artículo 149 numeral 8° disponía que se abocaría a: *“los negocios contenciosos que puedan ocasionar escandalosas disensiones y ruinas a las familias o al estado, puede obligar a las partes a compromisos presenciados por un ministro”*. Mientras que la segunda y tercera, al regular el régimen interior, en su artículo 196 señalaba que: *“las prefecturas son la base política de las costumbres, virtudes, policía y estadística. Forman una familia regulada por ciertos deberes de mutua beneficencia; cuidan y responden de los viciosos vagos o pobres de su prefectura; se auxilian mutuamente y con especialidad en los casos de estar ocupados los jefes de las familias en la defensa del estado. Sus prefectos son jueces ordinarios de ciertas demandas; y en otras, conciliadores según el reglamento que se formará para todas estas jerarquías”*<sup>273</sup>.

---

<sup>272</sup> EYZAGUIRRE, Jaime, Ob. cit, 73-74 pp.

<sup>273</sup> Cfr. Constitución Política de 1823, Título XII, Capítulo XII, Artículo 149° N° 8; y Título XVIII, Artículo 196°.

Del mismo modo el factor religioso es preponderante, el artículo 10° señalaba: *“la religión del estado es la católica, apostólica, romana: con exclusión del culto y ejercicio de cualquier otra”*<sup>274</sup>.

En ese orden de ideas y considerando el perfeccionamiento moral del sujeto en todas las dimensiones de su existencia como un postulado constitucional, se puede inferir que la agrupación familiar se centraba en la unión matrimonial del hombre y la mujer, en especial, considerando que los preceptos dogmáticos y fácticos de la iglesia católica se encumbraban como postulados esenciales del orden nacional, hasta el punto de excluir cualquier otra forma de culto o ideología que resultase contrario a ella.

Cabe recordar que siendo abstrusa en sus planteamientos y engorrosa en su mecanismo, esta carta política sólo duró unos pocos meses, ya que una asonada callejera pidió a Freire que asumiera la plenitud del mando y suspendiese la vigencia del esencial cuerpo normativo, lo cual aceptó complacido. Hasta que en Noviembre de 1824 un nuevo congreso ratificó lo obrado<sup>275</sup>.

#### 2.4. La Constitución Política de 1828

---

<sup>274</sup> Cfr. Ídem, Título I, Artículo 10°.

<sup>275</sup> EYZAGUIRRE, Jaime, Ob. cit, 74 p.

Esta norma fundamental puso especial énfasis en garantizar a los ciudadanos la libertad personal, de imprenta, los derechos de propiedad y de petición; proclamó la igualdad ante la ley y suprimió los mayorazgos. El derecho de sufragio era tan amplio que podía ejercerlo cualquiera que se inscribiese en las milicias. La autoridad ejecutiva se encontraba concentrada en un presidente y vicepresidente nombrados por votación indirecta y cuya gestión dependía de la voluntad de un congreso bicameral, quedando sumamente disminuidas las atribuciones presidenciales, el ejercicio jurisdiccional quedaba a cargo de los tribunales de justicia<sup>276</sup>.

La duración de la carta política sería ínfima, ya que una discrepancia de interpretación acerca de la manera de designar vicepresidente si ningún candidato obtenía mayoría absoluta, provocó una sangrienta guerra civil (1829-1830). La cual concluyó cuando las tropas de José Joaquín Prieto derrotaron a las fuerzas de Ramón Freire en la batalla de Lircay<sup>277</sup>.

El término familia sólo aparecía consignado en su artículo 1º, al señalar que: *“la nación chilena es la reunión política de todos los chilenos naturales y legales. Es libre e independiente de todo poder extranjero. En ella reside esencialmente la soberanía, y el ejercicio de ésta en los poderes supremos con arreglo a las leyes. No puede ser el patrimonio de ninguna persona o familia”*. En cuanto a las normas

---

<sup>276</sup> Ídem, Ob. cit, 77 p.

<sup>277</sup> Ídem, Ob. cit, 77-87 pp.

protectoras de ella, podemos mencionar su artículo 16, el que señalaba que; *“ninguna casa podrá ser allanada, sino en caso de resistencia a la autoridad legítima, y en virtud de mandato escrito en ella”*<sup>278</sup>.

Mientras que al igual que los anteriores textos fundamentales, señalaba en su artículo 3° respecto de nuestro país que; *“su religión es la Católica Apostólica Romana, con exclusión del ejercicio público de cualquier otra”*<sup>279</sup>

Al igual que en los casos anteriores sólo es posible colegir que el cuerpo normativo se encarga de proteger la familia matrimonial, esencialmente por la férrea defensa de los intereses de la iglesia católica, excluyendo todo ejercicio público o manifestación religiosa diversa, siendo, desde luego impensado, la protección a una unión de hecho.

## 2.5. La Constitución Política de 1833

Este texto constitucional ha sido uno de los más trascendentales de la historia nacional, tanto por su vigencia temporal como por el fortalecimiento de la autoridad ejecutiva capaz de asegurar el orden y respeto a la ley, entre sus principales ideólogos podemos mencionar a Manuel José Gandarillas, Mariano Egaña y Diego Portales. No se dictó, como sucede tantas veces, para establecer

---

<sup>278</sup> Cfr. Constitución Política de 1828, Capítulo I, Artículo 1, Capítulo II, Artículo 16°.

<sup>279</sup> Cfr. Constitución Política de 1828, Capítulo I, Artículo 3°.

un régimen de gobierno, sino, al contrario, para consolidar uno ya establecido. Entre sus disposiciones dictaminó un gobierno popular representativo estructurado en la división de los poderes, ejecutivo radicado en el presidente de la república, legislativo en un congreso bicameral y judicial en los tribunales de justicia<sup>280</sup>.

El vocablo familia sólo fue nombrado en una ocasión, en el numeral 3° artículo 6° del capítulo cuarto, que señalaba: *“también son chilenos los extranjeros que profesando alguna ciencia, arte o industria, o poseyendo alguna propiedad raíz, o capital en giro declaren ante la Municipalidad del territorio en que residan, su intención de avecindarse en Chile, y hayan cumplido diez años de residencia en el territorio de la República. Bastarán seis años de residencia, si son casados y tienen familia en Chile; y tres años si son casados con chilena”*. Entre las normas protectoras de la institución familiar se podría consignar el numeral 5° del artículo 12 del capítulo quinto que preceptuaba: *“la inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción de las que pertenezcan a particulares o comunidades(...)”*<sup>281</sup>.

Para el desarrollo de este trabajo es importante señalar que al igual que los textos anteriores el artículo 5° del tercer capítulo disponía: *“la religión de la*

---

<sup>280</sup> BRAVO, Bernardino. Historia de las Instituciones Políticas de Chile e Hispanoamérica, 2 ed, Santiago, Chile, Editorial Andrés Bello, 1993, 183-190 pp.

<sup>281</sup> Cfr. Constitución Política de 1833, Capítulo IV, Artículo 6° N° 3, Capítulo V, Artículo 12° N° 5.

*República de Chile es la católica, apostólica, romana, con exclusión del ejercicio público de cualquier otra*<sup>282</sup>.

Como se puede apreciar la norma hacía mención a la residencia como factor para obtener la nacionalidad chilena, en ella expresamente se estipulaba un plazo de permanencia, el cual se reducía progresivamente en la medida que el interesado se encontrare casado y si su familia se encontraba en Chile, los mismo era aplicable si su cónyuge era chilena. De lo expuesto, se puede inferir, otra vez, que la norma hace referencia a la familia en el sentido del matrimonio y su descendencia, de lo contrario, el cuerpo normativo no hubiese consignado el estado civil de casado. A mayor abundamiento y en refuerzo de la premisa descrita, la religión de nuestro país era oficialmente la católica, con mayor razón si aún se encontraban bastiones inquisidores que excluían la manifestación de cualquier otra creencia.

Por su parte el Censo de 1835 consignaba la existencia de 1.010.332 personas, el de 1843 registraba 1.083.801 almas, el de 1854 establecía 1.439.120 sujetos, el de 1865 señalaba 1.819.223 habitantes, el de 1875 registró 2.075.971 personas, los cuales sólo se referían a la distribución de varones y mujeres, registrando

---

<sup>282</sup> Cfr, Constitución Política de 1833, Capítulo III, Artículo 5°.

además su ocupación y el estado civil de soltero, casado o viudo, sin que desde luego fuere parte de la medición las relaciones concubinarias o de hecho<sup>283</sup>.

Mientras que el de 1885 registró 2.527.320 habitantes, siendo éste el que comienza a consultar por la estado de divorciado, el de 1895 consignó 2.712.145 sujetos, el de 1907 señaló 3.249.279 personas, el de 1920 registró 3.730.235, sin mencionar alguno de ellos las uniones civiles no amparadas por vínculo marital<sup>284</sup>.

## 2.6. La Constitución Política de 1925

El triunfo de los partidarios del congreso en la revolución de 1891 marcó el fin del rol preponderante que había tenido el ejecutivo desde la dictación de la anterior carta fundamental, el legislativo había ganado la batalla. Por ello, la finalidad de este cuerpo normativo fue cambiar el régimen político procedente de la interpretación de hecho de la anterior constitución, poniendo término a los excesos de un pseudorrégimen parlamentario robusteciendo la autoridad presidencial, así se mantuvieron los principios del estado de derecho republicano fundado en la separación de poderes, separándose además la iglesia del estado<sup>285</sup>.

---

<sup>283</sup> Cfr. Instituto Nacional de Estadística.

<sup>284</sup> Ídem.

<sup>285</sup> CARRASCO, Sergio, Alessandri Su Pensamiento Constitucional Reseña de su Vida Pública, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1987, 29-34 pp.

En lo que respecta a familia, el texto primitivo antes de la reforma introducida por los Decretos Leyes 1551 y 1552 de 1976 por el régimen militar, contemplaba el concepto en 2 ocasiones. La primera de ellas, en el inciso 2° numeral 4° del artículo 10 de su capítulo III, el que indicaba: *“el estado propenderá a la conveniente división de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar”*. Mientras que el numeral 14 del mismo artículo señalaba que la Constitución asegura a todas las personas: *“la protección al trabajo, a la industria, y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia(...)”*<sup>286</sup>.

Mientras que el numeral 12° del mismo artículo señalaba como protección y garantía: *“la inviolabilidad del hogar. La casa de toda persona que habite en el territorio chileno sólo puede ser allanada por un motivo especial determinado por la ley, y en virtud de orden de autoridad competente”*. Por su parte el numeral 13° preceptuaba *“la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y telegráfica. No podrán abrirse, ni interceptarse, ni registrarse los papeles o efectos públicos, sino en los casos expresamente señalados por la ley”*<sup>287</sup>.

---

<sup>286</sup> Cfr. Constitución Política de 1925, Capítulo III, Artículos 10° N° 4 y 14°.

<sup>287</sup> Ídem, Capítulo III, Artículos 10° N° 12 y 13.



Asimismo, el mismo texto normativo marcó un cambio significativo en la materia a tratar, ya que en la esfera religiosa, el numeral 2° del artículo 10° señalaba como garantía: *“la manifestación de todas las creencias, la libertad de conciencia y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público, pudiendo, por tanto, las respectivas confesiones religiosas erigir y conservar templos y sus dependencias con las condiciones de seguridad e higiene fijadas por la ley y ordenanzas(...)”*<sup>288</sup>.

De lo referido se puede concluir que aunque se determinase la libertad del ejercicio religioso, la familia sigue centrada en la figura del matrimonio y de los hijos que de ella provienen, toda vez que, los censos de población y vivienda ya mencionados, ni siquiera contemplaban la posibilidad de indagar sobre el estudio de las relaciones de convivencia, por su parte la legislación civil no permitía el divorcio vincular y seguía manteniendo un cuerpo normativo con diferentes tipos de hijos y derechos para los mismos.

A su vez, los venideros Censos de Población y Vivienda arrojaban las siguientes cifras, el año 1930 de un total de 4.287.445 personas, 1.212.637 se encontraban casadas. En 1940 de un total de 5.023.539 habitantes, 1.469.815 se encontraba unida por vínculo marital. La gran novedad la marcó el del año 1952, ya que en los diversos factores a empadronar consideró por primera vez las

---

<sup>288</sup> Ídem, Capítulo III, Artículos 10° N° 2.

relaciones concubinarias, así, de un total de 5.932.995 personas, de los mayores de 15 años, un total de 1.771.067 se encontraba legalmente casada, mientras que 126.761 mantenía una relación de convivencia afectiva. Más tarde, en 1960 el país contaba con una población de 7.374.115 personas, de la población mayor de 12 años, un 44,4% estaba soltero, un 45,1% casado, un 5,9% en condición de viudez, un 3,0% en relación de convivencia, el 1,5% separado de hecho y el 0,1% anulado<sup>289</sup>.

De la Constitución de 1925 y sus modificaciones sufridas luego del golpe militar se puede concluir que la terminología familia se encontraba destinada a la de carácter matrimonial, ello, debido a que las uniones de hechos que se comenzaron a computar a partir 1952 eran todavía muy reducidas en número y no formaban parte de la idiosincrasia nacional como tampoco de los textos legislativos vigentes. Consideración aparte merece la circunstancia de no contar con una ley de divorcio vincular, la vigente desigualdad con respecto al trato de los hijos, y los principios conservadores que inspiraron a la Junta Militar y la posterior Constitución de 1980.

## 2.7. La Constitución Política de 1980

---

<sup>289</sup> Cfr. Instituto Nacional de Estadística.

Nuestra actual carta fundamental se refiere en diversas ocasiones a la familia, pero antes de analizar cuál es su composición o contenido como también el alcance de su protección, es imprescindible estudiar los antecedentes que configuraron o gestaron el vigente cuerpo político de la república.

A pocos días del golpe militar, el 24 de Septiembre de 1973, la Junta de Gobierno encargó a una comisión preparar los estudios y anteproyectos de una nueva Constitución, se le conoció con el nombre de “*Comisión Ortúzar*” atendido el apellido de su presidente, de modo oficial se le asignó el nombre de “*Comisión Constituyente*”, y desde su sesión número 246, de fecha 21 de Septiembre de 1976, se le llamó “*Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile*” (CENC). La misma estuvo integrada por don Enrique Ortúzar Escobar, ex Ministro de Justicia y Relaciones Exteriores del ex presidente Jorge Alessandri Rodríguez, Jaime Guzmán Errazuriz, Jorge Ovalle Quiroz y Sergio Diez Urzúa. El 09 de Octubre del año 1973 se integraron Enrique Evans de la Cuadra, Gustavo Lorca Rojas y Alejandro Silva Bascuñan, un año más tarde lo haría Alicia Romo Román. Posteriormente, en 1977, debido a discrepancias con las políticas legislativas de la Junta de Gobierno, renunciarían Silva, Evans y Ovalle, e ingresarían Luz Bulnes Aldunate, Raúl Bertelsen Repetto y Juan de Dios Carmona.<sup>290</sup>

---

<sup>290</sup> SILVA, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, 2 ed, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, t3, 184-190 pp.

Para el desarrollo de este trabajo, es del caso indicar, que la mencionada Comisión, el 26 de Noviembre de 1973, prestaba un memorando a la junta gobernante, bajo el título de *“Metas u Objetivos Fundamentales para la Nueva Constitución Política de la República”*, el que sólo contenía la palabra familia al referirse al estado en el numeral tercero, cuyo inciso 3° señalaba: *“La Constitución organizará un estado de Derecho cuya misión principal sea promover el bien común y proteger efectivamente las garantías fundamentales de las personas, de las familias y de los cuerpos intermedios”*<sup>291</sup>.

Mientras que el numeral primero conjuntamente con afirmar una sustentación en los valores permanentes de la chilenidad, en su inciso 3° señalaba que: *“La estructura Constitucional descansará en la concepción humanista cristiana del hombre y de la sociedad, que es la que responde al íntimo sentir de nuestro pueblo, y según la cual la dignidad el ser humano, su libertad y derechos fundamentales, son anteriores al ordenamiento jurídico, el que debe prestarle segura y eficaz protección”*<sup>292</sup>.

Mas tarde, en el año 1974 la Junta de Gobierno emite la *“Declaración de Principios del Gobierno de Chile”*, el cual menciona en 10 ocasiones a la familia, señalando, en síntesis, que el ser humano la conforma para conseguir los fines

---

<sup>291</sup> Cfr. *“Metas u Objetivos Fundamentales para la Nueva Constitución Política de la República”*, numeral 3° inciso 3°.

<sup>292</sup> Ídem, numeral 1° inciso 3°.

que no puede por sí sólo, junto con otros cuerpos intermedios necesarios para el desarrollo personal y colectivo sin perjuicio que ésta no puede invadir lo propio e íntimo de cada conciencia humana. A su vez, se consigna para la defensa de la propiedad privada y la función social que emana de ella, como para reflejar la importancia de las funciones de los Municipios al servicio de la familia y el hombre. También se utilizó para señalar beneficios sociales como la semana corrida o la asignación familiar<sup>293</sup>.

La verdadera trascendencia asignada a la institución la podemos encontrar en el capítulo III párrafo 9°, el que disponía: *“Finalmente, el actual gobierno considera que toda la tarea antes reseñada ha de encontrar en la familia su más sólido fundamento, como escuela de formación moral, de entrega y generosidad hacia los semejantes y de acendrado amor a la patria. En la familia, la mujer se realza en toda la grandeza de su misión, que la convierte en la roca espiritual de la patria. De ella sale también la juventud, que hoy más que nunca debe incorporar su generosidad e idealismo a la tarea de Chile. El coraje que mujeres y jóvenes demostraron en los últimos años, como baluartes del movimiento cívico que culminara con el pronunciamiento militar del 11 de Septiembre, debe ahora convertirse en fibra patriótica para afrontar el duro sacrificio que nos espera por*

---

<sup>293</sup> Cfr. “Declaración de Principios del Gobierno de Chile”, Capítulo II numeral 4°, 5°, Capítulo III numeral 4°, 6°, 7°

*delante, y en fuerza creadora para transformar en realidad una honda esperanza nacional*<sup>294</sup>.

Luego de un año de trabajo, la citada Comisión, en su sesión 57° de fecha 24 de Julio de 1974, no se refirió a la familia en sí, sin perjuicio de ello, expresaba que la nueva carta fundamental sería moderna, dinámica, auténticamente chilena, en el sentido de no estar inspirado en esquemas foráneos. Así: *“Toda la estructura Constitucional se basará en la concepción humanística-cristiana del hombre y la sociedad, según la cual los derechos del ser humano son anteriores a todo ordenamiento jurídico. El fin del estado es servir a la comunidad y promover al bien común. El estado está al servicio del hombre y no el hombre al servicio del estado*<sup>295</sup>

Lo anterior se vería reforzado por la declaración denominada *“Objetivo Nacional del Gobierno de Chile”*, resolución exenta 3.102 de fecha 23 de Diciembre de 1975, el cual, en este caso si mencionaba expresamente a la familia, luego de enfatizar, nuevamente, la concepción cristiana del hombre y la sociedad.

Así las cosas, al tratar la Política General, letra (A) párrafo 2° preceptúa la necesidad de formar nuevas generaciones *“dentro de los conceptos de amor a Dios, a la patria y a la familia”*. Mientras que en su letra (C) sobre desarrollo

---

<sup>294</sup> Ídem, Capítulo III, párrafo 9°.

<sup>295</sup> Cfr. Sesión 57° Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile.

económico, el numeral 2 letra (e), se disponía la necesidad de *“establecer condiciones para una política de sueldos y salarios justos, de acuerdo con las posibilidades de la economía nacional y las necesidades del individuo y su familia”*. Por su parte, la letra (k) señalaba: *“apoyar la construcción de viviendas para satisfacer la aspiración de la vivienda digna para cada grupo familiar”*. Mientras que la letra (D) sobre desarrollo social, el numeral 2 letra (a) expresaba: *“el objetivo básico de una vivienda familiar digna, obtenida sobre la base de un esfuerzo de ahorro y una organización acorde con las posibilidades de cada familia”*. Finalmente, el párrafo (f) dedicado a la educación, señalaba en cuanto a los criterios orientadores que: *“La educación deberá profundizar y transmitir el amor a la patria y a los valores nacionales, el respeto a la vocación libre y trascendente del ser humano y a los derechos y deberes que de ella derivan, el aprecio a la familia como célula básica de la sociedad la adhesión al concepto de unidad nacional y la valoración del saber y la virtud como elemento de progreso del hombre y de la nación”*<sup>296</sup>

Lo anterior se plasmaría en el Decreto Ley 1551 conocido también como el Acta Constitucional N° 2 de fecha 13 de Septiembre de 1976, sobre las bases esenciales de la Institucionalidad chilena, el que menciona en dos ocasiones a la familia, la primera de ellas en el considerando 4° letra (a), al referir como un valor esencial: *“la concepción humanista cristiana del hombre y de la sociedad que*

---

<sup>296</sup> Cfr. Objetivos Nacionales del Gobierno de Chile.

*considera a aquél como un ser dotado de una dignidad espiritual y de una vocación trascendente, de las cuales se derivan para las personas derechos naturales anteriores y superiores al estado, que imponen a éste el deber de estar a su servicio y de promover el bien común. Dentro de esta concepción, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y es deber del estado protegerla y propender a su fortalecimiento, como asimismo, es deber suyo reconocer a los grupos intermedios entre el hombre y el estado, conforme al principio de subsidiariedad".* La segunda de ellas, en el artículo 2° inciso tercero, el que reiteraría el carácter de núcleo fundamental y su trascendencia como grupo intermedio de la sociedad<sup>297</sup>.

Por su parte el Decreto Ley 1552 o Acta Constitucional número 3, en lo referente a los Derechos y Deberes Fundamentales, de la misma fecha del instrumento anterior, estableció delineamientos para una nueva Constitución Política. Respecto a la familia la nombró en 8 ocasiones.

Dos de ellas en sus consideraciones, al señalar en su numeral 5°: *“Que, por otra parte, la ausencia de toda consideración y respeto a la vida privada de las personas y sus familias, así como a su honra, que caracterizó al período político que precedió al actual gobierno, hace necesario contemplar esta garantía constitucional sujeta a los correspondientes mecanismos de protección que esta*

---

<sup>297</sup> Cfr, Decreto Ley 1551, 13 Septiembre 1976, Considerando 4° letra (a) y artículo 2° inciso 3°.



*acta establece”. A su vez, el numeral 12° señalaba: “que como una manera de proteger los valores fundamentales en que se basa la sociedad chilena, debe declararse ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República todo acto de personas o grupos destinado a difundir doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad fundada en la lucha de clases, o que sean contrarias al régimen constituido”<sup>298</sup>.*

Lo anterior no pretendía referirse a la familia en sí, sino, más bien tenía un trasfondo político que utilizó el concepto y protección destinada a ella, estableciendo un conjunto de disposiciones normativas tendientes a excluir cualquier tipo de doctrina que fuere contraria a las ideas de la Junta de Gobierno.

Por su parte, el artículo 1° la mencionaba en cinco ocasiones, al describir los derechos y deberes constitucionales, así, en su numeral 10° aseguraba: *“El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia. La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse, en los casos y formas destinados por la ley”*. Del mismo modo, el inciso 3° numeral 15 del mismo artículo, disponía que: *“Para promover el acceso de un mayor número de personas al dominio privado, la ley propenderá a*

---

<sup>298</sup> Cfr. Decreto Ley 1552, 1976, consideraciones 5° y 12°.

*una conveniente distribución de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar*<sup>299</sup>.

Esta última norma era de gran interés, ya que pareciere inclinarse por la tesis de René Savatier, el que consideraba que la familia es una persona jurídica, precisamente porque el mencionar la constitución de la propiedad familiar necesariamente nos conducía a estimarla como un todo distinto de los miembros que la componen.

A su vez, el inciso 3° del numeral 20°, señalaba: *“Toda persona tiene derecho a la libre elección del trabajo y a una justa retribución que asegure a ella y su familia, a los menos, un bienestar acorde a la dignidad humana”*. En el mismo tenor se pronunciaba el inciso 3° del numeral 21 que disponía: *“La ley establecerá un sistema de seguridad social que satisfaga de modo uniforme, solidario y suficiente los estados de necesidad individuales y familiares producidos por cualquier contingencia y, especialmente por los de maternidad, vejez, muerte, accidente enfermedad, invalidez cargas familiares y desempleo, mediante las correspondientes prestaciones preventivas, reparadoras y recuperadoras”*<sup>300</sup>.

De lo cual llama la atención que se mencione a la familia para consignar la existencia de una remuneración justa o ética que sufrague las necesidades de los

---

<sup>299</sup> Cfr. Artículo 1°, numerales 10° y 15°.

<sup>300</sup> Ídem. Artículo 1°, numerales 20° y 21°.

miembros de la familia, igual conclusión para los organismos que se encuentran destinados a la seguridad social, en especial, considerando que los principios rectores del nuevo gobierno se centraban en políticas de libre mercado, excluyendo lo más posible la participación estatal en la esfera privada, ello con la finalidad de evitar replicar los postulados sociales de la administración anterior que habrían precipitado los cambios estructurales del país.

Finalmente, el artículo 11° reproducía el numeral 12° sobre las consideraciones del Decreto en mención, el que ya fue consignado en forma previa.

Respecto a la composición de la realidad familiar, según el Censo de 1970, el país contaba con 8.884.768 habitantes, de los mayores de 12 años que correspondían a 6.059.120 personas, 2.666.432 se encontraban solteros, 2.793.876 casados, 132.704 en relación de convivencia, 351.759 viudos; y 114.949 separados o anulados<sup>301</sup>.

De los cuerpos legislativos que se gestaron en la dictadura militar se aprecia la importancia asignada a la familia, ya que del análisis de las diversas cartas políticas anteriores de nuestro país, en ninguna de ellas se había mencionado y tratado tan detalladamente a la institución como célula o núcleo fundamental; y su

---

<sup>301</sup> Cfr. Instituto Nacional de Estadística.

relevancia como cuerpo intermedio para la consecución de los fines personales como sociales.

Lo más interesante para este trabajo es la discusión que se gestó en la sesión 191° de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República, de fecha 18 de Marzo de 1976, en ella, el comisionado Jaime Guzmán proponía que se estableciera en el artículo 2° de la carta rectora que: *“la defensa de la integridad de la familia es un deber básico para todos los miembros de la comunidad nacional”*. A lo cual, el señor Ortúzar recuerda que: *“la comisión había acordado consignar un precepto que estableciera que la familia es el elemento fundamental de la sociedad y que tiene derecho a la protección del estado”*, fundándose, para ello, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, instrumento que expresaba: *“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del estado”*<sup>302</sup>

Agrega que no le parece conveniente la expresión *“integridad”* por la repercusión en la legislación civil, ya que si bien resulta del todo plausible su defensa, pueden existir casos en que una desintegración familiar puede resultar hasta conveniente para la propia suerte de los hijos. De este modo, si se impone como un deber se estaría prácticamente poniendo término incluso al divorcio que reconoce nuestra propia legislación civil, o sea, la separación de cuerpos. Por su

---

<sup>302</sup> Cfr. Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 16, numeral 3.

parte, el señor Ovalle, manifestó estar de acuerdo con lo expresado por el presidente, *“porque es partidario del divorcio para los demás, aunque a sí mismo se niega ese derecho, consignando que no se puede decir que la defensa de la integridad de la familia es un deber de los miembros de la comunidad nacional, es un deber propio de la orden moral, evidentemente, pero no puede imponerse, porque inclusive daría lugar a alguna afirmación que podría ser hasta jocosa por parte de aquellos que de alguna manera atentan contra la integridad de la familia”*<sup>303</sup>.

Respecto de ello, el señor Guzmán, manifestó disentir profundamente de la proposición formulada, debido a que consideraba desafortunada la Declaración Universal de Derechos Humanos sobre la materia, porque a su juicio, el elemento natural y fundamental de la sociedad no es la familia, sino que el hombre. Estimando vital que la familia sea defendida en su integridad, *“y si la Constitución establece tal concepto, corresponderá al legislador y a la comunidad nacional discutir en cada instante qué norma, qué realidad vulnera la integridad de la familia y cuál no, señalando, además, “ser absolutamente contrario al divorcio con disolución de vínculo legalmente admitido, porque considera que atenta contra la integridad de la familia. Pero, admitiría entrar al debate con alguien sobre el tema, sobre la base de que se quiera defender la integridad de la familia, ya que el divorcio tal cual está aceptado hoy en la legislación nacional, vale decir, la*

---

<sup>303</sup> Cfr, Sesión 191° Comisión de Estudios Nueva Constitución Política de la República, 18 Marzo 1976.

*separación de cuerpos, no vulnera la integridad de la institución de la familia; no la vulnera en absoluto. Todo lo contrario, la protege, porque si no admitiera esa facultad de los seres humanos, sencillamente podría destruirse la familia hasta grados muy superiores*<sup>304</sup>.

El señor Silva Bascuñan, advierte a fin de evitar discusiones en que se planten asuntos morales mezclados con los jurídicos, que existe acuerdo en las siguientes ideas: *“la familia es la célula básica de la sociedad, y el estado la protegerá y propenderá al fortalecimiento de su unidad”*, recibiendo el apoyo del señor Ortúzar, éste último señalaba que lo que merece reparos es la expresión *“integridad”*, indicando que el señor Guzmán es muy hábil; tiene grandes recursos de dialéctica, pero sin embargo, cree que en este caso está profundamente equivocado, ya que si se garantiza la *“integridad”*, es evidente que el divorcio, *“sea con disolución de vínculo o sin ella, atenta contra ella, ya que si se separa un matrimonio, es indudable que en cierto modo está desintegrando su familia”*<sup>305</sup>.

Sin perjuicio de ello, el presidente señor Ortúzar, señala que todos coinciden en proteger a la familia como célula primaria de la sociedad, no obstante lo anterior, el señor Evans a propuesta del señor Silva Bascuñan sugiere consignar otra palabra que no sea “célula”, término de uso frecuente, de uso periodístico, de uso corriente pero que no es conceptualmente adecuado para un precepto

---

<sup>304</sup> Ídem.

<sup>305</sup> Ídem.

Constitucional, por lo que Silva Bascuñan propone referirse “a *núcleo fundamental de la sociedad*”, siendo replicado por el señor Diez para usar la expresión “*integridad de la familia*”, advirtiendo que lo que desea es prohibir la disolución del vínculo matrimonial, evitando así una futura ley de divorcio vincular, lo que requeriría una reforma Constitucional<sup>306</sup>.

Por ello, para evitar un debate moral que implica discutir que atenta contra la unidad o integridad de la familia, el señor Ortúzar sugiere la siguiente redacción: “*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad y el estado la protegerá y propenderá a su fortalecimiento*”, evitándose la expresión “*el fortalecimiento de la unidad*”. Acordándose en los términos propuestos.

En conclusión, podemos distinguir dos posturas antagónicas sobre la concepción y el trato asignado a la familia en la génesis misma de la Carta Fundamental, en la primera, se busca cautelar el matrimonio e impedir su disolución, homologando aquella institución a familia, mientras que en la segunda, en cambio, si bien reconoce que hay que cautelar la familia y el matrimonio, reconoce que en muchos casos el divorcio podría ser más conveniente para sus integrantes.

---

<sup>306</sup> Ídem.

Sobre el particular, considero que si bien la redacción contempló las observaciones de los miembros que defendían una postura más flexible con respecto al matrimonio, es indudable que en sus inicios el cuerpo político se abocaba a la protección de la familia de derecho, ello porque resultaría impensado que la dictadura militar guiada o delineada por una visión conservadora de la vida y la moral, apartada de las radicales ideas del socialismo e inspirada en una visión humanista cristiana del hombre, hubiere concebido en sus propósitos una visión liberal y pragmática de la familia chilena. Cabe agregar también, que en aquellos años no existía una ley de matrimonio civil que posibilitare la disolución del enlace conyugal, y a mayor abundamiento existía el trato diferenciado de hijos legítimos, ilegítimos y naturales según si eran producto de una unión marital. Es decir, el aparato legislativo complementario sólo se encargaba de brindar u otorgar protección al matrimonio y a los hijos que de éste provienen. El cambio sustancial se manifestaría casi veinte años más tarde con una nueva Ley de Matrimonio Civil y de Filiación que sin duda cambiarán definitivamente la forma de comprender y proteger la familia chilena.

Prosiguiendo con la génesis del texto esencial, es procedente indicar que el 16 de Agosto de 1978, la Comisión envía al Presidente de la República el texto sobre *“Proposiciones e ideas precisas relativas al futuro texto Constitucional”*. El que en sus premisas previas reafirma la dignidad del ser humano, la libertad con que fue dotado, la familia como núcleo fundamental, además de señalar que es la primera



y básica sociedad humana conceptual e históricamente, una sociedad necesaria, de la cual el hombre no ha podido ni podrá prescindir jamás<sup>307</sup>.

Mientras que desde la sesión 410 del 30 de Agosto de 1978, la Comisión revisó y preparó el articulado que concretaba las ideas contenidas en el dictamen, lo que se prolongó hasta la reunión final. Más tarde, mediante oficio número 792 de fecha 18 de Octubre de 1978, la Comisión envía al presidente de la República el texto completo con el articulado del anteproyecto de la nueva Constitución que se dio a conocer a la prensa al día siguiente. Recibido el mismo, el general Pinochet con fecha 31 de Octubre de 1978, solicitó a un Consejo de Estado presidido por el ex presidente de la República, Jorge Alessandri, su parecer sobre el anteproyecto emanado de ella, el cual luego de 57 sesiones sin alterar en su esencia las disposiciones ya señaladas para la familia emite su informe el 1 de Julio de 1980. El presidente de la República en discurso de fecha 10 de Agosto del mismo año informaría de la aprobación y que la sometería a plebiscito, el que se materializaría el 11 de Septiembre del año indicado y que resultaría aprobado<sup>308</sup>.

El actual texto Constitucional menciona a la familia en tres ocasiones. La primera de ellas, en su capítulo primero, artículo 1º, inciso segundo, al señalar que: *“la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El estado reconoce y*

---

<sup>307</sup> Cfr, Propositiones e ideas precisas relativas al futuro texto Constitucional; y sesión 410º Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República

<sup>308</sup> SILVA, Alejandro, Ob. cit, 191-197 pp.

*ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”. La segunda, en el inciso 4° del mismo artículo al preceptuar que: “Es deber del estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”, y finalmente, en el capítulo tercero sobre los derechos y deberes Constitucionales, el artículo 19 número 4 señala que: “la Constitución asegura a todas las personas: el respeto y la protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”<sup>309</sup>.*

Mientras que en sus normas protectoras se puede consignar el artículo 19 numeral 5 que asegura la: *“inviolabilidad del hogar y de toda comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”*. A su vez, el numeral 10° inciso 3° dispone que: *“los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho”<sup>310</sup>.*

---

<sup>309</sup> Cfr. Capítulo I, Artículo 1°, inciso segundo y cuarto, Capítulo III, Artículo 19° numeral 4° Constitución Política de la República.

<sup>310</sup> Cfr. Capítulo III, Artículo 19 numeral 5° y 10° Constitución Política de la República.

Teniendo presente la formación del principal cuerpo legal de nuestro país como el articulado vigente, el profesor constitucionalista Eduardo Soto Kloss concluye que la estructura institucional se inspira y descansa sobre la concepción humanista-cristiana del hombre y la sociedad, cuyos hombres y mujeres poseen atributos esenciales que son anteriores y superiores al estado, mientras que la familia es lo que configura la sociedad, es su constitutivo material, por lo cual, el estado tiene el deber o la obligación de protegerla y propender a su fortalecimiento en toda la extensión de su actividad administrativa como legal y jurisdiccional. Lo más importante es que define a la familia como *“una comunidad de padres e hijos fundamentada en el matrimonio; es decir, comunidad de padre y madre / hombre y mujer, e hijos, basada en el matrimonio”*. La cual es fruto de la decisión libre y soberana de un hombre y una mujer unidos conyugalmente y que engendra hijos, es una comunidad anterior al estado y cuyo conjunto lo configura a éste, y en consecuencia al mismo sólo cabe reconocerla, protegerla y fortalecerla, desde que la familia es su núcleo material que lo sustenta y vivifica. Debilitarla o corromperla en su base esencial -el matrimonio- es propiciar la destrucción del estado.

Finalmente, afirma que debe deducirse que hay un poder en la familia, el que se impone al estado, quien carece de atribuciones para vulnerar los derechos que ella posee como comunidad básica o núcleo fundamental de la sociedad, fundada en el matrimonio, institución ésta que arranca de un derecho esencial, natural de

todo ser humano para construirlo libremente y originar múltiples vínculos jurídicos<sup>311</sup>.

En un sentido similar se pronuncia Corral, sin perjuicio de invocar razones distintas, para lo cual señala que el artículo 1° al no precisar que se refería a la familia matrimonial, pareciere indicar que para el constituyente era algo obvio que no requería explicación, ya que el núcleo fundamental de la sociedad se refiere al modelo paradigmático, tradicional y clásico de la familia, que no es otro que el de la familia legítima o conyugal. Es una realidad obvia que se daba por supuesta, sólo podría suponerse algo distinto y requerir explicación si la voluntad del constituyente hubiese sido acoger todo tipo de familia. Por lo que su sentido apuntaba a una noción tradicional y clásica, compatible con la legislación civil de la época la que orientaba al modelo social y jurídicamente deseable para su conformación<sup>312</sup>.

A mayor abundamiento, según su parecer, los textos internacionales en ningún caso hablan de la familia como una realidad abierta y descriptiva, más bien concuerdan con la carta fundamental en que es una institución fundamental que emana de la naturaleza humana e íntimamente relacionada con el derecho a contraer matrimonio, así el artículo 16° de la Declaración Universal de Derechos

---

<sup>311</sup> SOTO KLOSS, Eduardo, La Familia en la Constitución Política, Revista Chilena de Derecho, Vol. 21 (2): 217-225, Junio 1994.

<sup>312</sup> CORRAL, Hernán, Familia y Derecho, Ob. cit, 29-30 pp.

Humanos numeral 1 señala: *“los hombres y mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”*. Además de ello, no parece lógico que la expresión *núcleo fundamental* fuese sólo para efectos nominales y meramente decorativos, ya que si es la misma sociedad la que califica que grupo humano conforma una familia, la declaración Constitucional pierde operatividad e importancia práctica<sup>313</sup>.

Una opinión distinta significaría pensar que serían familias protegidas constitucionalmente las uniones de hecho, las madres solteras con sus hijos, las convivencias adulterinas, polígamas, incestuosas y homosexuales, perdiendo el privilegio y preferencia que otorga un texto Constitucional que tiene por objeto garantizar las bases esenciales de una organización, de modo que parece absurdo que el estado proteja y propenda al fortalecimiento de uniones del mismo sexo, incestuosas o espurias. Por lo que, a falta de declaración su contenido no puede ser otro que el de la unión de los cónyuges varón y mujer<sup>314</sup>.

Como ya se indicó en el capítulo segundo de este trabajo, una opinión diversa es sostenida por el profesor Gonzalo Figueroa, ya que el análisis del cuerpo Constitucional debe efectuarse a la luz del artículo 20 del Código Civil, es decir,

---

<sup>313</sup> Idem, Ob. Cit.

<sup>314</sup> Ídem, Ob. cit, 30 p.

entendiendo las palabras en su sentido natural y obvio, considerando el alcance de ésta en el año 1980, época en la cual una pareja de convivientes sin que haya contraído matrimonio y que tenía descendencia era una familia. A mayor abundamiento, donde la ley no distingue al intérprete le está prohibido hacerlo, por lo cual familia comprende a la de hecho como la de derecho. Todavía más, en aquel entonces el artículo 815 del Código Civil, disponía que *“la familia la comprende la mujer y los hijos legítimos y naturales; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después”*. Para concluir señalando: *“aunque el usuario o habitador no esté casado”*, desligando el vínculo marital de la noción familiar.

Mientras que el constitucionalista José Luis Cea, sin mencionar el matrimonio, la define *“en el sentido natural y obvio, como el grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas”*, señalando que es una institución anterior a todo reconocimiento por la autoridad pública, por lo que está por sobre ella, constituyéndose un deber el reconocerla y protegerla<sup>315</sup>.

Sobre el particular considero que hay que abordar el tema analizando el elemento gramatical, el histórico y el comparativo con los demás cuerpos legales.

---

<sup>315</sup> CEA, José Luis. Derecho Constitucional Chileno, Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica, 2004, t1, 179 pp.

La palabra núcleo según el Diccionario de la Real Academia Española significa “elemento primordial al que se van agregando otros para formar un todo”, o bien, “el punto central de algo material o inmaterial”<sup>316</sup>, cuya etimología indica que procede del latín *nucleus* que corresponde a pequeña nuez<sup>317</sup>.

Mientras que por fundamental el diccionario ya indicado señala que es “el fundamento o lo principal de algo”<sup>318</sup>, el que etimológicamente deriva del latín *fundus*, que corresponde a base o fondo y *mento*, que es instrumento y medio<sup>319</sup>.

En cuanto al elemento histórico, sólo cabe reiterar que la Junta de Gobierno demostró un exacerbado repudio por la doctrina marxista; y un marcado apego a los postulados morales más conservadores para estructurar la sociedad, prueba de ello es la concepción humanista-cristiana del hombre como el ideal a seguir. Cabe indicar también que el Censo de Población y Vivienda del año 1982, el país contaba con un total de 11.329.736 habitantes, de las cuales considerando las mayores de 15 años 262.444 se encontraban en situación de convivencia<sup>320</sup> cifra minoritaria para considerarla como una situación socialmente aceptable.

---

<sup>316</sup> Diccionario Rae 22° Edición.

<sup>317</sup> Etimologías de Chile[en línea] < <http://etimologias.dechile.net/?nu.cleo> > [consulta 30 Septiembre 2012]

<sup>318</sup> Diccionario Rae 22° Edición.

<sup>319</sup> Etimologías de Chile[en línea] < <http://etimologias.dechile.net/?nu.cleo> > [consulta 30 Septiembre 2012]

<sup>320</sup> Cfr. Instituto Nacional de Estadística.

En cuanto a análisis comparativo de los demás cuerpos legales, nuestro país, en aquel entonces, no contaba con una ley de divorcio vincular, es decir, que posibilitare la disolución del vínculo matrimonial, más bien se recurría a la fraudulenta figura de la nulidad fundada en la incompetencia del oficial del Registro Civil por el domicilio de los contrayentes. Del mismo modo, existía un trato absolutamente discriminatorio para los hijos, ya que el Código Civil distinguía entre los legítimos e ilegítimos, según si los mismos provenían de la unión matrimonial de sus padres, con derechos diversos para cada uno de ellos.

De todo ello y considerando el contexto gramatical, social y comparativo del Chile de comienzos de los años 80, sólo nos encontramos en condiciones de concluir que el constituyente pretendió proteger y difundir un modelo de agrupación familiar basada en el matrimonio y la descendencia que de éste surge, si bien no lo señala expresamente, resultaría impensado y hasta contradictorio con los elementos analizados que se tolerase y protegiese las uniones de hecho, principalmente por los criterios ideológicos de los miembros que articularon la carta política, la normativa civil vigente a la época y el comportamiento social de la población de Chile en aquellos años.

En ese orden de ideas el gran cambio se gestaría con dos cuerpos normativos. El primero, la ley 19.585 de Octubre de 1998 sobre filiación, la cual elimina las diferencias respecto al trato de los hijos, distinguiendo ahora, sólo entre los de



filiación matrimonial y no matrimonial, con iguales derechos alimentarios y sucesorios. El segundo, la ley 19.947 sobre Matrimonio Civil de Mayo de 2004 y vigente desde Noviembre del mismo año, la que posibilita la disolución del vínculo marital por divorcio, ya sea por mutuo acuerdo, unilateralmente o por culpa, poniendo fin al matrimonio indisoluble; y definiendo a la familia del mismo modo que la Constitución Política como núcleo fundamental de la sociedad; pero agregando que el matrimonio es su base principal, de lo cual se colige claramente que la unión conyugal es su delineamiento más recurrente pero no el único, de modo que, a partir de la vigencia de esta ley, estamos en condiciones de señalar que las uniones de hecho son una familia con el mismo valor que la articulada por el matrimonio.

A mayor abundamiento, los posteriores Censos de Población y Vivienda consignaban los siguientes resultados, el de 1992 un total de 13.348.401 personas, de la población mayor de 14 años que correspondía a 9.660.357 hombres y mujeres, 3.373.885 se encontraban solteras, 4.899.720 casadas, 537.444 en situación de convivencia, 493.736 en condición de viudez, 324,926 separadas de hecho y 30.656 anulada judicialmente. Mientras que el del año 2002, un total de 15.116.345 almas, de los mayores de 15 años que correspondían a 11.226.309 hombres y mujeres, 5.181.855 estaban casados, 3.883.266 solteros, 994.762 en situación de convivencia, 531.805 separadas de hecho, 584.366 viudos, y 50.255 anulados judicialmente, Por su parte, el último

Censo de Población y Vivienda del año 2012, un 16,2% de los chilenos articula su realidad familiar en torno a la mera convivencia, mientras que el Registro Civil nos indica que en el año 2012 del total de niños nacidos tan sólo tan sólo el 30,27% lo hizo bajo el matrimonio de sus padres, mientras que la gran mayoría, es decir, el 69,73 se materializó sin unión conyugal de sus progenitores<sup>321</sup>, de modo que la masificación de las relaciones concubinarias claramente nos permiten tenerla como parte integrante de la familia chilena.

### 3. La familia en el Código Civil

Nuestro Código Civil no proporciona una definición del término familia, lo anterior debido a su volatilidad y cambios en los contextos sociales e históricos que repercuten en la forma de entenderla o comprenderla, obligando así a adaptar o modificar continuamente los distintos cuerpos normativos que tienen incidencia en ella.

#### 3.1. Matrimonio y régimen patrimonial

Es del caso señalar que en el mensaje del cuerpo normativo que data desde la segunda mitad del siglo XIX, se articula y protege una familia sustentada en el matrimonio y ligada a los postulados eclesiales, En efecto, el mensaje señala: “se

---

<sup>321</sup> Cfr. Instituto Nacional de Estadística.

*conserva a la autoridad eclesiástica el derecho de decisión sobre la validez del matrimonio y se reconocen como impedimentos para contraerlo los que han sido declarados tales por la iglesia católica. El matrimonio que es válido a los ojos de la iglesia, lo es también ante la ley civil, sin que por eso saliese de sus límites racionales el poder temporal cuando negase los efectos civiles a un matrimonio que le pareciese de perniciosas consecuencias civiles y domésticas, aunque la autoridad eclesiástica hubiese tenido a bien permitirlo, por consideraciones de otro orden, relajando a su pesar las reglas ordinarias en circunstancias excepcionales*<sup>322</sup>.

A mayor abundamiento, en aquel entonces se encontraba vigente la carta política del año 1833 que disponía que la religión de nuestro país es la católica, apostólica, romana, con exclusión del ejercicio público de cualquier otra. Lo que se traduciría en la conformación de un aparato normativo privado que gestó una familia sustentada en el enlace conyugal, la autoridad del varón, y diferentes derechos para los hijos dependiendo de su origen o filiación.

En ese orden de ideas, el mensaje refiere: *“conservando la potestad marital, se ha querido precaver sus abusos y se ha mejorado la suerte de la mujer bajo muchos respetos. Si se suprimen los privilegios de la dote y cesa de todo punto la antigua clasificación de bienes dotales y parafernales llevando adelante la*

---

<sup>322</sup> Cfr. Mensaje Código Civil.

*tendencia de la jurisprudencia española, y si la hipoteca legal de la mujer casada corre la suerte de las otras hipotecas de su clase, pues que según el presente proyecto deja de existir y tocará de una vez el término a que las previsiones de la legislatura han encaminado desde el año 1845, en recompensa se ha organizado y ampliado en pro de la mujer el beneficio de la separación de bienes; se ha minorado la odiosa desigualdad de los efectos civiles del divorcio entre los dos consortes; se ha regularizado la sociedad de gananciales; se han dado garantías eficaces a la conservación de los bienes raíces de la mujer en manos del marido*<sup>323</sup>.

Como ya se indicó el Código no define la familia ni destina un libro especial a ella, de este modo se estructura esencialmente sobre el matrimonio, la filiación y otras consecuencias en el derecho sucesorio<sup>324</sup>, por lo que sólo es posible indagar en las distintas instituciones que permitan determinar como se materializa su protección y que tipología es custodiada por el ordenamiento legal.

La primera mención de familia en el articulado inmediatamente nos conduce al matrimonio, ya que el libro primero, título preeliminar, sobre los efectos de la ley, en el artículo 15° dispone que: *“a las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles permanecerán sujetos los chilenos, no obstante su residencia o*

---

<sup>323</sup> Ídem.

<sup>324</sup> TAPIA, Muricio, Código Civil 1855-2005 Evolución y Perspectivas, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005, 102 p.

*domicilio en el país extranjero”, cuyo numeral 2° señala: “en las obligaciones y derechos que nacen de las familias; pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos”.*

Para más adelante, en el artículo 44° en el marco de la descripción de la culpa leve, consignar que: *“el que debe administrar un negocio como buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa”,* y luego al referirse al domicilio civil, en su artículo 65° indicar que: *“este no se muda por el hecho de residir el individuo largo tiempo en otra parte, voluntaria o forzadamente, conservando su familia y el asiento principal de sus negocios en el domicilio anterior”,* lo que se reitera en el inciso segundo en caso de existir destierro o confinamiento.

Lo anterior y la mención al estado conyugal nos traslada al matrimonio, el que en su artículo 102 es definido como: *“un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”.*

La importancia de la institución marital se ve reflejada en el cuerpo legal mediante la construcción de un conjunto de normas protectoras aplicable a los cónyuges entre sí, y por ende a la familia que con éste se gesta, de este modo el artículo 131 dispone que: *“los cónyuges están obligados a guardarse fe, a*

*socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos”.*

No es del caso referirse en detalle a los derechos y obligaciones que emanan del matrimonio, lo que ya han sido tratados latamente en la doctrina nacional, sólo consignar que es el único mecanismo que los activa para dos personas que comparten un proyecto sentimental, afectivo o de vida en común, ya que en ningún caso el cuerpo normativo menciona siquiera tangencialmente una posible unión concubiniaria o de hecho, la única excepción, es el actual artículo 210, luego de las modificaciones introducidas por la nueva ley de filiación, ya que en la caso de haber existido *“entre la madre y el supuesto padre, durante la época en que ha podido producirse legalmente la concepción, servirá de base para una presunción judicial de paternidad”*. Por su parte el inciso segundo indica: *“si el supuesto padre probare que la madre cohabitó con otro durante el período legal de la concepción, esta sola circunstancia no bastará para desechar la demanda, pero no podrá dictarse sentencia en el juicio sin emplazamiento de aquel”*.

De la simple lectura se aprecia que la unión de hecho sólo podría producir eventuales efectos en un juicio de filiación pero jamás activar obligaciones o derechos entre los miembros de la pareja.

Lo interesante del enlace conyugal como principal puerta de ingreso a la familia es el régimen de bienes aplicable, fiel reflejo del patriarcado o del predominio del varón como guía de los intereses económicos de los cónyuges, ya que salvo pacto en contrario, y en conformidad al artículo 135 se dispone: *“por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, y toma el marido la administración de los bienes de la mujer, según las reglas que se expondrán en el título de la sociedad conyugal”*. Misma norma del 1749 que le asigna el carácter de *“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”*.

Es decir, gestiona los bienes sociales, los suyos y los de la cónyuge a excepción de los establecidos en los artículos 150, 166 y 167 del Código en estudio. El primero de ellos referido al desempeño de la mujer *“en un empleo, profesión, oficio o industria, separados de su marido, se considerará separada de bienes respecto del ejercicio de ese empleo y de lo que en ellos obtenga, no obstante cualquier estipulación en contrario”*, Mientas que el segundo cuando *“a la mujer casada se hiciere una donación, o se dejare una herencia o legado, con la condición precisa de que en las cosas donadas heredadas o legadas no tenga la administración el marido”*, y el tercero: *“si en las capitulaciones matrimoniales se*

*hubiere estipulado que la mujer administre separadamente alguna parte de sus bienes”.*

Esta potestad derivada del sistema legal romano se mantiene hasta nuestros días, y si bien puede resultar beneficioso para la mujer, en especial, en la disolución de la sociedad al contemplarse la facultad de renunciar a los gananciales y conservar su patrimonio reservado según lo disponen los artículos 1719 y 1781 a 1785, lo cierto es que salvo manifestación expresa de voluntad, el marido dirigirá los cauces patrimoniales de la unión conyugal, lo que sólo se alterará ante la existencia de un impedimento de larga e indefinida duración, como el de interdicción, el de prolongada ausencia, o desaparecimiento, caso en el cual se designará un curador al marido o a sus bienes, nombramiento judicial que puede o no recaer en la mujer en conformidad al 138 y 1758 del mismo cuerpo legal.

De lo expuesto se puede inferir que la familia se gesta primordialmente por el matrimonio como fuente de derechos y obligaciones recíprocos, cuyo orden económico, salvo pacto en contrario, queda entregado a la custodia del varón, en el orden legal se ha intentado morigerar dicha facultad con la ley 19.335 que introdujo la posibilidad de convenir antes o durante el matrimonio el régimen de participación en los gananciales, en el que cada cónyuge conserva con independencia la administración de sus bienes, sin perjuicio de la distribución



equitativa de las utilidades, siendo un modelo útil cuando ambos desarrollan actividades remuneradas<sup>325</sup>.

### 3.2. Bienes Familiares

Otra de las instituciones que es necesario abordar para el concepto en estudio se refiere a los bienes familiares, incorporado en el Código en estudio por la ya citada ley 19.355, como se desprende de su sola denominación debiere corresponder a los bienes pertenecientes a la familia sirviendo así para determinar los límites de ella.

Esta institución de orden público evidencia la tensión que existe entre el derecho de familia y el individualismo y protección, por una parte la preocupación de asegurar un mínimo asistencial a la familia, y por otra el respeto a la propiedad individual, buscando así superar los inconvenientes prácticos originados en la circunstancia de que en los regímenes patrimoniales los bienes más importantes de la familia (inmueble de habitación), son con frecuencia propiedad de uno de los cónyuges que los administra y dispone con relativa libertad<sup>326</sup>.

El artículo 141 del Código en comento indica que: “*el inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges que sirva de residencia principal de la familia, y los*

---

<sup>325</sup> TAPIA, Mauricio, Ob. cit, 119 p.

<sup>326</sup> Ídem, Ob. cit, 120 p.

*muebles que la guarnecen, podrán ser declarados bienes familiares y se registrarán por las normas de este párrafo, cualquiera sea el régimen de bienes del matrimonio. Con todo la sola interposición de la demanda transformará provisoriamente en familiar el bien de que se trate”.*

De la lectura de la norma se aprecia la necesidad del estado conyugal o matrimonial para hacer efectiva la protección legal, toda vez que no es posible requerirla para una unión de hecho aunque exista descendencia de la misma. Del mismo modo, al no distinguir la norma, puede solicitarse la afectación incluso aunque en dicha propiedad residan otras personas que no guarden vinculación con el grupo familiar principal, sólo es necesario la configuración de los dos presupuestos esenciales exigidos por el legislador, cuales son, el estado matrimonial y que al menos uno de los cónyuges resida en el inmueble.

Considero que más que una protección a la familia es primariamente un resguardo para los cónyuges o estado matrimonial y secundariamente para el grupo familiar, ya que sólo podrá solicitarse en la medida que exista un matrimonio vigente y cuando al menos uno de los cónyuges reside en el inmueble principal, sin importar la descendencia

En este orden de ideas la familia se constituye sobre elementos objetivos, adquiriendo menor importancia la *affectio* o afecto conyugal. En este sentido Pablo

Simonetti, señala que la familia no sería una realidad anterior, sino una construcción sin forma precisa fruto de una decisión individual<sup>327</sup>.

La protección legal que confiere es la prohibición para enajenar o gravar voluntariamente, o celebrar promesas de la misma índole sin la autorización de cónyuge no propietario, misma limitación rige para los contratos de arrendamiento, comodato o cualesquiera otros que concedan derechos personales de uso o goce, la que puede ser suplida por el juez ante imposibilidad o negativa que no se funde en el interés de la familia. También les concede el beneficio de excusión, es decir, la facultad de perseguir el cobro de los créditos, antes que los bienes familiares sobre los de cualquier otra clase, y en el marco de una acción ejecutiva, el juez debe disponer la notificación personal del mandamiento de ejecución y embargo al cónyuge no propietario (artículos 142, 144, 148).

Finalmente en conformidad al artículo 145, la calidad de bien familiar se pierde por solicitud de mutuo acuerdo mediante escritura pública subinscrita al margen de la anotación primitiva, o unilateralmente en caso de no configurarse los requisitos exigidos en el cuerpo normativo, esto es, el estado conyugal y que el inmueble constituya la residencia principal la familia. Así las cosas, aunque existan hijos en común que residan en residan en dicho hogar, si hubiere concluido el matrimonio de sus progenitores por cualquier causa, igual suerte correrá la

---

<sup>327</sup> EL Mercurio Legal [en línea] <<http://blogs.elmercurio.com/columnasycartas/2012/12/30/importancia-de-la-familia.asp>> [consulta 30 Diciembre 2012]

propiedad, lo que no hace sino corroborar la sinonimia que en este punto promulga el Código entre matrimonio y familia, por lo que igualmente puede sostenerse que más que una protección al estado familiar se trata de una cautela hacia la condición de derecho sustentada en la unión conyugal.

### 3.3. Familia y alimentos

Uno de los efectos más importantes de las relaciones de familia corresponde a los alimentos, doctrinariamente se define como *“una obligación que pesa sobre ciertas personas para atender a las necesidades de otras cuando éstos no pueden hacerlo por sí mismos”*<sup>328</sup> constituyéndose en una obligación moral y legal.

Para analizar de mejor forma la extensión y composición de la familia al tenor de este derecho y obligación, es necesario tener presente la situación previa y posterior a la ley 19.585 sobre filiación, la que constituye, sin lugar a dudas, el cuerpo normativo más trascendente en el orden familiar.

#### 3.3.1 La situación anterior a la ley 19.585

Nuestro legislador distinguía entre hijos legítimos e ilegítimos, los primeros correspondían a los concebidos y nacidos durante la unión matrimonial de sus

---

<sup>328</sup> TRONOCOSO, Hernán, Ob. cit, 359 p.

progenitores o aquellos concebidos fuera de ella pero que posteriormente eran legitimados por la unión conyugal, también lo eran los que se encontraban en dicha situación pero cuyo enlace de sus padres fue declarado judicialmente nulo (artículos 179 y 202 )<sup>329</sup>.

Mientras que los ilegítimos podían ser naturales o simplemente ilegítimos. Los naturales eran los ilegítimos a los cuales la ley atribuye el estado civil de naturales respecto del padre o madre que los haya reconocido o cuya paternidad o maternidad haya sido establecida conforme a las reglas del título XII, libro I, antes de la modificación del Código Civil (artículo 270)<sup>330</sup>, lo que se podía materializar mediante una declaración jurada emitida con ese objeto en escritura pública posteriormente inscrita; o por sentencia judicial siempre que se hubiese acompañado un instrumento público o privado en donde conste una manifestación expresa de paternidad o maternidad del progenitor sin lo cual no se daba curso a la demanda; también en caso de posesión notoria de la calidad de hijo por un plazo de a lo menos diez años consecutivos, lo que debía acreditarse con medios probatorios que lo demuestren de un modo irrefragable no bastando la sola prueba testimonial; a su vez detentaban dicha calidad los que hubieren obtenido declaración de maternidad con testimonios fidedignos del hecho de parto e identidad del hijo; y los que hayan sido reconocidos por el supuesto padre bajo

---

<sup>329</sup> Código Civil antes de la reforma introducida por la ley 19.585. en RAMOS, René, Derecho de Familia, 2 ed, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1999, 529-531 pp.

<sup>330</sup> ROSSEL, Enrique, Ob. cit, 257 p.

juramento previa citación judicial, sin que se pudiera ejercer este derecho más de una vez respecto de la misma persona (artículo 271)<sup>331</sup>.

Si se pretendía establecer la filiación basándose en un proceso judicial, sólo podía efectuarse en juicio ordinario seguido contra legítimo contradictor y previa notificación en vida al supuesto padre o madre, por su parte la posesión notoria y la acción por determinación de maternidad no podían ejercerse en contra de persona no divorciada perpetuamente, salvo que el hijo se atribuyere la calidad de natural de la mujer y del marido accionando contra ambos (artículo 272)<sup>332</sup>.

Los simplemente ilegítimos eran aquellos concebido y nacidos fuera del matrimonio de sus padres y que no habían adquirido la calidad de naturales respecto de su progenitor, no obstante lo anterior tenían derechos básicos y muy limitados respecto de sus eventuales padres (artículo 280)<sup>333</sup>.

Como se puede apreciar, la legislación protegía la familia articulada por el vínculo matrimonial haciendo muy difícil el ingreso de otras personas que no fueren producto de la unión de los padres.

---

<sup>331</sup> Ídem. Ob. cit, 257 p.

<sup>332</sup> Ídem. Ob. cit., 257 p.

<sup>333</sup> RAMOS, René, Derecho de Familia, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2 ed. Ob. cit, 531 p.

En ese orden de ideas el antiguo artículo 321 disponía que se deben alimentos: al cónyuge; a los descendientes legítimos; a los ascendientes legítimos; a los hijos naturales y su posteridad legítima; a los padres naturales, a los hijos ilegítimos, a la madre ilegítima, a los hermanos legítimos; y al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada.

Para los efectos de su determinación la ley distinguía entre los alimentos congruos o que habilitan al alimentario para subsistir modestamente de acuerdo a su posición social; y los necesarios que se limitaban a lo requerido para sustentar la vida, a los primeros, sólo tenían derecho la cónyuge, los descendientes y ascendientes legítimos, y los hijos naturales y su posteridad legítima (artículo 323), lo que claramente constituía una diferencia arbitraria en cautela de la familia articulada mediante matrimonio.

A mayor abundamiento los hijos ilegítimos, careciendo del estado civil, sólo podían pedir alimentos cuando se verificaba alguna de las siguientes circunstancias: conjunto de testimonios o antecedentes fidedignos que acreditare de modo irrefragable la paternidad o maternidad; si el presunto padre o madre hubiere contribuido al mantenimiento y educación y se probare del modo previamente indicado; si comprobada la filiación materna se demostrare cabalmente que la madre y el presunto padre han vivido en concubinato notorio pudiendo haberse producido la concepción en éste; si el supuesto padre citado

dos veces a presencia judicial para que bajo juramento reconozca al hijo y no compareciere sin causa justificada; y finalmente si la época de la concepción coincidiera con la violación, rapto o estupro de la madre (artículo 280).

En este orden de ideas, sólo cabe concluir que el legislador estimulaba y protegía la conformación de la familia matrimonial, en efecto, las enormes dificultades para indagar la verdad biológica, sumada a las distintas categorías de hijos va más allá de cualquier denominación verbal, y se caracterizó por la construcción de un aparato legislativo manifiestamente discriminatorio con diversos derechos basados sólo en el origen de su filiación.

### 3.3.2. La situación con posteridad a la ley 19.585

Este fue sin lugar a dudas la más importante reforma en lo referente a la composición de la familia, ya que guiados por los principios del interés superior del niño, la igualdad de los hijos y la libre investigación de la paternidad y maternidad, permitió la modificación de diversos cuerpos normativos que se traducirían en equivalencia de derechos con prescindencia el origen o antecedente de su filiación. De este modo sólo se distingue entre hijos matrimoniales y no matrimoniales y de una obligación alimentaria sin distinción o denominación adicional, comprendiendo los medios necesarios para la alimentación, vivienda,



vestuario, salud, movilización, recreación, enseñanza básica, media y aprendizaje de una profesión u oficio<sup>334</sup>.

De este modo la legislación actual en el artículo 323 del Código en estudio dispone que: *“los alimentos deben habilitar al alimentario para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social. Comprende la obligación de proporcionar al alimentario menor de 21 años la enseñanza básica y media, y la de alguna profesión u oficio. Los alimentos que se concedan según el artículo 332 al descendiente o hermano mayor de 21 años comprenderán también la obligación de proporcionar la enseñanza de alguna profesión u oficio”*

La extensión de la obligación alimentaria nos sirve para determinar el alcance de la familia al tenor de esta obligación legal. Así las cosas el artículo 321 señala que se deben alimentos a: *“1° el cónyuge; a los descendientes; 3° a los ascendientes; 4° a los hermanos; 5° al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada”*

Mientras que el orden para solicitarlos en caso de reunir más de un título es el contemplado en el 326, el que dispone que primeramente se debe acudir al donante para luego seguir la prelación contemplada en la norma previamente citada. Los mismos se entienden durar por toda la vida del alimentario mientras

---

<sup>334</sup> GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz, Ob. cit, 185 p.

subsistan las circunstancias que legitimaron la demanda, sin perjuicio del cese anticipado por injuria atroz o de la pérdida del derecho por abandono de un hijo en la infancia o del establecimiento de la filiación por sentencia judicial con oposición del progenitor. Con todo los que registran como beneficiarios descendientes y hermanos se devengarán hasta que cumplan 21 años o los 28 si estudiaren alguna profesión u oficio, salvo que se extendieren por incapacidad física o mental que les impida subsistir por si mismos o que el juez los considere indispensables para su subsistencia, según se desprende del artículo 332.

A modo de conclusión se puede indicar que en conformidad a la protección jurídica que se proporciona mediante la obligación alimenticia, la familia es aquella que se estructura sobre la base de una posición o estado civil, es decir, se encuentra integrada por los cónyuges, los ascendientes, descendientes y hermanos sin limitación o distinción con respecto a su origen o antecedente, o sea, comprende a todos los hijos independiente de la unión conyugal de sus progenitores y a los adoptados, lo que claramente constituye una protección a la familia de hecho como a la de derecho.

Sin perjuicio de ello, debe excluirse la vinculación existente entre donante y donatario del concepto familia al tenor de la obligación alimentaria, ya que si bien se contempla la posibilidad de solicitar alimentos respecto del primero, ello sólo

puede entenderse en el sentido de generar un equilibrio social debido a la gratitud recíproca de dos personas.

### 3.4. Familia y guardas

Otra de las instituciones que es de utilidad para comprender la extensión orgánica de la familia son las tutelas y curadurías, las que el artículo 338 define como *“los cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que pueda darles la protección debida. Las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores o curadores y generalmente guardadores”*. Los que pueden ser curadores generales en la medida en que se aplique para una administración global respecto de la persona y los bienes del incapaz, de bienes cuando gestionan una masa perteneciente a un ausente, herencia yacente y derechos eventuales de los que están por nacer, adjuntos para que ejerza una administración separada cuando el pupilo se encuentre sometido a patria potestad de padre o madre o curaduría general, y finalmente especial cuando se nombran para un negocio en particular (artículos 343-345)<sup>335</sup>.

---

<sup>335</sup> TRONCOSO, Hernán, Ob. cit, 384-385 pp.

Mientras que los pupilos son los que se encuentran sometidos a ella, pudiendo ser impúberes, menores adultos, pródigos, dementes y sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente (artículos 341, 342, 346).

Las tutelas o curadurías pueden ser testamentarias, legítimas y dativas.

Las testamentarias son las que se constituyen por acto testamentario, pudiendo ser designadas por el padre, la madre (según ejerza la patria potestad) y el donante respecto a los bienes donados (artículos 358 y 360).

Las legítimas las que se confieren por la ley a los parientes o cónyuge del pupilo; y las dativas las que confiere el magistrado (artículo 353).

El artículo 366 expresa que la guarda legítima tiene lugar: *“cuando falta o expira la testamentaria, especialmente cuando es emancipado el menor, y cuando se suspende la patria potestad por decreto del juez”*, el artículo siguiente expresa que los llamados a ella son: primeramente el padre del pupilo; en segundo lugar la madre; en tercer lugar los demás ascendientes de uno y otro sexo; en cuarto lugar los hermanos de uno y otro sexo del pupilo, y los hermanos de uno y otro sexo de los ascendientes del pupilo. Si no hubiere lugar a la tutela o curaduría del padre o madre, el juez, oídos los parientes del pupilo elegirá entre los demás ascendientes, y a falta de ascendientes, entre los colaterales aquí designados, la

persona que le pareciere más apta, y que mejores seguridades presentare; y podrá también, si lo estimare conveniente, elegir más de una, y dividir entre ellas las funciones.

Lo relevante es que contempla la formación familiar por un estado o posición civil articulado mediante el parentesco pero más amplia que la señalada para los alimentos, ya que no sólo son, padre, madre, ascendientes y hermanos, sino que también los hermanos de los ascendientes del pupilo, conformando así la familia extensa, sin discriminar por el estado o condición matrimonial.

Otra norma que no necesariamente refleja composición familiar pero de importancia en el tema a tratar se encuentra en el artículo 368, respecto de la guarda legítima del hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio, la que ha de corresponderle al padre o madre que primero le haya reconocido, y si ambos lo han hecho en un tiempo, al padre, lo que pone fin a una eventual guarda previa salvo en el caso de inhabilidad o legítima excusa del llamado a ejercerla. En caso que la filiación no se encuentre determinada o si se estableció judicialmente con la oposición del progenitor, la guarda será dativa, la que también operará a falta de las otras debiendo el juez oír a los parientes del pupilo en forma previa a su elección (artículos 370 y 372).

Uno de los trámites esenciales para la constitución de toda guarda es el discernimiento o decreto judicial que autoriza al tutor o curador para ejercer su cargo para lo cual se requiere otorgar fianza o caución, la excepción a la misma se encuentra establecida en beneficio del cónyuge, ascendientes y descendientes, respecto de los interinos llamados a servir por poco tiempo en el cargo; también para los que se dan para un negocio particular sin administración de bienes, y finalmente en caso de pocos bienes del pupilo o cuando su guardador fuere una persona de reconocida probidad con facultades para responder de ellos (artículos 373-375). Se requiere también antes de entrar en la administración de los bienes y dentro de los noventa días siguientes al discernimiento la confección de inventario solemne, del cual podrá prescindirse, luego de oídos los parientes del pupilo y el defensor de menores, si se probare que los bienes son exiguos para soportar el gasto, caso en el que se procede mediante un apunte privado con la firma del tutor o curador y tres de los parientes más cercanos (artículos 373, 378, 380).

En este caso podemos apreciar como el legislador exime la realización de ciertos trámites obligatorios fundados la confianza que otorga el parentesco, el que une al pupilo con su guardador mediante la familia amplia o extensa.

En las normas especiales referidas a la curaduría del menor, el artículo 437 confiere a éste la facultad de elegir su guardador, o al juez en subsidio, el cual resolverá oyendo al defensor de menores.

Mientras que el artículo 448 en el caso del disipador dispone que la curaduría se deferirá a las siguientes personas: primero a los ascendientes, salvo en el caso de determinación judicial de la filiación con oposición del mismo o que se encuentre casado con un tercero; segundo a los hermanos; tercero a los demás colaterales hasta el cuarto grado, pudiendo el juez elegir entre cada clase de los mencionados la más idónea. Ningún cónyuge podrá ser curador del otro declarado disipador, lo que se fundamenta en la administración de los bienes (artículo 450).

En el caso del demente según el artículo 462, la curaduría se difiere en primer término al cónyuge no separado judicialmente, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 503, es decir, exige separación total de bienes, en segundo término a los descendientes, en tercer lugar a los ascendientes con las mismas limitaciones ya indicadas respecto a la determinación de filiación, en cuarto término a los hermanos; y finalmente a los demás colaterales hasta el cuarto grado, a falta de todos ellos tiene lugar la curaduría dativa, mismas reglas resultan aplicables para la curaduría del sordo o sordomudo que no puede darse a entender claramente y para los de bienes (artículos 470 y 475).

A su vez, los artículos 502 a 508 contemplan prohibiciones para ser guardador en caso de relaciones derivadas de la familia, tales como el padrastro que no puede ser curador de su entenado. El marido y la mujer con respecto a su cónyuge si están separados totalmente de bienes, exceptuando el caso del

artículo 135, la separación convencional o participación en los gananciales. El hijo respecto de su padre disipador. El que dispute o haya disputado un estado civil. Los acreedores y deudores de una persona, exceptuando los cónyuges, ascendientes y descendientes del pupilo; y finalmente los que profesan religión distinta de la que deba ser o ha sido educado el pupilo, salvo que sea aceptado por los ascendientes o consanguíneos más próximos.

En conclusión las guardas contemplan una familia articulada mediante el parentesco y la descendencia que de ella emana no condicionado al vínculo matrimonial, en algunos casos restringe las personas llamadas a ejercer la curaduría y en otros la amplía según los intereses del pupilo, no obstante ello, se puede colegir que considera un concepto de familia extensa.

### 3.5. El derecho de uso y habitación

Sin lugar a dudas la norma de derecho privado que pareciere describir de mejor modo como se compone una familia es la referida al derecho de uso o habitación, el que se encuentra definido en el artículo 811 del Código en estudio: *“como un derecho real que consiste, generalmente, en la facultad de gozar de una parte*



*limitada de las utilidades y productos de una cosa. Si se refiere a una casa, y a la utilidad de morar en ella, se llama derecho de habitación”<sup>336</sup>.*

Por su parte el artículo 815 del Código Civil, indica que: *“el uso y la habitación se limitan a las necesidades personales del usuario o habitador. En las necesidades personales del usuario o del habitador se comprenden las de su familia. La familia comprende al cónyuge y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o el habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de constitución. Comprende asimismo el número de sirvientes necesarios para la familia. Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivían con el habitador o usuario y a costa de éstos; y las personas a quienes éstos debe alimentos”*

Como ya se indicó en el capítulo segundo de este trabajo la norma claramente dispone que familia es la articulada por el cónyuge y los hijos, respecto de ellos es indiferente que provengan de la unión marital de sus progenitores, precisamente porque se dispone que comprende los que existen al momento de la constitución como los que sobrevienen después, aun cuando el usuario no esté casado.

---

<sup>336</sup> CLARO, Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1979, vol 6, 320-321 pp.

Así las cosas, la norma considera tanto la familia de derecho como la de hecho, es decir, la fundada en el matrimonio como de la simple convivencia, desde luego, en éste último caso en la medida que exista descendencia, ya que si no hay hijos en común sólo se está en presencia de una unión concubinaría, la que civilmente no es objeto de reglamentación legal, y por ende no se reconocen derechos y obligaciones respecto de ella.

El alcance amplio de familia que abarca la relación afectiva articulada por matrimonio y también por la unión de hecho, es defendida por Figueroa, el que como ya se expresó indicaba que el artículo 1° de la Constitución Política de la República y el 815 del Código Civil deben interpretarse armónicamente a la luz del artículo 20 de éste último cuerpo legal, esto es, en su sentido natural y obvio, por lo que al no distinguir que tipo de familia protege el derecho al interprete le está vedado hacerlo, por lo que debe comprender la amparada por matrimonio como la articulada sin dicho vínculo, lo que ya era una realidad evidente en el Chile de comienzos de los años 80 y que tuvo presente la ciudadanía al votar la carta política de la república<sup>337</sup>.

### 3.6. Familia y sucesión por causa de muerte

---

<sup>337</sup> Cfr. Capítulo II de este trabajo y FIGUEROA, Gonzalo, Ob. cit, 69-70 pp.

Otra de las instituciones civiles que es de utilidad para comprender la delimitación de familia se encuentra en el derecho sucesorio. La sucesión por causa de muerte se define como un modo de adquirir el dominio que consiste en la transmisión del patrimonio de una persona que fallece, de una parte de éste o bienes determinados, a otras personas también de determinadas. A través de ello, los herederos adquieren la totalidad o una cuota del patrimonio, siendo titulares del derecho real de herencia, sin perjuicio de ello, ciertos asignatarios pueden adquirir derechos determinados sin que posean el derecho real, sino sólo el dominio de ciertos bienes que se les haya legado o un crédito en la sucesión. Así las cosas se trata de modo de adquirir derivativo, por causa de muerte, gratuito y a título universal o singular<sup>338</sup>.

El artículo 951 y 952 nos indican que se puede suceder a una persona a título universal o singular, el primero tiene lugar cuando se materializa sobre todos los bienes del causante o una cuota de ellos, mientras que el segundo sobre una especie o cuerpo cierto o en una o más especies indeterminadas de cierto género. La sucesión puede ser testamentaria en la medida que exista testamento, o intestada o ab intestato a falta de aquel instrumento.

Nuevamente, al igual que en el caso de los alimentos, debemos distinguir entre la situación previa y posterior a la ley 19.585.

---

<sup>338</sup> ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, Derecho Sucesorio, 2 ed, Santiago, Chile, Abeledo Perrot Legal Publishing, 2010, 23 p.

### 3.6.1. La situación previa a la ley 19.585

En caso de la sucesión intestada, había que distinguir entre el orden regular e irregular, según si el causante era hijo legítimo o natural<sup>339</sup>, respecto del primero de ellos, el antiguo artículo 983 disponía que son llamados a ella: *“los descendientes legítimos del difunto; sus ascendientes legítimos; sus colaterales legítimos, sus hijos naturales; sus padres naturales; sus hermanos naturales, el cónyuge sobreviviente; el adoptado en su caso; y el fisco”*.

El orden de prelación sucesoria regulado en los artículos 988 y siguientes disponía que: los hijos legítimos excluyen a todos los demás herederos, salvo que existieran naturales los que concurrían con los primeros, sin perjuicio de la porción conyugal que corresponda al cónyuge sobreviviente. No obstante lo anterior, los hijos naturales se encontraban en una clara situación discriminatoria, puesto que sólo percibían la mitad la mitad de lo que le correspondiese a los legítimos, y en conjunto con éstos no podían exceder la cuarta parte de la herencia o de la mitad legitimaria en su caso.

Si el causante no había dejado posteridad legítima le sucedían sus ascendientes legítimos de grado más próximo, su cónyuge e hijos naturales, dividiéndose la herencia en tres porciones correspondiendo un tercio a cada uno

---

<sup>339</sup> ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, Ob. cit, 129 pp.

de ellos, a falta de cónyuge o hijos naturales, la masa hereditaria se repartía en dos partes iguales entre ascendientes legítimos e hijos naturales o cónyuge, si no existía cónyuge ni descendencia natural todo pertenecía a los ascendientes legítimos (artículo 989).

A falta de ascendientes legítimos y descendientes, sucedían los hijos naturales, su cónyuge y hermanos legítimos, dividiéndose el haber hereditario en seis partes, tres de ellas para los hijos naturales, dos para el cónyuge y una para los hermanos, no habiendo hermanos legítimos se repartía en mitades iguales entre los hijos naturales y la cónyuge, a falta de cónyuge, la masa partible se dividía en cuatro partes, tres para los hijos naturales y una para los hermanos legítimos, si no había cónyuge ni hermanos legítimos todo correspondía a los hijos naturales, siendo procedente indicar que los hermanos sólo de padre o madre recibían la mitad que los carnales (artículo 990).

Por su parte, si el difunto no tuviese descendencia ni ascendientes legítimos, el haber hereditario se dividía en tres cuartas partes para el cónyuge y el otro cuarto para los hermanos legítimos. A falta de éstos todo correspondía al cónyuge, y a falta del mismo los hermanos legítimos, si no hubiere ninguno de ellos sucedían los colaterales más próximos hasta el sexto grado.

El orden sucesorio contemplaba norma especial en caso que el causante fuese un hijo natural, en esta situación, le sucedían sus hijos legítimos y naturales en la forma descrita en el antiguo artículo 988, a falta de descendencia legítima sucedían los hijos naturales, a falta de ellos, los padres naturales que hubieran reconocido voluntariamente al hijo, a falta de los mismos, los hermanos que fueren hijos legítimos o naturales del mismo padre, madre o ambos, correspondiéndole al carnal el doble de aquel que no reúna esa calidad. En estos casos el cónyuge concurría con los hijos naturales, padres naturales o hermanos, en caso de concurrir con los hijos o padres naturales recibía la mitad de la herencia, y si lo hacía con los hermanos las tres cuartas partes de ella, a falta de ellos todo correspondía al cónyuge (artículo 993).

De lo expuesto es posible apreciar la concepción de familia articulada por el parentesco y el estado conyugal en carácter de amplia, ya que los órdenes sucesorios eran extensos comprendiendo hasta los colaterales al sexto grado, esto es, primos en segundo grado, no obstante lo anterior, los derechos eran distintos dependiendo de la calidad de hijo de las personas llamadas a suceder, ya que aquellos que lo eran fruto de la unión matrimonial de sus padres recibían el doble que los naturales, existiendo de esta forma un claro incentivo y protección para conformar la familia de derecho o derivada del matrimonio, lo que evidentemente se traducía en un perjuicio o menoscabo injustificado a los nacidos

en forma externa al enlace conyugal. Todo ello se era la consecuencia del principio de protección de la familia legítima<sup>340</sup>

### 3.6.2. La situación con posteridad a la ley 19.585

Al igual que lo acaecido con los alimentos, los derechos sucesorios sufrirán un vuelvo sustancial en la órbita familiar, ya que el principio de igualdad de los hijos eliminaría toda diferencia de trato basada en sus orígenes matrimoniales o no matrimoniales, para detallar de mejor forma el cambio legislativo es necesario describir brevemente los órdenes sucesorios en la actualidad, respecto de lo cual, el artículo 983 dispone que son llamados a ella: *“los descendientes del difunto, sus ascendientes, el cónyuge sobreviviente, sus colaterales, el adoptado, en su caso, y el fisco. Los derechos hereditarios del adoptado se rigen por la ley descriptiva”*<sup>341</sup>.

El orden de prelación se encuentra reglamentado en los artículos 988 y siguientes, los que preceptúan que los hijos (personalmente o representados por su descendencia) excluyen a todos los otros herederos, a menos que hubiere cónyuge sobreviviente, el cual concurrirá con aquellos recibiendo una porción equivalente al doble de lo que por legítima efectiva o rigurosa corresponda a cada

---

<sup>340</sup> PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, El Principio de la igualdad en el Derecho Sucesorio, Revista de Derecho Universidad de Concepción: vol (143) 58-109, Marzo 1968.

<sup>341</sup> Cfr. Actual Código Civil.

hijo. En cambio, si hubiere sólo uno un hijo la cuota será la misma para ambos, pero en ningún caso la porción del cónyuge bajará de la cuarta parte de la herencia, o de la cuarta parte de la mitad legitimaria en su caso.

A falta de descendencia sucede el cónyuge sobreviviente y sus ascendientes de grado más próximo, caso en el cual la herencia se divide en tres partes, dos para el cónyuge y una para los ascendientes. A falta de ellos, todo habrá de corresponderle al cónyuge, y, a falta de éste a los ascendientes sin que opere respecto de ellos derecho de representación (artículo 986 y 989).

En caso que no existan descendientes, ascendientes, ni cónyuge, la sucesión ha de corresponder a los hermanos, tanto a los carnales o de doble conjunción, es decir, hijos del mismo padre y madre, como a los de simple conjunción o "*hermanastros*", sin perjuicio de lo cual, éstos últimos sólo reciben la mitad de la porción que hubiere de corresponder al hermano carnal (artículo 990).

A falta de descendientes, ascendientes, cónyuges y hermanos, sucederán al difunto los otros colaterales de grado más próximo, sean de simple o doble conjunción, hasta el sexto grado inclusive, (hasta los descendientes del bisabuelo en común o primos en segundo grado), rigiendo la misma regla de simple o doble conjunción, esto es, los primeros llevan la mitad que los segundos (artículo 992).



Finalmente, falta de todos los herederos precedentemente señalados, sucederá el fisco (artículo 995).

Como se puede apreciar la composición y protección familiar en el orden sucesorio intestado se extiende al cónyuge y otros parientes, es decir, cautela la institución marital y a los hijos o descendientes, pero en el caso de ellos, independiente si son producto de la unión conyugal o simple relación de hecho u ocasional de sus progenitores, todo ello producto de la reforma introducida por la ley 19.585 sobre filiación. La extensión del orden sucesorio, que si bien progresivamente excluye a los parientes más lejanos, nos permite concluir que existe protección a la familia de derecho como a la de hecho, que se extiende en el orden colateral hasta el sexto grado, articulando así una tipología amplia.

Sin perjuicio de lo anterior, continúa vigente el principio de protección de la familia legítima, en la sucesión de los hermanos, ya que como se indicó los llamados *hermanastros* sólo reciben la mitad de porción de los *carnales*, manteniéndose antes y después de la reforma los principios de unidad de la sucesión, por la que se apertura en el momento de su muerte en el último domicilio (artículo 955), la igualdad, por la que no se atiende al sexo ni a la primogenitura (artículo 982)<sup>342</sup>.

---

<sup>342</sup> DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, Principios Sucesorios del Código de Bello y su Estado Actual, Revista de Derecho Universidad de Concepción: vol (219-220) 215-236, Diciembre 2006.

Por su parte sucesión testamentaria es la que tiene lugar cuando está reglada por la existencia de un testamento, definido en el artículo 999 como: *“un acto más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o parte de sus bienes para que tenga efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva”*.

Cabe señalar que la normativa legal se encarga de proteger el vínculo articulado por las relaciones de familia, en términos tales que sólo confiere una libertad relativa al causante para disponer de sus bienes.

En efecto, el artículo 1167 de la norma en estudio contempla que *“asignaciones forzosas son las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas. Asignaciones forzosas son: 1° los alimentos que por ley se deben a ciertas personas; 2° las legítimas; 3° la cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes, de los ascendientes y del cónyuge”*.

Respecto de los alimentos que el difunto ha debido por ley a ciertas personas, gravan la masa hereditaria, menos cuando el testador haya impuesto esa obligación a uno o más partícipes de la sucesión, cuyos asignatarios no estarán obligados a devolución alguna en razón de las deudas del patrimonio del difunto; pero podrán rebajarse los alimentos futuros que parezcan desproporcionados a la

fuerza del patrimonio efectivo. A su vez, si la asignación alimenticia se efectúa en favor de una persona que por ley no tiene derecho a alimentos se imputará a la porción de bienes que puede disponer libremente, misma norma rige respecto de alimentarios forzosos cuando la asignación fuere más cuantiosa de lo que corresponda (artículos 1168-1171).

Sin perjuicio de lo expuesto, sin duda, la norma que con mayor celo custodia las relaciones de familia derivadas del parentesco está constituida por las legítimas, y que el artículo 1181 define como: *“aquella cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios. Los legitimarios son por consiguiente herederos”*. Estos son, en primer lugar los hijos, personalmente o representados por su descendencia; en segundo término los ascendientes, y tercero el cónyuge sobreviviente. Excluyendo a aquellos cuya filiación ha sido determinada judicialmente con oposición del progenitor o del cónyuge que por culpa suya a hubiere dado lugar a la separación judicial, los que concurrirán o serán excluidos y representados según el orden de la sucesión intestada ya referido previamente (artículos 1181-1183).

La custodia de los intereses familiares se efectúa dividiendo la herencia en cuatro partes, la primera de ellas denominada mitad legítima va en beneficio de los asignatarios del mismo nombre, la que puede ser rigurosa o lo que le cupe a cada legitimario en la mitad de los bienes del causante previas deducciones y

agregaciones legales según las reglas de la sucesión intestada. El resto se divide en dos cuartas, la de mejoras y la de libre disposición. La de mejoras es aquella parte sobre la cual el testador puede disponer libremente entre sus descendientes o ascendientes aunque no sean legitimarios, y su cónyuge. Mientras que la de libre disposición es aquella sobre la cual puede disponer a su arbitrio, en caso de no existir pronunciamiento con respecto a ellas o en caso de quedar sin efecto acrece a la rigurosa conformándose la legítima efectiva (artículos 1191 y 1195). No habiendo cónyuge, ascendientes o descendientes el causante carece de legitimarios y puede disponer libremente de la totalidad de sus bienes, existiendo un evidente error de redacción en el artículo 1184 inciso segundo que señala que sólo podría hacerlo con la mitad de ellos.

Entre los medios que contempla la ley para proteger los legitimarios entre si se encuentra la colación o primer acervo imaginario (artículo 1185), el que consiste en imputar o devolver a la masa partible o acervo líquido todas las donaciones revocables e irrevocables en razón de legítimas o mejoras, según el estado en que se hayan encontrado al tiempo de la entrega actualizando prudencialmente su valor a la época de apertura de la sucesión.

En cambio, para proteger a los legitimarios respecto de las donaciones excesivas a terceros o extraños se encuentra el segundo acervo imaginario o colación, el que se manifiesta cuando el valor de todas las donaciones excede a la

cuarta parte de la suma formada por este valor y el acervo imaginario, caso en el cual, los legitimarios pueden solicitar que el exceso se agregue imaginariamente al acervo para la computación de las legítimas y mejoras. Ahora, si el exceso es tal que no sólo afecta la parte de los bienes que el causante ha podido disponer libremente sino que menoscaba las legítimas o la cuarta de mejoras, los legitimarios tienen derecho a que se les restituya lo excesivamente donado mediante la acción de inoficiosa donación, procediendo en contra de los donatarios, en orden inverso a la fecha de las donaciones, esto es, principiando por la más reciente, sin que la insolvencia de uno de ellos grave a los otros (artículos 1186 y 1187).

El análisis en comento sirve de fundamento para consignar que en la sucesión testamentaria el legislador reguló y beneficio a una familia extensa o amplia, limitando la libertad del causante y protegiendo el estado matrimonial, a los ascendientes y sus descendientes con independencia del origen de su filiación, reconociéndole una libertad relativa en la disposición de sus bienes y cautelando la equidad social entre los mismos legitimarios y respecto de terceros con los acervos ya indicados.

Otra figura legal que protege el parentesco y la familia en materia sucesoria es la preterición, la que se manifiesta cuando ha sido pasado en silencio u omitido en un testamento un legitimario, lo que debe entenderse como la institución del

heredero en su legítima, conservando además las donaciones revocables que el testador no hubiere revocado (artículo 1218).

También se puede consignar el desheredamiento o una disposición testamentaria en que se ordena que un legitimario sea privado del todo parte de su legítima, lo que sólo puede tener lugar previa indicación de causal legal, estas son: primero, injuria grave contra la persona, honor o bienes del testador, su cónyuge o cualquiera de sus ascendientes o descendientes; segundo, por no socorrer al testador en situación de demencia o destitución pudiendo hacerlo; tercero, por haberse valido de fuerza o dolo para impedirle testar; cuarto, por haberse casado sin el consentimiento de un ascendiente estando obligado a obtenerlo; y finalmente por haber sido condenado por un delito que merezca pena afflictiva o abandonarse a vicios o haber ejercido granjerías infames, a menos que se pruebe que el testador no haya cuidado de la educación del desheredado. Todas ellas son aplicables a los descendientes, mientras que tratándose de cónyuge o ascendientes sólo por las tres primeras (artículos 1207 y 1208)

Las mismas sólo surtirán efecto mediante indicación expresa en el testamento y previa acreditación judicial en vida del testador, o cuando las personas a quienes interesare el desheredamiento lo probaren luego de fallecido el causante, lo que no será necesario en caso que el afectado no reclame su legítima dentro de los cuatro años siguientes a la apertura de la sucesión, o el mismo tiempo desde que

haya cesado su incapacidad de administrar si al momento de abrirse la sucesión era incapaz (artículo 1209).

Su efecto, salvo expresa mención en contrario, se extiende a las legítimas, asignaciones por causa de muerte y donaciones que haya cursado el testador, pero en ningún caso a los alimentos a menos que haya existido injuria atroz. El desheredamiento puede revocarse total o parcialmente, sin que pueda estimarse tácitamente por reconciliación no siendo posible para el afectado rendir prueba para este hecho (artículos 1210 y 1211).

Nuevamente nos encontramos con acciones que cautelan los intereses de la familia, asignando al silencio del causante el valor de manifestación de voluntad en caso de omisión de un legitimario, y estableciendo condiciones en extremo restrictivas que justifiquen la privación de los derechos que le corresponden en razón de sus vínculos sanguíneos o civiles.

También como resguardo de sus intereses se puede mencionar la acción de reforma de testamento, la que corresponde a los legitimarios o las personas a quienes se hubieren transmitido sus derechos, en caso que el testador no haya respetado las legítimas o mejoras para solicitar la modificación del testamento en todo aquello que les perjudique. La acción se dirige en contra de los asignatarios instituidos y tiene por objeto la legítima rigorosa, efectiva, o la cuarta de mejoras

en su caso, prescribiendo en un plazo de cuatro años contados desde el día en que hayan tomado conocimiento del testamento y su calidad de legitimarios, salvo en caso de no contar con la administración de sus bienes, en cuyo caso el plazo se computará desde que efectivamente la detente (artículos 1216, 1217 y 1220).

No es la misma que la de petición de herencia, ya que ésta tiene por objeto recuperar la herencia cuando esta en manos en otra persona que reclama la calidad de heredero sin serlo, persiguiendo la restitución de las cosas corporales, incorporales con sus respectivos aumentos incluso de aquellas en las cuales era mero tenedor y que no hubiesen regresado legítimamente a sus dueños, aplicándose respecto de los frutos y abono de mejoras las reglas de la acción reivindicatoria (artículos 1264-1266).

En este caso, si el que ha ocupado la herencia se encontraba de buena fe, sólo será responsable de las enajenaciones o deterioros de las cosas hereditarias en cuanto le han hecho más rico, en cambio, si estaba de mala fe lo será por todo el importe de las enajenaciones y deterioros. También, la ley faculta al heredero para que haga uso de la acción reivindicatoria sobre las cosas hereditarias reivindicables que hayan pasado a terceros y no prescritas por los mismos, conservando el derecho para que el que ocupó de buena o mala fe la herencia le complete la porción que por el recurso no haya podido obtener en los mismo términos expresados previamente. La acción prescribe en el plazo de diez años,



sin perjuicio de ello será de cinco años en el caso del heredero putativo a quien se le ha conferido la posesión efectiva de la herencia por decreto judicial o resolución administrativa (artículo 1267-1269).

También podemos señalar como norma protectora de la familia o los herederos el beneficio de inventario, el que el artículo 1247 del Código en estudio define como aquel: *“que consiste en no hacer a los herederos que acepten responsables de las obligaciones hereditarias y testamentarias, sino hasta concurrencia del valor total de los bienes que han heredado”*.

Para que tenga cabida es necesario que el heredero lo reclame, que no haya ejercitado actos que supongan una aceptación tácita, que practique inventario solemne de los bienes y que en el mismo instrumento no haya ocultado bienes o supusiere deudas, si algunos herederos aceptan la herencia con el beneficio y otros no se entiende que todos lo hacen aceptándolo. Es del caso señalar que ello no implica separación de patrimonios sino una limitación de responsabilidad de los llamados a suceder, siendo responsables de culpa leve por la conservación de los cuerpos ciertos que se deban y por el valor de tasación en los demás bienes (artículo 1248, 1252, 1257 y 1260).

En síntesis, el Código Civil regula, ampara y protege una familia articulada principalmente por vínculo matrimonial, ya que en ninguna de sus disposiciones se

refiere a eventuales efectos de una unión de hecho o concubinaria a excepción de la presunción derivada de la reclamación de filiación, corrobora lo anterior la institución de los bienes familiares que exige el estado conyugal para cautelar los bienes raíces y los muebles que la guarnecen.

No obstante lo anterior, reconoce en materia de alimentos, en las guardas y sucesoria por causa de muerte la igualdad de todos los hijos independiente del vínculo que une o ligó a sus progenitores, con ello desliga el matrimonio como fuente de privilegios para la descendencia estableciendo una simetría en la protección familiar articulada por el parentesco.

Todo lo anterior alcanza su máxima expresión en el derecho de uso o habitación al reconocer expresamente que la familia es la articulada por el cónyuge y los hijos, ya sea los que existen al momento de la constitución y los que sobrevienen después, aún cuando no exista vínculo matrimonial, ni haya recocado alguno a la fecha de la constitución, normas que sólo nos permiten concluir el reconocimiento y cautela legislativa hacia una familia de hecho y de carácter amplia.

#### 4. La Familia en la ley de matrimonio civil

Este es el principal cuerpo normativo que regula la familia sustentada en el matrimonio y que en el año 2004 sufrió el cambio más trascendente al reglamentar el divorcio vincular. En es orden de ideas procede describir brevemente cuál era la situación con la antigua ley y la que se materializó al amparo de la modificación.

#### 4.1. La situación antes de la modificación

La antigua ley, vigente desde el 1 de Enero de 1885, no definía la familia ni tampoco hacía mayores alcances con respecto a su composición, sólo se limitaba a regular la composición y disolución del matrimonio, ya definido en el Código Civil.

En ese orden de ideas en su artículo 37 contemplaba que el matrimonio se disolvía por la muerte natural de uno de los cónyuges y por la declaración de nulidad pronunciada por la autoridad competente, el artículo siguiente agregaba también la muerte presunta en la medida que hubiesen transcurrido más de cinco años de las últimas noticias de uno de los cónyuges y tuviere más de setenta años de edad, también en el caso de haber transcurrido más de quince años cualquiera que fuere la edad del desaparecido, o de dos años desde el día presuntivo de muerte en el caso de pérdida de nave o aeronave.

Así las cosas, la voluntad de los cónyuges sólo tenía relevancia para solicitar judicialmente la declaración de nulidad, la que tenía cabida cuando el vínculo se celebraba bajo impedimento o prohibición legal. Lo que se manifestaba cuando existía un matrimonio previo no disuelto, uno de sus integrantes era impúber, existía impotencia perpetua e incurable o imposibilidad de manifestar voluntad de palabra o por escrito y para los dementes (artículo 4).

Asimismo tampoco podían hacerlo entre sí, los ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad, los colaterales por consanguinidad hasta el segundo grado inclusive, el cónyuge sobreviviente con el asesino o cómplice del homicidio de su marido o mujer y el que haya cometido adulterio con su partícipe en dicha infracción durante el plazo de cinco años contados desde la sentencia que así lo establezca (artículo 5-7).

Igualmente adolecía de un vicio de nulidad en caso de existir de error en la identidad de la persona del contrayente, fuerza en los mismos términos de los artículos 1456 y 1457, es decir, grave, injusta y determinante, rapto de la mujer, celebración ante un número inferior de testigos al exigido por ley, y finalmente ante oficial de Registro Civil incompetente (que correspondía al domicilio de cualquiera de los futuros cónyuges), recurriéndose a esta causal de modo fraudulento, la que en caso de existir acuerdo permitía disolver el contrato (artículos 29-33).

La acción de nulidad correspondía a los presuntos cónyuges, a sus ascendientes, al ministerio público y a las personas que hayan tenido interés actual en ella, debiendo impetrarse en vida de los cónyuges, salvo en caso de invocarse un vínculo marital no disuelto la que podía ejercerse dentro del plazo de un año siguiente al fallecimiento de uno de ellos, y en caso de haber sido víctima de error o fuerza sólo a quien fue víctima de aquella. La misma no prescribía exceptuando el caso de los impúberes, imposibilidad de manifestar voluntad, demencia, error y fuerza, la que prescribían en el plazo de un año desde que haya cesado el hecho que las origina (artículos 34 y 35).

La ley contemplaba el divorcio sin disolver el enlace conyugal, ya que sólo suspendía la vida en común de los cónyuges, el cual podía ser temporal o de duración limitada no pudiendo exceder de cinco años, y el perpetuo (artículos 19 y 20).

Las causales para solicitarlo eran múltiples y se contaban el adulterio; malos tratamientos graves de obra o palabra, ser autor o cómplice de perpetración o preparación de un delito contra los bienes, honra o vida del otro cónyuge, tentativa de prostitución del otro, avaricia en términos de privar al otro lo necesario para la vida, negarse a vivir en el hogar común o abandonar el mismo, ausencia por más de tres años, vicio arraigado de juego, embriaguez o disipación, condena por crimen o simple delito, malos tratamientos de obra a los hijos si ponían en peligro

su vida como la tentativa para corromperlos o complicidad en dicha conducta (artículo 21).

La acción sólo le correspondía a los cónyuges, era irrenunciable y no podía deducirse contra el inocente, prescribiendo en un año desde que se tuvo conocimiento de la causal en que se funda (artículos 24-26).

El divorcio y sus efectos cesaban por la reconciliación de los cónyuges exceptuando las causales de tentativa de prostitución o de corrupción de los hijos (artículo 28).

En conclusión, la norma vigente por más de 120 años, apuntaba a proteger la familia basada en el enlace conyugal, en efecto, el extremo celo en la cautela de su integridad impidiendo su término por divorcio, no nos permite sino inferir que familia era sinónimo de matrimonio. Todo lo anterior dio lugar a la recurrente y fraudulenta causal de nulidad fundada en la incompetencia del oficial del Registro Civil, encubriendo una disolución de mutuo acuerdo.

#### 4.2. La familia con la ley 19.947

El giro radical en la óptica de entender la familia se producirá con la aprobación de la ley 19.947 o nueva ley de matrimonio civil, publicada 17 de Mayo de 2004 y

en vigencia desde Noviembre del mismo año. A diferencia de la anterior, si contempla una noción del concepto en estudio, ya que en su artículo primero dispone que: *“la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia”*<sup>343</sup>.

Es decir, reitera los postulados constitucionales sobre la materia ya analizados en su oportunidad incorporando la expresión que el matrimonio es sólo su base principal, de lo que es posible colegir en forma inmediata que no es la única forma de expresión, por consiguiente existen otras manifestaciones que igualmente son familia y que ninguna disposición legal describe, siendo la unión concubinaria o relación de hecho su rostro más concreto, en todo caso, dicha tarea queda entregada al intérprete y a la discusión doctrinaria sobre la misma materia.

Asimismo, eleva el matrimonio a la categoría de derecho esencial inherente al ser humano, debiendo el juez adoptar todas las medidas necesarias que permitan su ejercicio cuando producto de actos de particulares o de autoridad sea negado o restringido arbitrariamente, llamado al sentenciador a resolver todas las materias de familia protegiendo el interés superior de los hijos, del cónyuge más débil y en la preservación de la unión conyugal (artículos 2 y 3).

---

<sup>343</sup> Ley de Matrimonio Civil 19.947.

Se contempla en el artículo 42 el término del matrimonio por muerte natural o presunta y sentencia firme de nulidad o de divorcio.

En caso de muerte presunta se exige el transcurso de diez años contados desde la fecha de las últimas noticias fijada en la sentencia que declara la presunción de muerte, plazo que se reduce a cinco si el desaparecido debiese tener más de setenta años o si su ausencia se debiese a herida grave en la guerra, y a un año en caso de desaparición producto de accidente nave o aeronave, sismo o catástrofe (artículo 43).

A su vez, podrá declararse nulo si es que algún contrayente se encontraba unido mediante vínculo marital previo no disuelto, si fuese menor de dieciséis años, privado de razón por anomalía psíquica fehacientemente diagnosticada que lo incapacite absolutamente para la comunidad de vida matrimonial, los que carecen de juicio y discernimiento para comprender los derechos y deberes esenciales que emanan de la institución y los que no pueden expresar claramente su voluntad de palabra, escrito o lenguaje de señas (artículos 5 y 44 letra a).

Tampoco pueden hacerlo los ascendientes o descendientes entre sí por consanguinidad o afinidad, los colaterales por consanguinidad en segundo grado, el cónyuge sobreviviente con la persona contra la cual se haya formalizado investigación o condenado como autor, cómplice o encubridor del homicidio de su



marido o mujer, el que haya sufrido error sobre la identidad del contrayente o una de sus cualidades personales que atendido los fines del matrimonio haya sido determinante para otorgar el consentimiento, o la víctima de fuerza en los términos de los artículos 1456 y 1457 del Código Civil, y finalmente ante la falta de dos testigos hábiles (artículos 6-8, 44 letra b y 45).

La acción en comento le corresponde a cualquiera de los presuntos cónyuges, salvo en el caso de los menores de dieciséis años la que puede ser ejercida por los ascendientes hasta que alcancen dicha edad, en caso de error o fuerza sólo la víctima del mismo, en caso de matrimonio en artículo de muerte a los herederos del cónyuge difunto, vínculo marital previo al cónyuge anterior o sus herederos, y en el caso de parentesco o del homicidio ya descrito por cualquier persona en interés de la moral o la ley (artículos 46 y 47).

La misma debe impetrarse en vida de los contrayentes salvo los casos contemplados para los herederos, siendo imprescriptible, exceptuando el impedimento de edad en cuyo caso prescribe en un año desde que se alcance la mayoría de edad, si ha existido fuerza o error en tres años desde que hubiese desaparecido el vicio, matrimonio en artículo de muerte o vínculo marital no disuelto en el plazo un año desde el fallecimiento del cónyuge o del enfermo, finalmente si se funda en la falta de testigos prescribe en un año desde la fecha de celebración del contrato (artículo 48).

La sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada que anule el enlace marital retrotrae a las partes al estado en que se encontraban antes de celebrar el vínculo, produciendo los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que lo celebró de buena fe y con justa causa de error, los cuales cesarán en caso de faltar la buena fe por parte de ambos contrayentes. Si sólo uno de ellos obró de buena fe, podrá optar entre la disolución y la liquidación del régimen bienes que hayan tenido hasta ese momento o someterse a las reglas generales de la comunidad, subsistiendo las donaciones o promesas mutuas respecto del mismo como la filiación de los hijos, en este último caso, aunque no haya existido buena fe ni justa causa de error por parte de ningún contrayente, lo que debe acreditarse en el proceso judicial (artículos 50-52).

Al igual que la ley anterior la unidad de la familia de derecho se cautela restringiendo taxativamente las causales para solicitar la nulidad del matrimonio, la diferencia del nuevo cuerpo normativo radica esencialmente en la eliminación de la causal fundada en la competencia del oficial del Registro Civil, ya que hoy en día cualquiera de ellos goza de potestad para celebrar el enlace nupcial.

Sin embargo la gran diferencia se funda en el divorcio como causal para solicitar la disolución del vínculo, es decir, la sola manifestación de voluntad más otros requisitos legales. En ese orden de ideas, se puede distinguir entre el divorcio por mutuo acuerdo, el unilateral y por culpa.

El de mutuo acuerdo o bilateral tiene lugar cuando lo solicitan de consuno ambos contrayentes habiendo cesado su convivencia por más de un año, siempre y cuando acompañen un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos, vale decir, cuidado personal, régimen comunicacional, patria potestad y alimentos (artículos 55 inciso 1 y 2).

El unilateral tiene cabida cuando lo solicita sólo uno de los cónyuges o ante falta de acuerdo en sus materias mutuas, a diferencia del anterior, se exige un cese de convivencia de a lo menos tres años, no obstante podrá ser enervado en caso de existir incumplimiento reiterado de la obligación de proporcionar alimentos al demandado o a los hijos en común pudiendo hacerlo (artículo 55 inciso 3).

Mientras que el por culpa tiene lugar ante una falta imputable al otro, siempre que constituya una infracción grave ante los deberes y obligaciones que impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común. A modo de ejemplo, el legislador indica cuales son esas posibles conductas, entre las que se cuentan, el atentado grave contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de los hijos, trasgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio, siendo el abandono del hogar una forma de ello, condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias, moralidad pública o de

las personas descritos en el Código Penal, conducta homosexual, alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos, y la tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos (artículo 54).

La acción de divorcio corresponde sólo a los cónyuges, salvo la culposa que sólo le compete al inocente, es irrenunciable y no se extingue por el transcurso del tiempo, pudiendo el menor de edad e interdicto por disipación actuar de por sí o por medio de representantes (artículos 56-58).

Los efectos del divorcio judicialmente ejecutoriado son el término a los derechos y obligaciones de carácter patrimonial cuyo ejercicio se funda en la existencia del matrimonio, entre ellos los sucesorios y alimentarios (artículo 60).

No obstante lo anterior, en todo proceso sustanciado por nulidad o divorcio, el artículo 61 contempla una institución nueva ante la pérdida del estatuto protector del matrimonio derivado de la relación de familia, cual es la compensación económica, y que consiste en que uno de los cónyuges debe reparar o compensar el menoscabo patrimonial que el otro ha sufrido al no haber podido desempeñar actividad lucrativa o remunerada, o haberlo hecho en menor medida de lo que

quería y podía, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común<sup>344</sup>.

Puede ser acordada por sus los intervinientes y a falta de ello se deberá pronunciar el juez. Para determinar la existencia del menoscabo y la cuantía del mismo se deberá considerar la duración del matrimonio y la vida en común, la situación patrimonial de ambos, la buena o mala fe, la edad y estado de salud del beneficiario como su situación previsional y de salud, la cualificación profesional, y posibilidades de acceso al mercado laboral como la colaboración prestada a las actividades lucrativas del otro cónyuge, pudiendo ser pagada en una suma de dinero en una o más cuotas, acciones, bienes, derechos de usufructo, uso o habitación (artículos 62-65)<sup>345</sup>.

En caso de no existir bienes para enterar el pago, el juez la dividirá en cuotas en consideración a la capacidad económica del cónyuge deudor expresando el valor en una unidad reajutable, la que se considerará alimentos para su cumplimiento, salvo que se ofrezca otra garantía para su pago lo que se consignará en la sentencia. Finalmente se eleva a condición esencial el deber del sentenciador de informar sobre la posibilidad de ejercicio de este derecho, ya que si no se entabló en la demanda, debe hacerlo presente en la audiencia

---

<sup>344</sup> LEPIN, Cristián, La Compensación Económica, Efecto Patrimonial de la Terminación del Matrimonio, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, 107 p.

<sup>345</sup> LEPIN, Cristián, Ob. cit 121-132 pp.

preparatoria, cuya omisión sería causal de casación en la forma por la omisión de un trámite o diligencia esencial en conformidad al artículo 768 número 9 del Código de Procedimiento Civil (artículos 64 y 66)<sup>346</sup>.

Como se puede apreciar el divorcio pone término a la institución matrimonial, y por consiguiente a la principal forma de constitución de la familia según nos indica el mismo cuerpo legislativo, en ese orden de ideas se buscó cautelar el patrimonio de los ex-cónyuges por medio de la compensación económica, lo que a juicio del suscrito en ningún caso constituye una protección a la familia, sino más bien a los intereses pecuniarios de sus partes, en caso contrario, el legislador hubiese establecido requisitos adicionales o más severos, a los ya señalados de tiempo de cese de convivencia y la cláusula de dureza para dificultar el ejercicio de la acción.

Al igual que la antigua ley se contempla una separación de cuerpos sin disolución del vínculo, ello por medio de la separación judicial, la que tiene lugar si media falta imputable a uno de los cónyuges, siempre que constituya una violación grave de los derechos y obligaciones que impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común, sin que pueda invocarse adulterio cuando existe separación de hecho consentida por ambos contrayentes, la misma acción podrá impetrarse a petición de cualquiera

---

<sup>346</sup> LEPIN, Cristián, Ob. cit 103 y 144-154.

de ellos cuando hubiere cesado la convivencia, la que en caso de ser conjunta obliga a sus interesados a acompañar el acuerdo de relaciones mutuas y respecto de los hijos en los mismos términos exigidos para el divorcio (artículos 26 y 27)<sup>347</sup>.

La acción en comento es irrenunciable y puede solicitarse por vía principal o en el marco de un procedimiento sustanciado por alimentos, régimen comunicacional, cuidado personal, declaración de bienes familiares y violencia intrafamiliar respecto de los cónyuges o de los hijos, debiendo el juez en su sentencia regular todas estas materias, salvo que no procediere, lo que deberá indicar expresamente en su sentencia (artículos 28, 29 y 31).

Una vez ejecutoriada la sentencia que declara la separación los cónyuges. éstos adquieren la calidad de separados que no los habilita para volver a contraer matrimonio, con lo que concluye el régimen de sociedad conyugal o de participación en los gananciales, sin perjuicio de ello, deja subsistentes todos los derechos y obligaciones personales que existen respecto de los hijos y entre ellos, salvo los incompatibles como el de fidelidad y cohabitación que se suspenden, con respecto a los sucesorios, éstos se mantienen, salvo en el caso de culpa (artículos 32-36).

---

<sup>347</sup> TRONOCOSO, Hernán, Ob. cit, 63-64 pp.

La separación judicial concluye por la reanudación de la vida en común reestableciendo el estado civil de casados. En caso de haberse otorgado por culpa, para hacerlo oponible a terceros requiere la revocación de la sentencia judicial que la declaró a petición de ambos interesados y su posterior subinscripción en el Registro Civil. En cambio, si se fundó en el simple cese de convivencia basta un acta extendida ante el funcionario competente de la misma institución quien comunicará lo pertinente al tribunal que conoció del caso (artículos 38 y 39).

La reanudación de la convivencia no revive la sociedad conyugal ni la participación en los gananciales, sin perjuicio de la posibilidad de pactar éste último régimen en conformidad al artículo 1723 del Código Civil, tampoco la posibilidad de solicitar nuevamente la separación siempre que se funde en hechos acaecidos con posteridad a la reconciliación de las partes (artículos 40 y 41).

En síntesis este cuerpo legislativo reconoce expresamente la posibilidad de disolver el matrimonio mediante la declaración de nulidad y del divorcio, en éste caso, sin mayores requisitos que un cese de convivencia relativamente breve. En ese orden de ideas, no podemos considerar que el llamado obligatorio a conciliación del artículo 67 sea suficiente para considerarlo una protección efectiva de la institución, ya que el propósito del legislador fue permitir y facilitar la disolución de los enlaces por la voluntad unilateral o de consuno de las partes.



Además de ello, se indica expresamente que el matrimonio es la base principal de la familia, pero en ningún caso su única forma de manifestación, lo que implica reconocer la existencia de otras formas de constitución, tales como las uniones de hecho o concubinarias, quedando entregado al intérprete el alcance de ellas en conformidad a los criterios descritos en el capítulo segundo de este trabajo.

## 5. La familia en la ley de violencia intrafamiliar

Este cuerpo normativo se encarga de regular y definir que se entiende por violencia al interior de la familia, de este modo, la determinación del sujeto activo y pasivo es de utilidad para apreciar quienes componen una agrupación de carácter familiar. Para ello debemos distinguir entre los dos cuerpos normativos que se han dictado en nuestro país.

### 5.1. La primera ley de violencia intrafamiliar 19.325

La norma fue publicada y entró en vigencia el 27 de Agosto de 1994, la que definió violencia intrafamiliar en su artículo 1° como: *“todo maltrato que afecte la salud física o psíquica de quien, aún siendo mayor de edad, tenga respecto del ofensor la calidad de ascendiente, cónyuge o conviviente o, siendo menor de edad o discapacitado, tenga a su respecto la calidad de descendiente, adoptado, pupilo, colateral consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive, o esté bajo el cuidado o*

*dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar que vive bajo un mismo techo.*

*El que incurra en estos actos, aún cuando no conviva con el grupo familiar, será sancionado en la forma que establece el artículo 4° de esta ley. Se comprenden dentro de estos actos y se regirán por las normas de esta ley, las faltas contempladas en los números 4° y 5° del artículo 494 del Código Penal, si se reúne cualquiera de los elementos señalados en el inciso precedente<sup>348</sup>.*

En conformidad a lo expuesto, es posible inferir que la composición de la familia se encuentra articulada por el matrimonio y la relación de pareja o convivencia, es decir, comprende a la familia de derecho como de hecho, extendiendo sus miembros a los ascendientes, descendientes, adoptados, pupilos, colaterales consanguíneos hasta el cuatro grado o bajo la dependencia o cuidado de alguno de ellos que viva bajo el mismo techo, por consiguiente la noción de familia es *extensa o una amplia de carácter compuesta* que puede reunir a diversas personas aunque no exista vínculo de parentesco entre ellas.

El conocimiento de sus materias quedaba entregado a los tribunales con jurisdicción en lo civil del domicilio del afectado, posteriormente tribunal de familia, iniciándose el procedimiento por denuncia verbal, escrita o por medio de demanda

---

<sup>348</sup> Cfr. Antigua ley de violencia intrafamiliar 19.325, en LÓPEZ, Carlos, Ob. cit, 636 p.

la que podía ser formulada por cualquier persona que tuviese conocimiento directo de los hechos invocados, las partes podían comparecer personalmente o por medio de abogados (artículos 2 y 3 letra a-c).

Recibida la denuncia o demanda el tribunal citaba a las partes a un comparendo dentro de los ocho días hábiles siguientes, debiendo concurrir con todos sus medios de prueba incluyendo testigos respecto de los cuales no existían inhabilidades. El juez estaba facultado para llamar a conciliación y proponer bases de acuerdo, pudiendo adoptar diversas medidas cautelares o precautorias con el objeto de resguardar la seguridad física, psíquica y subsistencia económica del núcleo familiar afectado, entre ellas, prohibir, limitar o restringir la presencia del ofensor en el hogar común o lugar de trabajo de la víctima, ordenar el reintegro al hogar del quien haya sido obligado a abandonarlo, retirar enceres personales, fijar alimentos, regular cuidado personal de los hijos y prohibir celebrar actos y contratos respecto de determinados bienes, las medidas en comento no podían durar más de sesenta días y sólo podía prorrogarse por motivos graves y urgentes, hasta por 180 días en total (artículo 3 letra d-h).

Concluida la recepción de la prueba el tribunal citaba a las partes a oír sentencia resolviendo conforme a la sana crítica, la misma debía dictarse en el acto o dentro de 10 días pronunciándose sobre los hechos invocados y las medidas cautelares, la cual era pasible de apelación y no requería de formalidad

alguna pudiendo interponerse verbalmente siendo resuelta en cuenta por el tribunal de alzada (artículo 3 letra i-k).

Las sanciones para el agresor consistían en la asistencia obligatoria a programas terapéuticos o de orientación familiar por un plazo no inferior a 6 meses; multa a beneficio municipal del equivalente de uno a diez días del ingreso diario y prisión en cualquiera de sus grados, éstas dos últimas podían ser conmutadas por el juez por la medida de trabajos en beneficio de la comunidad, sin perjuicio de las medidas cautelares en beneficio de la víctima, las que en caso de quebrantamiento daban lugar a la instrucción de un proceso criminal por desacato (artículos 4-6).

Finalmente si el hecho denunciado de por sí constituía delito debían remitirse los antecedentes al tribunal competente asignándose al Servicio de Registro Civil la labor de consignar en un registro especial la anotación de las personas condenadas.

De lo expuesto sólo es posible concluir la tardía respuesta del legislador para proteger la familia de los actos de violencia cometidos al interior de la misma, ya que esta ley entró en vigencia en 1994 y sufrió diversas modificaciones posteriores, ello ante la evidente realidad de maltrato físico y psíquico al interior del hogar, la norma en comento resultó especialmente relevante para determinar

que debemos entender por familia, ya que incorporó tanto a la cónyuge como a la pareja de una relación concubinaria, pese a que aún se encontraba en vigencia la antigua ley de matrimonio civil que no permitía el divorcio vincular y la normativa de filiación que distinguía entre hijos legítimos e ilegítimos, sin embargo, otorgaba una cautela igualitaria a los ascendientes, descendientes, colaterales hasta el cuarto grado o personas menores bajo el cuidado o dependencia de cada uno de ellos articulando la familia extensa amplia o compuesta.

No obstante lo señalado, considero que en conformidad al contexto histórico, la concordancia con los demás cuerpos legales vigentes a la época y el objeto legislativo, en ningún caso se pretendió dar a entender que familia es la que se funda en el matrimonio como en la simple convivencia, sino que más bien evitar la consumación de actos de violencia al interior del hogar con las personas residentes, protegiendo y evitando los abusos que en ella se manifestaban.

## 5.2. La actual ley de violencia intrafamiliar 20.066

El actual cuerpo legal fue promulgado el 22 de Septiembre de 2005 y publicado el 07 de Octubre del mismo año, rigiendo conjuntamente con la ley que creó los actuales tribunales de familia, fue consecuencia de una reacción global al creciente fenómeno de la masificación de la violencia al interior de la familia pretendiendo crear un sistema normativo integral que permitiere prevenir,

sancionar, erradicar y proteger a sus víctimas, reconociendo el deber estatal de asistencia por medio del Servicio Nacional de la Mujer (artículos 1-4)<sup>349</sup>.

Al igual que la ley anterior define la violencia como 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 colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente. Indicando que lo es cuando la conducta ocurra entre los padres de un hijo en común, o recaiga sobre persona menor de edad, adulto mayor o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar (artículo 5).

En este caso, a diferencia del cuerpo anterior se amplían los miembros que componen la familia, ya que considera a los ex-cónyuges y ex-convivientes, consanguíneos y afines en línea recta y colateral sin distinguir su edad, como también a los padres de un hijo en común y adultos mayores o menores de edad, reconociendo y protegiendo a la familia *amplia extensa o compuesta*, de lo que se colige la protección de los convivientes incluso del mismo sexo<sup>350</sup>.

---

<sup>349</sup> Cfr. Actual ley de Violencia Intrafamiliar 20.066.

<sup>350</sup> Cfr. Fallo Corte de Apelaciones la Serena, rol 373-2006, capítulo 4° de este trabajo

El cuerpo legislativo señala que los tribunales de familia conocerán las materias que no sean constitutivas de delito en conformidad al procedimiento regulado en la ley 19.968, el que puede iniciarse por demanda o denuncia (artículo 91), y con el sólo mérito de ella adoptar medidas cautelares si estima que se está en una situación de riesgo, lo que puede manifestarse cuando ha existido intimidación de causar daño, alcoholismo, drogadicción, denuncia o condena previa por actos de violencia intrafamiliar, proceso pendiente o condena por crimen o simple delito contra las personas o las familias o la ley de control de armas, antecedentes psiquiátricos o psicológicos que denoten personalidad violenta, oposición violenta a aceptar el término de una relación afectiva. Especial cautela merece la situación de embarazo, discapacidad o condición vulnerable, considerándose riesgo inminente la expulsión, restricción de desplazamiento o relegación de un adulto mayor del hogar cuando sea propietario o poseedor a cualquier título del inmueble que utiliza para residir por parte de las personas descritas en el artículo quinto de la ley (artículos 6 y 7).

Las medidas cautelares podrán consistir en la prohibición al ofensor de acercarse a la víctima, hogar común, domicilio, trabajo o cualquier otro lugar donde permanezca o concurra, entregar los efectos personales si no desea regresar al hogar, fijar alimentos, cuidado personal o régimen comunicacional provisorios respecto de los hijos en común, prohibición de celebrar actos y contratos, prohibir el porte, tenencia o incautar armas de fuego, reservar la

identidad del denunciante, establecer medidas de protección para adultos mayores o discapacitados, las cuales podrán durar hasta 180 días renovables por una sola vez por igual plazo, sin perjuicio de su modificación, limitación o sustitución (artículo 92).

El proceso se sustancia audiencia preparatoria y de juicio, pudiendo concluir por abandono de la causa o sentencia absolutoria o condenatoria (artículo 100), la sanción aplicable al maltrato consistirá en una multa de media a quince unidades tributarias mensuales, la que debe ser enterada dentro de quinto día de notificada la sentencia, salvo prórroga del juez hasta por quince días, su incumplimiento al igual que el de cualquier medida cautelar constituye desacato debiendo remitirse los antecedentes al Ministerio Público, sin perjuicio de la facultad de imponer arresto hasta por quince días. Además de ello, se pueden adoptar medidas accesorias, tales como abandono del ofensor del hogar que comparte con la víctima, prohibición de acercarse a ella, domicilio, lugar de trabajo o estudio, prohibición de porte, tenencia o comiso de armas de fuego, asistencia obligatoria a programas terapéuticos de orientación familiar u obligación de presentarse regularmente ante la unidad policial que determine el juez, el plazo de duración de ellas no puede ser inferior a seis meses ni superior a dos años, pudiendo ser prorrogadas a petición de la víctima si se mantienen los hechos que la justificaron, asimismo en la sentencia se podrán determinar los perjuicios patrimoniales, fijar alimentos definitivos, cuidado personal o régimen comunicacional de los hijos y



otras materias sometidas a conocimiento del sentenciador por las partes (artículos 9-11).

Para estos efectos el Servicio de Registro Civil e Identificación consigna en un registro especial las anotaciones de los condenados como su pena principal y accesoria, a excepción de la asistencia a programas terapéuticos (artículo 12).

Una salida alternativa aplicable en las materias que conocen los tribunales de familia, es la suspensión condicional de la dictación de la sentencia, que tiene lugar cuando el denunciado o demandado reconoce los hechos que se imputan y existen antecedentes que permiten presumir fundadamente que no ejecutará actos similares en lo sucesivo, lo que podrá decretar el juez, si además de lo expuesto, se han establecido y adoptado por las partes obligaciones respecto de relaciones de familia y reparatorio de las víctimas o que el demandado se comprometa a la observancia de una o más de las medidas cautelares previstas en la ley por un lapso no inferior a seis meses ni superior a un año, una vez aprobada se deberá inscribir en los registros especiales del Servicio de Registro Civil, la que se omitirá luego de transcurrido un año cumpliendo satisfactoriamente las condiciones impuestas, en caso de quebrantamiento se establecerá el hecho y se dictará sentencia (artículos 96 y 98).

La suspensión condicional no podrá tener cabida si el tribunal estima conveniente seguir con el proceso, si ha existido denuncia o demanda previa contra el agresor cualquiera que haya sido su víctima, o condena previa por crimen o delito contra las personas, o por alguno de índole sexual establecidos en los artículos 361 a 375 del Código Penal (artículo 97).

En materia de índole penal se contempla el delito de maltrato habitual, consistente en el ejercicio habitual de la violencia física o psíquica respecto de alguna de las personas descritas en el artículo 5°, el cual es punible con la pena de presidio menor en su grado mínimo, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito más grave, en cuyo caso se aplicará sólo pena establecida a éste. Para determinar la habitualidad se atenderá al número de actos ejecutados como la proximidad temporal de los mismos con independencia si recaen sobre la misma víctima, no pudiendo considerarse los procesos anteriores con sentencia penal absolutoria o condenatoria, debiendo evaluar la irreprochable conducta anterior del imputado en conformidad a los antecedentes especiales por actos de violencia intrafamiliar del Servicio de Registro Civil (artículos 13-14 bis).

A su vez, en el marco de la investigación penal puede adoptar las medidas cautelares del artículo 92° de la ley 19.968 o 7° de la 20.066, aún antes formalizarse la investigación, como las accesorias del artículo 9°, siendo la adopción de una de éstas últimas uno de los requisitos para decretar la

suspensión condicional del procedimiento, sin perjuicio de otras medidas aplicables en conformidad al Código Procesal Penal, el incumplimiento de cualquiera de ellas servirá de antecedente para instruir un proceso por desacato, no siendo posible por expresa disposición legal arribar a acuerdos reparatorios en estas materias (artículos 15-19).

Como ya se indicó esta norma tiene una concepción amplia del término familia, ya que busca cautelar al cónyuge, al conviviente, padres de un hijo en común, parientes y no parientes, menores de edad, adulto mayor o discapacitados, en ese sentido su concepción de familia es *amplia, extensa o compuesta*. Cabe señalar que a la fecha de promulgación de este cuerpo legal se encontraba vigente el nuevo texto de matrimonio civil, que indicó expresamente que el estado conyugal es la base principal de la familia, de lo que se colige que no es la única, y también las modificaciones a la condición de los hijos y su igualdad de derechos, por todo ello, a juicio del autor de este trabajo, es posible afirmar que este cuerpo legal considera familia a la de hecho como la de derecho con una concepción amplia o extensa en cuanto a los miembros que la componen.

## 6. La familia en la ley de adopción

Nuestro país ha contado con diversos cuerpos legislativos y numerosas modificaciones a la ley de adopción, por ello resulta necesario describir

brevemente cada una de las mismas, a fin de determinar que tipología de familia protegió y pretende cautelar la autoridad nacional.

### 6.1. La familia en la ley 7.613

Esta norma entró vigente desde el año 1943 hasta 1999 dispuso en su artículo 1° que: *“la adopción era un acto jurídico destinado a crear entre adoptante y adoptado los derechos y obligaciones que establece la presente ley, lo que sólo procederá cuando ofrezca ventajas para el adoptado, sin que la adopción constituya estado civil”*<sup>351</sup>.

En este caso encontramos la primera característica de importancia para el desarrollo de este trabajo, ya que si consideramos familia a las relaciones derivadas del estado civil, no podríamos considerar que éste cuerpo legal incorporase un nuevo miembro a ella.

Sólo podían adoptar las personas naturales que tengan la libre administración de sus bienes, mayores de 40 años de edad y menores de 60 que carecieran de descendencia legítima, y que tuvieran más de 15 años de diferencia con el adoptado, los casados no divorciados no podían adoptar sin el consentimiento de su cónyuge, tampoco el guardador del pupilo mientras no se haya aprobado

---

<sup>351</sup> LARRAÍN, María Teresa, *La Adopción un Análisis Crítico y Comparado de la Legislación Chilena*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1991, 59-72 pp.

definitivamente la cuenta de su administración, y no regía la incapacidad en razón de carecer de la administración de sus bienes para la mujer casada (artículos 2 y 3).

A su vez, disponía que el beneficio de la adopción no podía ser otorgado sino por una sola persona, salvo cuando se trataba de la efectuada por ambos cónyuges, el acto se materializaba por escritura pública, la que posteriormente se inscribía en el Registro Civil del domicilio del adoptado y al margen de su partida de nacimiento con la completa individualización de las partes (artículos 4, 5, 7 y 8).

Para ello se exigía el consentimiento del adoptante y aceptación del adoptado, si éste era incapaz, el consentimiento lo prestaba el representante legal, siendo hijo de familia debían hacerlo ambos padres, si faltaba uno de ellos debía efectuarlo el otro, a falta de representantes le correspondía a un curador especial, todo ello previa autorización judicial con conocimiento de causa y audiencia de parientes proporcionada por el sentenciador del domicilio del adoptado, el cual podía suplir el disenso injustificado de algún pariente (artículos 5, 6 y 10).

No cumpliendo alguna de las formalidades descritas la adopción era nula, igualmente si adolecía de algún vicio del consentimiento como error, fuerza o dolo, pudiendo ser impetrada por todo aquel que tenga interés en ella en el plazo de 4 años desde la fecha de inscripción de la escritura, en el caso de vicio del

consentimiento sólo podía ser ejercida por el que lo sufrió o sus herederos (artículo 11).

El acto no podía someterse a modalidad, tales como condición, plazo o modo, pudiendo oponerse e impugnar el acto los ascendientes legítimos del adoptante y adoptado, y los descendientes legítimos de éste último cuando se contravenía la ley o que el acto no reportaba beneficio para el adoptado en el plazo de un año contado desde la inscripción de la escritura pública (artículo 9 y 12).

El acto producía efectos para las partes y terceros desde la fecha de inscripción de la escritura en el Servicio de Registro Civil, y sólo establecía relaciones entre el adoptante y adoptado pero no entre éstos y la familia del otro, si bien el adoptado se emancipaba de sus padres legítimos y podía tomar los apellidos del adoptante, ello no alteraba la partida de nacimiento sin perjuicio de la notación marginal que daba lugar. A mayor abundamiento, el adoptado continuaba formando parte de su familia conservando respecto de ella todos sus derechos y obligaciones, pudiendo el adoptante ejercer los derechos de los títulos IX y X del libro primero del Código Civil, esto es, derechos y obligaciones recíprocos como la patria potestad y el consentimiento para contraer matrimonio (artículos 13-16).

En esta norma se refleja claramente el sentido del legislador en cuanto a que el adoptado no era considerado un miembro de la familia del adoptante, ya que sólo

generaba relaciones entre ellos, conservando el adoptado sus vínculos jurídicos con su familia de origen, la única posible excepción estaba contemplada en el artículo 30 de la ley que los consideraba parientes para el sólo efecto del artículo 42 del Código Civil, esto es, cuando el cuerpo legal dispone oír parientes.

La cautela legal respecto de los vínculos entre adoptante y adoptado se reflejaba en la obligación de confeccionar inventario respecto de los bienes y deudas de éste último si estaba sujeto a patria potestad, siendo solidariamente responsable el adoptante y el que hubiere prestado el consentimiento en caso de ser necesario por los perjuicios que se siguieren, a su vez, el adoptante no gozaba de usufructo sobre los bienes del adoptado ni remuneración por su administración, y los gastos irrogados por éste eran considerados como los de un descendiente común para los efectos de aplicar las reglas de las obligaciones de la sociedad conyugal, asimismo, la patria potestad del adoptante se suspendía y perdía por las mismas causales aplicable a los progenitores, y los créditos del adoptado contra el adoptante por la administración de sus bienes se consideraban de cuarta clase (artículos 17-21).

En cuanto a las relaciones personales no podían contraer matrimonio entre ellos, o el adoptado con el viudo o viuda del adoptante, éste último si detentaba la patria potestad o guarda del adoptado no podía contraer matrimonio sin practicar inventario solemne de los bienes que administre y sólo en la medida que se

presentare certificado auténtico de nombramiento de curador especial para los objetos antedichos. A su vez, el adoptante podía nombrar guardador por testamento prefiriéndose a los padres legítimos o naturales lo que no producía efectos si al fallecimiento ha expirado la adopción. En el caso de la guarda legítima el adoptante tenía preferencia por sobre los padres legítimos o naturales, mientras que el adoptado sólo asumía la guarda legítima del adoptante después de sus hijos legítimos y naturales, todo lo cual cesaba en caso de expirar la adopción (artículos 27-29).

Uno de los efectos de mayor trascendencia era los alimentarios, ya que existía dicha obligación recíproca entre ellos, considerándose para tales efectos como un ascendiente y descendiente legítimo, aunque al adoptante le sobrevengan hijos legítimos (artículos 22-23).

En materia sucesoria los efectos eran distintos, toda vez que en la intestada del adoptante y en el orden de los descendientes legítimos correspondía al adoptado una porción equivalente a la mitad de un hijo legítimo, en los demás órdenes intestados era considerado hijo natural sin considerarle un legitimario. Mientras que en la testamentaria la asignación efectuada por el adoptante se estimaba bajo condición de conservar la calidad de adoptado al momento de deferírsele, salvo voluntad en contrario del testador. Sólo se le consideraba como hijo legítimo para el pago de la tasa o impuesto que correspondiere y para las indignidades e



incapacidades para suceder como las demás prohibiciones e inhabilidades legales (artículos 24-26 y 31).

Finalmente, el cuerpo legal disponía que la adopción expira por voluntad del adoptado manifestada por escritura pública dentro de un año desde la cesación de su incapacidad; por consentimiento mutuo de adoptante y adoptado mayor de edad que conste en escritura pública; por sentencia judicial que prive de patria potestad al adoptante y que declare la ingratitud del adoptado para con el adoptante, debiendo en este último caso restituirse las donaciones entre vivos. La sentencia judicial que ponga término a la adopción como la que acoja la nulidad o impugnación de la misma o la escritura pública en su caso debían subinscribirse al margen de la partida de nacimiento del adoptado y sólo a partir de esa fecha producía efectos para las partes y terceros (artículos 32-34).

En conclusión, este cuerpo legal no confería estado civil al vínculo entre adoptante y adoptado, más aún no desligaba a éste último de su familia de origen, de modo que podría interpretarse como una medida de protección en beneficio del adolescente o niño, ya que sólo confiere una cautela complementaria que se manifestaba en alimentos similares a los de un hijo legítimo y derechos sucesorios equivalentes a los naturales, por lo que es posible colegir el estado de familia dependerá de la óptica de análisis, en efecto, no la constituye si el estado civil de hijo o el parentesco es el factor determinante, contrario sensu, estamos en

presencia de ella si la consideramos por la *affectio*, sin que adquiriera mayor trascendencia el vínculo marital.

## 6.2. La familia en la ley 16.346

Esta ley del vigente del mes de Octubre del año 1965 hasta Mayo de 1988 contemplaba la legitimación adoptiva, la que era definida, en su artículo 1 como aquella que: *“tiene por objeto conceder el estado civil de hijo legítimo de los legitimantes adoptivos con sus mismos derechos y obligaciones en los casos y con los requisitos que se establecen en esta ley”*<sup>352</sup>.

Sólo podían legitimar adoptivamente los cónyuges con cinco o más años de matrimonio, mayores de 30 años y no más de 65, con 20 años más que el menor y que hubieren tenido a éste bajo su tuición o cuidado personal por un término no inferior a dos años, plazo que se aumentaba a 4 años en caso de ser el legitimado mayor de 7 años de edad. También podían efectuarla los cónyuges cuyo matrimonio hubiere sido disuelto, siempre que exista conformidad de ambos y de los actuales cónyuges si estuvieren unidos mediante nuevo vínculo marital. Asimismo, podía efectuarlo el viudo o viuda, siempre que se acreditare que el fallecido tenía la intención de hacerlo, lo que debía probarse por un conjunto de testimonios que lo acreditaran de modo irrefragable, o instrumento público o

---

<sup>352</sup> Ley sobre Legitimación Adoptiva 16.346.

privado en el cual conste la intención manifiesta para perseverar en el acto, emanados a lo menos con un año desde la fecha de fallecimiento y cuya tramitación debía iniciarse en igual plazo desde la fecha de muerte (artículo 2).

A su vez, aquellos que tuvieren descendencia legítima no podían legitimar adoptivamente a más de dos menores, salvo en caso de fallecimiento de alguno de ellos, caso en el que podían legitimar a uno o dos más, limitaciones que no regían tratándose de los hijos naturales de uno o ambos cónyuges (artículo 2).

En cuanto a las condiciones del legitimado adoptivo, sólo podían serlo los menores de 18 años que se encontraban abandonados, los huérfanos de padre y madre, los que fueren hijos de padres desconocidos, los hijos de cualquiera de los cónyuges, los internados en instituciones públicas o privadas de protección de menores cuyos padres no demostraren verdadero interés en ellos, presumiéndose tal situación por no proporcionar sus progenitores atención personal o económica por dos años si son menores de 7 y cuatro si son mayores a dicha edad (artículo 3).

La legitimación debía constituirse por sentencia judicial a petición escrita de los adoptantes, y sólo procedía cuando se materializaban las circunstancias precedentemente descritas y ofrezca ventajas para el menor, siendo competente el antiguo juez de letras de menores del domicilio de los legitimantes tramitándose

conforme a lo dispuesto en la antigua ley de protección de menores. El sentenciador debía verificar el cumplimiento de los presupuestos invocados, pudiendo decretar de oficio todas las diligencias que estime necesarias, en especial, el provecho del menor y el abandono de sus progenitores, eventualmente podía oír a éstos y siempre a la institución de acogida, siendo un antecedente grave a favor del proceso el reunir el carácter de hijo adoptivo en conformidad a la ley 7.613 (artículos 4, 6 y 7).

La sentencia que negaba y accedía a la petición era apelable en alzada, en caso de ser favorable al acto sólo podía apelar el defensor público, y la corte correspondiente ponderaba los antecedentes en conciencia sin ulterior recurso en su contra. En caso de ser dos los legitimados si su diferencia de edad era inferior a 180 días, la sentencia debía precisar que las fechas de nacimiento tuviesen a los menos el plazo referido (artículos 7 inciso final y 8 inciso final).

Una vez ejecutoriada la sentencia que acogía la petición debía inscribirse en el Registro Civil del domicilio de los legitimantes adoptivos, ordenando además la cancelación de la inscripción de nacimiento del legitimado adoptivo, la destrucción de su ficha individual y de todo antecedente que permitiese su identificación, cumplido y certificado lo anterior, los autos orinales eran custodiados en sección separada del Archivo Nacional (artículos 8 y 9).

Los efectos para las partes y terceros se producían desde la inscripción, siendo todas las actuaciones administrativas y judiciales gratuitas sin impuesto arancelario, y desde luego secretas y punibles en conformidad a la violación de secreto establecida en el artículo 244 del Código Penal (artículos 10 y 11).

El efecto en caso de acogerse la solicitud consistía en la caducidad total de la filiación anterior, a excepción de los impedimentos para contraer matrimonio establecidos en la ley de Matrimonio Civil y en la misma ley de Adopción. Por su parte, sólo el legitimado adoptivamente podía impetrar derechos patrimoniales que eventualmente le correspondieren de su filiación anterior, tales como alimentos o hereditarios, sin más limitación que el respeto a los derechos que ya se hubieren incorporado al patrimonio de otras personas, los padres legitimantes no tenían prerrogativas sucesorias, administrativas o de usufructo sobre éstos. Finalmente, la legitimación tenía el carácter de irrevocable, sin perjuicio que el legitimado podía pedir la nulidad por fraude o dolo en la constitución de la filiación, cuya prueba debía apreciarse en conciencia (artículos 5 y 12).

De lo expuesto es posible colegir que esta ley producía el desarraigo de la familia de origen constituyendo un nuevo estado civil respecto del adoptado, es decir, generaba la incorporación del menor a un nuevo grupo humano en busca de protección en la mayor medida de lo posible, considerando como familia a la articulada por la relación conyugal y el parentesco civil de hijo. Es del caso señalar

que el vínculo sanguíneo no tenía mayor trascendencia, precisamente porque el cuerpo legislativo los consideraba como hijos legítimos de sus progenitores luego de regular una situación de hecho con independencia de su origen biológico. Así las cosas, a la luz de este cuerpo legal familia es la conformada por un estado civil y la *affectio* sin condicionarlos al vínculo biológico que une a sus miembros.

### 6.3. La familia en la ley 18.703

Este cuerpo normativo vigente desde el año 1988 hasta 1999 distinguía entre la adopción simple y plena, la primera de ellas sólo establecía un conjunto de derechos y obligaciones entre adoptante y adoptado, mientras que la segunda concedía al adoptado el estado civil de hijo legítimo (artículo 1)<sup>353</sup>.

#### 6.3.1. La adopción simple

Este tipo de adopción sólo podían llevarla a efecto las personas naturales mayores de edad y plenamente capaces, no regía la incapacidad de la mujer casada en razón de carecer de la administración de sus bienes y los casados no divorciados requerían el consentimiento de su respectivo cónyuge (artículos 5 y 7).

---

<sup>353</sup> Ley sobre Adopción de Menores 18.703.

Únicamente podían ser adoptados los menores de 18 años de edad que se encontraban en necesidad de asistencia, protección y que carezcan de bienes al momento de su adopción o que los mismos consistieran en prestaciones derivadas de seguridad social, lo que era calificado por el juez. Asimismo, el adoptante debía ser a lo menos 15 años mayor que el adoptado y haber ejercido el cuidado personal de éste por a lo menos seis meses ininterrumpidos (artículos 5 inciso final, 6 y 8).

El acto se materializaba por medio de sentencia judicial, la que debía cumplir con los requisitos del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, debiendo subinscribirse al margen de la partida de nacimiento del menor para producir efectos legales, siendo competente para ello el juez letrado de menores del domicilio del adoptante, el que debía resolver oyendo a los padres de menor en la medida que fuese posible y conforme a los intereses del adoptado (artículos 9-11 y 12).

El gran efecto de esta forma de adopción era que no constituía estado civil, sin perjuicio de ello, el adoptante debía mantener al adoptado en su hogar y sufragar sus gastos de alimentación, crianza, educación básica y una profesión u oficio, suspendiéndose la patria potestad de los padres legítimos y la eventual guarda. A su vez, debía mantenerlo como carga para la asignación familiar y otros beneficios derivados de salud o seguridad social, no obstante ello, el efecto más importante

para el desarrollo de este trabajo se encontraba contemplado en el inciso final del artículo 13 que disponía: *“sin perjuicio de lo dicho el adoptado continuará formando parte de su familia de origen y conservará en ella sus derechos y obligaciones* (artículos 12, 13 y 16).

Por este acto el adoptante ejercía los derechos y obligaciones contemplados para los padres legítimos, entre ellos, el cuidado, crianza, patria potestad y consentir en el matrimonio del menor de edad, careciendo de cualquier usufructo legal o remuneración por los bienes que adquiriese el adoptado con posteridad a la adopción, incluso aunque el título fuere previo a la misma. Del mismo modo, si el adoptante contraía nuevo matrimonio debía someterse a las formalidades previstas para las segundas nupcias, incluyendo la confección de inventario solemne de los bienes que le correspondiesen al menor, siendo responsable y presumiéndose la culpa por todos los perjuicios que la omisión irroque (artículos 14, 15 y 17).

Entre las limitaciones legales de carácter recíproco se pueden mencionar la de contraer matrimonio entre adoptante y adoptado, o de éste último con el viudo o viuda del primero, por su parte, el juez que conoció la adopción debía autorizar cualquier salida del país del menor (artículos 18 y 19).



Finalmente esta adopción expiraba por la mayoría de edad del adoptado; por sentencia judicial dictada por el tribunal que se pronunció sobre ella, de oficio o a petición de parte, cuando se hayan perdido las finalidades que se tuvieron para otorgarla, especialmente en caso de maltrato, depravación o incapacidad física permanente del adoptante; pudiendo concluir también por adopción del menor en conformidad a la ley 7.613 o por la adopción plena de este mismo cuerpo legal (artículo 20).

En síntesis, este tipo de adopción no constituía estado civil, a mayor abundamiento la misma norma indicaba que el adoptado seguía perteneciendo a su familia de origen, por lo cual, sólo cabe concluir que su objeto era extender una protección legal a un menor, de este modo al igual que la ley 7.613 la óptica de análisis de la familia estará condicionada al estado civil o *affectio* como factores determinantes.

### 6.3.2. La adopción plena

La ley indicaba que sólo podían llevarla a efecto los cónyuges no divorciados con cuatro o más años de matrimonio, mayores de 25 y menores de 60 años, con 20 o más años de diferencia que el adoptado y que hubiesen tenido el cuidado personal o tuición del menor por a lo menos un año ininterrumpidamente, los que podían ser prudencialmente prescindidos por el juez o rebajarlos hasta por 5 años,

los cuales no eran aplicables en caso de ser uno de los interesados ascendiente consanguíneo del adoptado (artículo 21)<sup>354</sup>.

También podían adoptar el viudo o viuda si ambos hubiesen iniciado el trámite en vida de ambos cónyuges cuando cumplieren con los demás requisitos legales, o cuando el cónyuge difunto hubiere manifestado su voluntad de conceder ese beneficio conjuntamente con el sobreviviente, siempre que la tramitación se haya iniciado al año siguiente al fallecimiento. La voluntad debía constar en instrumento público, testamento o un conjunto de testimonios fidedignos que lo establezcan de un modo irrefragable no bastando la sola prueba testimonial, y siempre que hayan tenido la tuición o cuidado personal del menor por a lo menos un año, plazo que podía ser modificado justificadamente por el juez, en estos casos se entendía efectuada por ambos cónyuges (artículo 22).

También podían ejercerla los cónyuges de un matrimonio disuelto, siempre que exista conformidad de ambos y del actual cónyuge si hubiese contraído nuevo vínculo marital, cuando al tiempo de la disolución el menor haya completado a lo menos un año bajo la tuición o cuidado de los adoptantes más los otros requisitos legales (artículo 23).

---

<sup>354</sup> LARRAÍN, María Teresa, Ob. cit, 190-200 pp.

Sólo podían ser adoptados los menores de 18 años de edad, cuando se encontraban en caso de orfandad de padre o madre, fueren de filiación desconocida, en situación de abandono, o sean hijos de cualquiera de los adoptantes, todo ello en la medida que fuese ventajoso para el adoptado. Para estos efectos, se entendía por abandono la exposición o desamparo permanente del menor, dejándole en situación de subsistir sólo auxiliado por terceros; también lo eran los que se encuentran bajo el cuidado de instituciones públicas o privadas de protección cuando sus padres lo hayan entregado con el propósito de liberarse de sus obligaciones, presumiéndose tal situación cuando la tuición se haya entregado judicialmente a terceros distintos de los padres y ello hubiere durado un año o 6 meses si el niño tuviese menos de 2 años; y aquellos que no obstante estar bajo el cuidado legal de sus padres u otras personas, no hayan sido objeto de atención personal, afectiva o económica durante el plazo de un año o de 6 meses si el niño tuviere menos de 2 años (artículos 24 y 25).

El procedimiento judicial estaba a cargo del juez de menores del domicilio de los adoptantes, debiendo ser suscrito por los interesados en presencia del secretario del tribunal que debía certificarlo, se debía acompañar copia íntegra del acta de nacimiento, si ello no pudiese acreditarse, el juez ordenaba que se procediere a la inscripción en el Registro Civil, sin lo cual no podía dar curso a la solicitud (artículo 26).

Una vez recibida la solicitud se daba cuenta personalmente a los padres del menor, guardadores o personas que pudiesen alegar derechos, en caso de no ser conocidos su identidad o domicilio, el juez podía disponer su notificación por medio de la publicación de dos avisos en un diario de circulación nacional en días distintos, entre los cuales debía mediar un plazo de a los menos cinco días, los que eran redactados mediante extracto por el secretario del tribunal omitiendo la identidad de los solicitantes y entendiéndose practicada con la publicación del último de ellos, en caso de imposibilidad de notificar por las causales señaladas, podrá llevarse a efecto en la forma que disponga el juez, considerándose la rebeldía por el solo ministerio de la ley, sin necesidad de posterior notificación de la resoluciones que se dicten (artículo 27).

Los padres o personas que podían alegar derechos respecto del menor tenían un plazo de 15 días hábiles desde la notificación para exponer sus argumentos, una vez vencido, el tribunal procedía a recibir la causa a prueba en la forma prevista para los incidentes. El juez apreciaba los antecedentes en conciencia comprobando la efectividad de los hechos en que se funda la solicitud, el estado de abandono, el desinterés de los padres y el provecho del acto para el adoptado. Se consideraba antecedente favorable la previa adopción simple o en conformidad a la ley 7.613 (artículos 28 y 29).

Concluido el término probatorio y de las diligencias señaladas se dictaba sentencia la que se notificaba por cédula a los interesados, en caso de acoger la solicitud procedía el recurso de apelación en el sólo efecto devolutivo, el que gozaba de preferencia para su vista tramitándose conforme a las reglas previstas para los incidentes. En caso de carecer los solicitantes del cuidado personal o tuición judicialmente declarada, la sentencia debía concederlo provisionalmente por el plazo de un año lo que producía el cese de cualquier medida de protección dictada por algún tribunal (artículos 30-31).

La sentencia debía cumplir con los requisitos del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, ordenando oficiar a la Dirección General del Servicio de Registro Civil o cualquier otro organismo público o privado solicitando el envío de la ficha individual del adoptado para su incorporación en autos, la remisión de los antecedentes a la misma institución para la practica de una nueva inscripción de nacimiento como hijo legítimo de los adoptantes los que la requerían en la oficina de su domicilio. Si la diferencia de edad entre adoptante y adoptado era inferior a 270 días la sentencia debía cuidar que se cumpliera dicho requisito, lo mismo era aplicable respecto de ser varios los adoptados y los demás hijos que tuvieran los adoptantes, salvo que los intervinientes hubiesen renunciado a la reserva del proceso. Finalmente se cancelaba la primitiva inscripción de nacimiento del menor (artículos 32-35).

Los efectos de esta forma de adopción una vez inscrita en el organismo competente consistía en hacer caducar los vínculos de la filiación de origen del adoptado en todos sus efectos civiles, con la salvedad de los impedimentos para contraer matrimonio establecidos en la ley de Matrimonio Civil, el acto era irrevocable sin perjuicio de la posibilidad de solicitar la nulidad en juicio ordinario si había sido obtenida fraudulentamente, siendo competente para conocer dicha acción el juez letrado con jurisdicción en donde se tramitó la adopción (artículos 36-38).

De lo expuesto es posible sostener que esta forma de adopción, a diferencia de la anterior si constituía estado civil incorporando al niño a un nuevo grupo familiar caducando cualquier vínculo con su origen biológico, en términos tales que la protección al niño se funda en la búsqueda de una agrupación que confiera el mayor bienestar físico, mental, espiritual y material, prefiriéndose para ello a los cónyuges o la familia de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto para la viudez. Así las cosas, la preferencia y protección legislativa estaban centradas en la institución matrimonial, lo que no significaba una prerrogativa para sus miembros sino la búsqueda del interés superior del niño. Del mismo modo el concepto de familia no estaba articulado por el parentesco o vínculo sanguíneo sino por el deseo de construir la misma o la *affectio*, ya que precisamente el niño no necesariamente guardaba vínculo biológico con los solicitantes, no obstante ello,

recibía el mismo trato legal que un hijo legítimo, es decir, mayor protección y derechos que la antigua descendencia natural.

#### 6.4. La familia en la actual ley 19.620

Este cuerpo normativo indica que el programa de adopción es el conjunto de actividades tendientes a procurar al menor una familia responsable, cuyo objeto es velar por el interés superior del adoptado, amparando su derecho a vivir y desarrollarse en una familia que le brinde afecto y los cuidados espirituales y materiales cuando ello no pueda ser proporcionado por la de origen, entendiéndose por ella a los ascendientes y consanguíneos hasta el tercer grado en línea colateral cuando la filiación estuviere determinada. La misma confiere el estado civil de hijo respecto de los adoptantes en conformidad a los requisitos que establece la ley (artículos 1 y 7)<sup>355</sup>.

De la simple lectura del artículo inicial se aprecia la importancia de la conformación de la familia como institución de protección y resguardo, lo que es elevado a escala legal.

Mientras se sustancia el procedimiento el juez debe considerar fundadamente las opiniones del niño en función de su edad y madurez, en caso de los menores

---

<sup>355</sup> Ley sobre Adopción de Menores 19.620.

adultos, es menester su consentimiento, el que debe ser manifestado expresamente en relación con la posibilidad de ser adoptado y en el curso del procedimiento judicial. En caso de negativa, el juez debe dejar constancia de las razones que invoque el menor, el cual, excepcionalmente, por motivos fundados en el interés superior de aquel podrá disponer que prosiga el procedimiento, el que se sustancia en conformidad a ésta ley y en lo no previsto por ella en la 19.968 que crea los tribunales de familia (artículos 2 y 3).

El Servicio Nacional de Menores y demás organismos acreditados ante éste, tales como corporaciones y fundaciones cuyo objeto sea la asistencia y protección de niños con debida e idónea asistencia técnica y profesional podrán intervenir en el programa de adopción, solicitudes que pueden ser concedidas, denegadas, suspendidas o revocadas fundadamente por el Director Nacional del servicio, resolución que es reponible ante la misma autoridad y subsidiadamente pasible de recurso jerárquico por intermedio del Ministerio de Justicia ante el Presidente de la República en un plazo de 30 días contados desde la notificación que la motiva. Estas instituciones podrán hacerse parte en defensa de los derechos del menor, facultad que podrá ejercerse hasta que surta efectos la adopción, y con posteridad sólo respecto de la nulidad del mismo juicio. El servicio en comento deberá llevar un registro de personas interesadas en la adopción de un menor, en el que distinguirá entre las personas que tengan residencia en el país y en el extranjero, y otro registro en el que consignará las personas que pueden ser adoptadas, la



omisión de un menor de edad en los mismos no obstará al proceso si se cumplen los demás requisitos legales (artículos 4-6).

El texto legal indica que sólo pueden ser adoptados los menores de 18 años, cuando se encontraren en alguna de las 3 situaciones descritas por el legislador: a) cuando sus padres no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de ellos expresando dicha voluntad ante juez competente; b) cuando sea descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes; y c) cuando haya sido susceptible de ser adoptado por resolución judicial de tribunal competente (artículo 8).

En el primer caso, o sea, por manifestación de voluntad de voluntad de los progenitores, el procedimiento se inicia con dicha declaración, efectuándose audiencia preparatoria entre el 10 y 15 día posterior a la presentación de la solicitud, debiendo los interesados ser informados acerca de la existencia de un plazo de 30 días para retractarse de lo señalado a partir de la fecha de manifestación. Si el requerimiento hubiere sido deducido sólo por uno de los progenitores, el juez ordenará la citación del otro, bajo apercibimiento que su rebeldía hará presumir la voluntad de entregarlo en adopción, la citación se notificará personalmente si hubiere domicilio conocido, de no ser así, se pedirá al Servicio Electoral y Registro Civil para que dentro de 5 días informen el último de ellos que figure en sus documentos. En caso de no establecerse o de no ser

habido en el informado, la notificación se efectuará por medio de aviso publicado gratuitamente en el diario oficial el día 1 o 15 de un mes o al hábil siguiente si fuere feriado (artículo 9 numeral 1 y 2).

El tribunal deberá acreditar que los progenitores no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo del hijo, lo que se entenderá comprobado con un informe presentado en audiencia por los organismos acreditados para intervenir en el proceso y que patrocine al padre o madre compareciente, de no mediar asesoría letrada el juez ordenará la emisión del citado informe. En caso de fallecimiento o impedimento de manifestar voluntad del progenitor que no hubiere deducido la solicitud, se estará a la sola declaración del interesado, lo mismo ocurrirá cuando no se dedujere oposición, pudiendo el tribunal resolver de inmediato si se cuenta con el informe requerido previo transcurso del plazo de retractación (artículo 9 numeral 1 y 4).

La audiencia de juicio se lleva a efecto dentro de los 15 días siguientes a la preparatoria, salvo que se encuentre pendiente el plazo de retractación, caso en el que se llevará a efecto dentro de los 5 días posteriores a su vencimiento, cuyo desarrollo no podrá suspenderse o decretarse su continuación en otras sesiones fundado en que hasta el día de realización no se hayan recibido los informes u otras pruebas decretadas por el tribunal. La sentencia definitiva se notificará personalmente a los comparecientes a la audiencia, en caso contrario, por cédula

en el domicilio que se haya indicado en el tribunal, la que una vez ejecutoriada es puesta en conocimiento del Servicio Nacional de Menores (artículo 9 numeral 5 y 6).

Este procedimiento también se puede iniciar antes del nacimiento del niño sólo cuando sea patrocinado por Sename o algún organismo acreditado, en cuyo caso se efectuará el trámite estando pendiente sólo la ratificación de la madre lo que deberá materializarse ante el tribunal dentro de los 30 días siguientes a la fecha de parto, luego de lo cual se efectuará audiencia de juicio dentro de los 5 días siguientes. Desde luego no puede existir apremio alguno, si no lo hiciera se entiende desistida la decisión (artículo 10).

En el segundo caso contemplado en el artículo 8, es decir, cuando uno de los cónyuges que desean adoptar es el padre o la madre, podrá procederse directamente con la adopción, salvo que el hijo haya sido reconocido por ambos padres o tenga filiación matrimonial, en cuyo caso, se requerirá del consentimiento del otro progenitor. A falta de éste o en caso de oposición, se requerirá iniciar un proceso previo de declaración de susceptibilidad, igual situación se verificará en caso que el solicitante fuese un ascendiente consanguíneo y algún progenitor se opusiere (artículo 11).

Mientras que en el tercer caso del artículo 8, o sea, la declaración judicial de susceptibilidad de adopción, procederá cuando la filiación del niño esté o no determinada, y su padre y/o madre o personas que lo tengan bajo su cuidado se encuentren inhabilitados física o moralmente para ejercer el cuidado personal en conformidad al artículo 226 del Código Civil; o no le proporcionen atención personal o económica durante dos meses o treinta días si el menor tuviese menos de un año; o lo entreguen a instituciones públicas o privadas de protección de menores o terceros con ánimo manifiesto de liberarse de obligaciones legales, presumiéndose la voluntad de entregarlo en adopción cuando no lo visiten en el plazo ya indicado, en caso de abandono en vía pública, hospitales o lugares solitarios y cuando la entrega no obedezca a causa justificada que lo haga más conveniente para los intereses del niño, todos aquellos que reciban a un menor en tales circunstancias deberán informar al juez competente del hecho en comento, es importante indicar que la falta de recursos económicos no es causal suficiente para acceder a la susceptibilidad (artículo 12).

Este procedimiento se iniciará de oficio por el juez a solicitud del Servicio Nacional de Menores o de las personas naturales, estas últimas deberán acompañar el certificado que los acredite idóneos como padres adoptivos, también pueden hacerlo las personas jurídicas o instituciones públicas o privadas que tengan bajo su cuidado al menor, las que deberán comparecer debidamente representadas por su director, si el niño no posee filiación respecto de progenitor

alguno sólo podrá entablar la acción Sename o la institución acreditada que lo tenga bajo su cuidado (artículo 13).

El tribunal competente es el letrado de familia del domicilio del menor, correspondiendo éste a la institución que lo tuviere bajo su cuidado, siendo también competente para conocer sobre las medidas de protección que se solicitaren, los que acumularán con la causa principal, sin perjuicio de tener los antecedentes a la vista de los procesos ya concluidos (artículo 18).

Una vez recibida la solicitud, el juez cita a los ascendientes y consanguíneos del menor, hasta el tercer grado en línea colateral, siempre que su filiación esté determinada para que concurren a la audiencia preparatoria a exponer sus intereses, bajo apercibimiento que si no concurren se presumirá la voluntad de entregarlos en adopción. A su vez, se citará al menor o las personas bajo cuyo cuidado se encuentre para aportar antecedentes que permitan resolver adecuadamente el asunto. La misma se notificará personalmente a los padres y por carta certificada a las demás personas, sólo si tuviesen domicilios conocidos, en caso de ignorarlos se deberá oficiar al Servicio Electoral y Registro Civil para que dentro de 5 días informen el último que figure en sus registros. En caso de no establecerse o de no ser habidos se emplazará mediante un aviso publicado gratuitamente en el diario oficial los días 1 o 15 de un mes o al hábil siguiente si fuese feriado, el que deberá consignar la mayor cantidad de datos para la

identificación del menor, entendiéndose practicada 3 días después de su publicación (artículo 14).

La audiencia preparatoria se llevará a efecto entre el 10 y 15 días desde la presentación de la solicitud, mientras que la de juicio dentro de 15 días luego de la audiencia de preparación, debiendo el tribunal resolver sobre la veracidad de los hechos invocados, y en especial sobre la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del menor en su familia de origen y las ventajas que la adopción representa. Los informes que se evacuen se solicitarán a Sename u otros organismo acreditados, pudiendo acreditarse la causal con su sólo mérito. En caso de no deducirse oposición y de contar con antecedentes suficientes podrá dictarse sentencia en audiencia preparatoria previa convicción del tribunal (artículo 15).

La sentencia que acoja la susceptibilidad se notificará por cédula a los consanguíneos que hayan comparecido al proceso, sin perjuicio de la posibilidad de efectuarlo personalmente en la audiencia respectiva. En contra de esta sentencia procederá el recurso de apelación en el sólo efecto devolutivo, y en el caso que Sename u otro organismo acreditado no haya sido parte en el proceso deberá elevarse en consulta al tribunal superior teniendo preferencia para su vista y fallo. La que una vez ejecutoriada será puesta en conocimiento del organismo correspondiente para la incorporación en sus registros (artículos 16 y 17).

Es del caso señalar que el juez ante el cual se sustancia el procedimiento podrá confiar el cuidado personal del menor a quienes hayan manifestado su voluntad de adoptarlo y cumplan con los requisitos para ello, para resolver la solicitud los citará a una audiencia dentro de 5 días debiendo concurrir con todos los antecedentes que funden la petición, siendo reservada respecto de terceros distintos de los solicitantes. En caso de ser acogida sólo producirá efectos una vez ejecutoriada la resolución que acoja la declaración de susceptibilidad, excepcionalmente, podrá ejecutarse durante el transcurso del procedimiento cuando se sustancie un proceso por entrega voluntaria de adopción y haya transcurrido el plazo de 30 días sin retractación ni oposición; o en el caso de declaración de susceptibilidad sin que al término de la audiencia preparatoria se haya deducido oposición al acto, para estos efectos tendrán derecho a la asignación familiar y beneficios de las leyes 18.469 y 18.933 (artículo 19).

En lo referente a la adopción propiamente tal, la ley indica que podrá otorgarse a los cónyuges chilenos o extranjeros, con residencia permanente en el país, que tengan dos o más años de matrimonio, que hayan sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por algunas de las instituciones acreditadas, y que sean mayores de 25 y menores de 60 años con a lo menos 20 de diferencia con el adoptado, sin perjuicio de ello, el juez por resolución fundada podrá rebajar los límites previstos no excediendo los 5 años. No siendo aplicables en caso que uno de los adoptantes fuese un ascendiente consanguíneo del

adoptado como tampoco el de duración del matrimonio si uno o ambos cónyuges sufre de infertilidad. Los cónyuges deben actuar de consuno en las diligencias, sin que pueda concederse a los separados judicialmente salvo que medie reconciliación entre ellos acredita en conformidad a la ley de matrimonio civil (artículo 20).

En caso de no haber cónyuges interesados en adoptar que cumplan con todos los requisitos legales o que sólo les falte el de residencia permanente en Chile, podrán optar las personas solteras, divorciadas o viudas con residencia permanente en el país, previamente evaluadas cumpliendo los rangos de edad exigidos y previa participación en los programas de adopción, en caso de haber varios interesados en similares condiciones el tribunal preferirá a los consanguíneos y en su defecto a quien detente el cuidado personal. En el caso del viudo o viuda, podrá conferirse la adopción, si en vida el cónyuge difunto hubiere manifestado la voluntad de adoptar conjuntamente con el sobreviviente, entendiéndose efectuada por ambos cónyuges una vez inscrita la sentencia ejecutoriada en el Registro Civil. La voluntad del fallecido deberá probarse por instrumento público, testamento o un conjunto de testimonios fidedignos que lo establezcan de modo irrefragable, no bastando la sola prueba testimonial, procediendo incluso después del divorcio o separación judicial de los cónyuges si conviene al interés superior del niño (artículos 21 y 22).



El tribunal competente es el letrado de familia del domicilio del menor, teniendo el procedimiento el carácter de no contencioso sin admisibilidad de oposición, debiendo ser suscrito por todas las personas cuya voluntad se requiera. Al efecto debe acompañarse copia íntegra de la inscripción de nacimiento de la persona a quien se desea adoptar; copia autorizada de la resolución que declare la susceptibilidad o el certificado que acredite la circunstancia de parentesco ascendiente por consanguinidad, y el Informe de idoneidad emitido por institución acreditada. En caso de encontrarse en situación de adopción hermanos, el tribunal procurará que los adopten los mismos solicitantes, y en caso de requerir distintas personas la adopción de un mismo menor, las solicitudes deberán acumularse para ser resueltas en una sola sentencia (artículo 23).

El juzgado que conoce del asunto acogerá a tramitación el requerimiento previa certificación del cumplimiento de requisitos legales, ordenando incorporar los antecedentes del proceso previo de susceptibilidad, citando a los solicitantes con sus antecedentes de idoneidad y medios de prueba a audiencia preparatoria, la que se llevará a efecto entre los 5 y 10 días siguientes, asimismo citará al menor en su caso. Si de los antecedentes expuestos se acreditan las ventajas o beneficios que el acto reporta al menor podrá resolver en la misma audiencia, caso contrario decretará las diligencias adicionales necesarias para su incorporación en audiencia de juicio, la que se efectuará dentro de los 15 días

siguientes, considerándose como no decretadas las incumplidas dictándose sentencia sin más trámite (artículo 24 inciso 1 y 2).

Si los solicitantes carecieren del cuidado personal del menor deberán requerirlo con la adopción debiendo ser resuelto en audiencia preparatoria, sin perjuicio de ello, tal medida podrá cesar en cualquier estado del juicio en razón del interés superior del niño, lo que cesará de pleno derecho en caso de denegar la adopción, debiendo constar dicha circunstancia en la sentencia como la entrega del menor a quien se confié su cuidado en lo sucesivo (artículo 24 inciso 3 y 4).

En caso de acoger la solicitud, la sentencia ordenará que se oficie a la dirección nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación y cualquier otro organismo público o privado, solicitando el envío de la ficha individual del adoptado para su incorporación en el proceso; asimismo se dispondrá la practica de una nueva inscripción de nacimiento del adoptado como hijo de los solicitantes, cuidando en caso de ser dos o más los adoptados con edades inferiores a 270 días de diferencia, que entre sus fechas de nacimiento medie a los menos aquel plazo, igual medida se dispondrá en caso de existir otros hijos de los adoptantes, sin perjuicio de establecer la misma fecha de nacimiento ante una diferencia mínima, y en caso de haber nacido antes del matrimonio de los progenitores se podrá establecer como fecha de nacimiento una que concilie la edad del menor con la

posibilidad de concepción de los adoptantes, todas estas disposiciones no tendrán cabida cuando se haya renunciado a la reserva (artículo 26 numeral 1 y 2).

También ordenará la cancelación de la antigua inscripción de nacimiento del adoptado, adoptando las medidas para mantener en reserva su anterior identidad; y oficiando a Sename para la eliminación de los registros de susceptibilidad de adopción y Ministerio de Educación para los registros curriculares con su anterior identidad y consignarlos con la nueva ( artículo 26 numeral 3, 4 y 5).

La sentencia se notificará por cédula a los solicitantes en el domicilio que conste en el proceso, sin perjuicio de la notificación personal en la misma audiencia, contra dicha resolución procederá el recurso de apelación, el que gozará de preferencia para su vista y fallo tramitándose conforme a las reglas de los incidentes (artículo 25).

La Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil recibirá los antecedentes del oficial que haya practicado la inscripción, la que una vez cumplida remitirá los antecedentes al archivo general para su custodia en sección separada, de lo cual sólo podrá otorgarse copia u otro antecedente previa orden judicial a pedido del adoptado, adoptante, ascendientes o descendientes de éstos, si el petionario no fuere el adoptante, la autorización sólo se concederá previa citación de los mismos, salvo que se acredite su fallecimiento, sin perjuicio de ello, cualquier

persona mayor de edad y capaz que tenga antecedentes que permitan presumir que fue adoptado podrá pedir personalmente al Servicio de Registro Civil que le informe si su filiación tiene tal origen (artículo 27).

En este proceso todas las tramitaciones judiciales y administrativas serán reservadas, salvo que los interesados en la solicitud de adopción hayan requerido lo contrario, de lo cual se dejará constancia en la sentencia (artículo 28).

De lo expuesto y para el desarrollo de este trabajo, es posible concluir que la adopción da lugar a conformación de un nuevo estado civil, específicamente el de hijo con todos los derechos y obligaciones recíprocos contemplados en la ley, desligando al menor o al niño de su familia de origen exceptuando los impedimentos para contraer matrimonio del artículo 5° de la Ley de Matrimonio Civil, produciendo sus efectos desde la inscripción de nacimiento ordenada por la sentencia que la constituye<sup>356</sup>.

Todo ello en la búsqueda de una nueva agrupación que le proporcione lo necesario para su máximo bienestar físico, mental, social, por ende la familia es entendida como una unidad de protección espiritual o emocional, para ello el legislador ha preferido la constituida mediante el matrimonio y no la derivada de la simple convivencia, ya que estima que en la unión de derecho se podrá cumplir o

---

<sup>356</sup> Ídem. Artículo 37° en BARRIENTOS, J, Régimen Jurídico de las Personas y la Familia, Ob. cit, 407 pp.

cautelar de mejor forma los intereses del menor, sin perjuicio de la subsidiaria facultad de adoptar de las personas solteras, viudas o divorciadas, todo ello es el fiel reflejo de un cuerpo legislativo que considera principalmente familia a la constituida mediante el matrimonio, pero ningún caso es óbice para que otras agrupaciones de hecho también puedan serlo.

Fiel reflejo de lo anterior es la irrevocabilidad del acto, sin perjuicio de la facultad del adoptado o de su curador especial para pedir la nulidad de la obtenida por medios ilícitos o fraudulentos, acción que prescribe en el plazo de 4 años contados desde que el adoptado alcanzando su plena capacidad haya tomado conocimiento del vicio que la afecta, siendo competente del juez de familia del domicilio o residencia del adoptado en conformidad al procedimiento ordinario de la misma ley (artículo 38).

Finalmente esta norma derogó la ley 7.613, 18.703 y ciertas disposiciones de la ley 16.618 modificando también el DFL 150, entrando en vigencia con la ley 19.585 que modificó el Código Civil en materia de filiación.

## 7. La familia en los tratados internacionales suscritos por Chile

Diversos son los instrumentos internacionales suscritos y vigentes en nuestro país respecto a la familia, corresponde por consiguiente, analizar cada uno de

ellos y en la medida de lo posible determinar que tipo de familia cautela dichos tratados.

#### 7.1. La declaración Americana de los derechos y deberes del hombre

La misma fue acordada en la IX conferencia internacional Americana de Bogotá el 02 de Mayo de 1948, este cuerpo legal fue uno de los primeros instrumentos sobre derechos humanos y el antecedente mediático de la declaración universal, el texto menciona expresamente en 3 ocasiones a la familia. En su artículo V indica que: *“toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”*. Mientras que el VI dispone que: *“toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”*. Por su parte el inciso 2 del artículo XIV señala que: *“toda persona que trabaja tiene derecho a recibir una remuneración, que en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para si misma y su familia”*<sup>357</sup>.

Entre las normas protectoras del estado de familia se puede mencionar el artículo VII que dispone: *“toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidado y ayuda especiales”*, el IX que señala: *“el derecho a la inviolabilidad del domicilio”*, el XXIII

---

<sup>357</sup> Cfr. Declaración Americana de derechos y deberes del hombre, Bogotá, Colombia, 1948.

que consagra: *“el derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”*.

Mientras que en los deberes se puede mencionar el artículo XXX que señala *“toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando esos lo necesiten”*

De la simple lectura y análisis gramatical de las principales normas de esta declaración internacional con incidencia en materia de familia, no es posible formular una conclusión respecto de la tipología familiar que pretende proteger, por ello, sólo se puede recurrir al elemento histórico y de correspondencia o armonía con las demás disposiciones legales de nuestro país, el que a la época de emisión se encontraba bajo la vigencia de un Código Civil con normativas de filiación, alimentarias y sucesorias que cautelaban la familia conformada mediante el vínculo matrimonial vigente, por lo que en ese orden de ideas protegía la familia de derecho.

Una conclusión distinta es posible sólo a partir de las modificaciones introducidas por la nueva ley de filiación 19.585, ya que sólo con la igualdad de los hijos con independencia del estado matrimonial de sus padres, permiten concluir

que se cautela la familia de derecho como a la conformada mediante las simples uniones afectivas.

## 7.2. La Declaración Universal de Derechos Humanos

Fue adoptada y proclamada por la asamblea general de las naciones unidas en la resolución 217 A (III) el 10 de Diciembre de 1948. Este tratado menciona en 6 ocasiones a la familia una de ellas en su preámbulo y 5 veces en su articulado.

En el preámbulo indica que: *“la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”*<sup>358</sup>.

Mientras que en su articulado el numeral 12 señala que: *“nadie será objeto de injerencias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”*.

Sin lugar a dudas el de mayor relevancia es el artículo 16 que en su numeral 1 dispone: *“los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar*

---

<sup>358</sup> Cfr. Declaración Universal de Derechos Humanos, Asamblea General de Naciones Unidas, resolución 217 A (III), 10 de Diciembre de 1948.



*una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”. El numeral 2 señala: “solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio”, y el 3 indica: “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del estado”.*

Por su parte el 3 numeral del artículo 23 señala: *“toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”,* y el numeral 1 del artículo 25 dispone: *“toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.*

Entre las normas protectoras del estado de familia se puede mencionar el artículo 2 que indica: *“toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.* Mientras que el artículo 25

numeral 2 instruye que: *“la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidado y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”*, y el numeral 3 del artículo 26 reza: *“los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”*.

De lo expuesto es posible inferir que en este caso estamos en presencia de una norma que interpreta familia en el sentido de la compuesta por el matrimonio como a también a aquella en donde no medie dicho vínculo, ya que si bien es cierto que a la época de la declaración nuestro Código Civil distinguía entre las diversas clases de hijos y sus disímiles derechos, no es menos cierto que el instrumento internacional preceptúa expresamente la igual en la protección social para los hijos nacidos en vínculo nupcial o sin éste, lo que constituye claramente una intención y antecedente mediático para cautelar y proteger a toda clase de familias sin condicionarlas a la existencia de un enlace reconocido por el derecho, por lo que sólo es posible colegir que ese fue el genuino sentido y alcance de la norma.

A mayor abundamiento, el artículo 30 dispone que: *“nada en la presente declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta declaración”*, con lo que la diferencia de trato de los hijos en

nuestro antiguo ordenamiento legal claramente se encontraba en antagonía con el espíritu y presupuestos esenciales de la declaración.

### 7.3. La Convención Americana sobre Derechos Humanos

Conocida también como pacto de San José de Costa Rica fue suscrita por los estados signatarios el 22 de Noviembre de 1969 y publicada en el diario oficial de nuestro país el 05 de Enero de 1991.

El cuerpo internacional menciona en 7 ocasiones a la familia, la primera de ellas en el artículo 11 numeral 2 al señalar que: *“nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”*. Posteriormente en el título del artículo 17 se refiere a la protección de ella, en efecto, el numeral 1 indica que: *“la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el estado”*. Mientras que el segundo dispone: *“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”*<sup>359</sup>.

---

<sup>359</sup> Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 22 de Noviembre de 1969.

Más adelante en el artículo 19 al tratar los derechos del niño indica: *“todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del estado”*. Por su parte, el artículo 27 en sus numerales 1 y 2 al tratar la suspensión de las garantías en caso de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del estado, dispone que deberán restringirse a las medidas y tiempo que exija la situación, sin que en ningún caso pueda afectar las contempladas: *“en el artículo 17 (protección de la familia) ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”*. Por su parte el artículo 32, al tratar la correlación entre deberes y derechos de las personas indica: *“toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad”*.

Entre las normas tutelares del estado de familia se puede mencionar la contemplada en el artículo 12 numeral 4, en el marco de la libertad de conciencia y religión, al señalar que: *“los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”*, y el artículo 17 que en su numeral 3 reza: *“el matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes”*, y el 4 del mismo artículo: *“los estados parte deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán*

*disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos”.*

Sin lugar a dudas la norma de mayor trascendencia para el desarrollo de este trabajo se encuentra en el artículo 17 numeral 5 al consignar: *“la ley debe reconocer iguales derechos a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”*, lo que denota la igualdad en la protección a la familia de hecho como la de derecho.

También es del caso señalar que el artículo 18 señala: *“toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”.*

De lo expuesto es posible concluir que el tratado internacional se encarga de cautelar a la familia matrimonial como a la familia constituida por la simple convivencia, en efecto, la disposición final del artículo 17 al preceptuar que todos los hijos tienen el mismo derecho independiente del vínculo jurídico que una a sus padres, debe ser comprendido en el sentido de una protección integral a la agrupación que reúna los componentes de la familia como a la descendencia que emana de ella y sus múltiples formas de materialización externa, entre ellas, la amplia, extensa, nuclear, compuesta o monoparental, ya que todas ellas en su

carácter de cuerpos intermedios son necesarias para el cumplimiento de los fines personales, colectivos y sociales.

#### 7.4. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 2200 A (XXI) el 16 de Diciembre de 1966, entrando en vigor internacional para Chile el 10 de Marzo de 1972 de y publicado en el diario oficial de nuestro país el 27 de Mayo de 1989.

El tratado multilateral menciona en 4 ocasiones a la familia, la primera de ellas en el preámbulo, al señalar que: *“conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”*<sup>360</sup>.

Posteriormente en su artículo 7 letra (a) acápite (ii) dispone: *“los estados parte en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones de*

---

<sup>360</sup> Cfr. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asamblea General de Naciones Unidas, resolución 2200 A (XXI), 16 de Diciembre de 1966. Preámbulo.

*este pacto”. Mientras que el artículo 10 en su numeral 1 señala: “los estados parte en el presente pacto reconocen que se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges”.*

Por su parte el artículo 11 numeral 1 preceptúa: *“los estados parte en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso, alimentación, vestido y viviendas adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los estados parte tomarán las medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”.*

Entre las normas protectoras del estado de familia se puede mencionar el artículo 2 numeral 2 que señala: *“Cada uno de los estados partes en el presente pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos, que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, **nacimiento** o cualquier otra condición social”,* y el

artículo 10 numeral 2 al consignar: *“se debe conceder especial protección a las madres durante un tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”*, y el numeral 3: *“se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los estados parte deben establecer límites a la edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil”*.

De lo referido se colige la importancia del matrimonio como elemento fundante de la familia pero en ningún caso circunscrito sólo a dicha institución, ya que la expresa normativa en lo referente a la igualdad de los hijos sin distinción del origen de su filiación sólo permiten inferir que el reconocimiento y tutela legal se extiende tanto a la familia de hecho como a la de derecho.

#### 7.5. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos



Fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución 2200 A (XXI) del 16 de Diciembre de 1966, entrando en vigor internacional para Chile el 10 de Mayo de 1972, y publicado en el diario oficial de nuestro país el 29 de Abril de 1989.

El tratado multilateral menciona en 5 ocasiones a la familia, la primera de ellas en su preámbulo en los mismos términos que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al indicar que: *“conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”*<sup>361</sup>.

Posteriormente en su artículo 17 establece que: *“nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y reputación”*. Mientras que el 23 en su numeral 1 dispone: *“que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el estado”* y el numeral 2: reza: *“se reconoce para ello el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”*.

---

<sup>361</sup> Cfr. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General de Naciones Unidas, resolución 2200 A (XXI), 16 de Diciembre de 1966. Preámbulo.

Por su parte, el artículo 24 dispone: *“todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del estado”*.

En las normas tutelares del estado de familia es posible mencionar el artículo 2 numeral 1 que señala: *“Cada uno de los estados partes en el presente pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos, que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, **nacimiento** o cualquier otra condición social”*, el artículo 18 numeral 4 que indica: *“los estados partes en el presente pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres, y en su caso de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”*.

Mientras que el 23 numeral 3 preceptúa: *“el matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes”* y su numeral 4: *“los estados parte en el presente pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al*

*matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos”.*

Más adelante en el artículo 24 numeral 2 se consigna que: *“todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre”*, y el numeral 3: *“todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”*.

Del instrumento multilateral es posible concluir que la familia se articula principalmente por el matrimonio, sin perjuicio de ello, las múltiples normas que tutelan la igualdad de los hijos permiten colegir fundadamente que el matrimonio no es la única dimensión concreta de la agrupación familiar, ya que, en efecto, si toda descendencia tiene y posee los mismos derechos, sólo puede significar el reconocimiento a otro tipo de uniones y a la filiación que de ella surge, cautelando a la familia de hecho y de derecho.

#### 7.6. La Convención sobre la eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

El tratado fue aprobado mediante resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de Diciembre de 1979 entrando en vigor internacional el 3 de Septiembre de 1981 en conformidad a su artículo 27, fue ratificada por Chile

el 7 de Diciembre de 1989 y publicada en el diario oficial el 09 de Diciembre de 1989 entrando en vigencia en nuestro país el 06 de Enero de 1990.

El instrumento internacional menciona en 13 ocasiones a la familia, 4 de ellas en su prólogo, señalando que: *“la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica, cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad”*. Más adelante indica: *“teniendo presentes el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función tanto del padre como de la madre en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no deber ser causa de discriminación, sino que la educación de los hijos exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto”*. Para referir que: *“reconociendo que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y la familia”*<sup>362</sup>.

---

<sup>362</sup> Cfr. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Asamblea General de Naciones Unidas, resolución 3480, 18 de Diciembre de 1979. Preámbulo.

Posteriormente en su artículo 5 letra (b) indica: *“Los estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para: garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos”*. Mientras que en el 10 letra (h) señala: *“los estados parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: el acceso a material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia”*.

Luego en el artículo 11 numeral 2 letra (c) preceptúa: *“a fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los estados parte tomarán medidas adecuadas para: alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños”*; y en el 12 numeral 1 refiere: *“los*

*estados parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”.*

Más adelante, en el artículo 13 letra (a) refiere: *“los estados parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en otras esferas de la vida económica y social a fin de asegurar, en condiciones de igualdad de hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: el derecho a prestaciones familiares”;* y el 14 numeral 1 dispone: *“los estados parte tendrán en cuenta los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempeña en la supervivencia económica de su familia, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de su economía, y tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente convención a la mujer en zonas rurales”* y el numeral 2 letra (b) del mismo artículo indica: *“los estados parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en zonas rurales a fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a: tener acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive formación, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia”.*

Finalmente el artículo 16 numeral 1 señala: *“los estados parte adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán condiciones de igualdad entre hombres y mujeres”*.

Entre las normas protectoras del estado de familia se puede mencionar el artículo 9 numeral 1 que establece: *“los estados parte otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán, en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge”*.

Por su parte el artículo 16, luego de su primer párrafo, ya indicado precedentemente, en su numeral 1 asegura:

*“a) el mismo derecho para contraer matrimonio; b) el mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento; c) los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución; d) los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materia relacionada con sus hijos: en todos los casos, los intereses de los hijos*

*serán la condición primordial; e) los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos; f) los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; g) los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación; h) los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso. Mientras que el numeral 2 refiere: No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial”.*

De este tratado internacional es posible inferir claramente que su protección se extiende a la familia articulada por el matrimonio como también a la unión no amparada por dicho vínculo, en efecto, la garantía de mismos derechos y responsabilidades para los progenitores con independencia de su estado civil constituyen el rostro concreto de una cautela para los niños con prescindencia del origen, condición o estado de sus padres.



## 7.7. La Convención de los Derechos del Niño

El tratado fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989 entrando en vigor internacional el 2 de Septiembre de 1990, fue ratificada por Chile el 13 de Agosto de 1990 y publicada en el diario oficial el 27 de Septiembre de 1990, entrando en vigencia en nuestro país el 12 del mismo mes y año.

El instrumento multilateral menciona en 20 ocasiones el término familia, comenzando en su preámbulo al indicar que: *“los estados partes en la presente convención, considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la carta de las naciones unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales inalienables de todos los miembros de la familia humana”*<sup>363</sup>.

Más adelante señala: *“convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”*.

---

<sup>363</sup> Cfr. Convención de los Derechos del Niño. Asamblea General de Naciones Unidas, 20 de Noviembre de 1989. Preámbulo, párrafo 1.

Luego refiere que: *“reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”*.

Posteriormente en el artículo 2 numeral 2 dispone: *“los estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”*.

Mientras que el artículo 5 preceptúa que: *“los estados parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención”*.

Por su parte, el artículo 8 numeral 1 dispone: *“los estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”*.

Más adelante el artículo 9 numeral 4 establece que: *“cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un estado parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona este bajo la custodia del estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el estado parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los estados partes, se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas”.*

Luego el artículo 10 dispone que: *“de conformidad con la obligación que incumbe a los estados partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar a un estado parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los estados parte de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los estados partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares”.*

Al referirse a los derechos el artículo 16 señala que: *“ningún niño será objeto injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación”.* Mientras

que el 20 refiere que: *“los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del estado”*.

Posteriormente el artículo 21 letra (b) refiere que: *“reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar al niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen”*.

Mientras que el 22 numeral 2 reglamenta que: *“a tal efecto los estados parte cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente convención”*.

Luego el artículo 24 numeral 2 letra (f) indica que: *“los estados partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia”*.

Finalmente, el artículo 37 en su letra (c) señala: *“los estados parte velarán porque: todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales”*.

Por su parte, en las normas protectoras del estado o condición de familia es posible mencionar el artículo 2 numeral 2 que indica: *“Los estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independiente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus*

*representantes legales” y el artículo 3 numeral 2 que indica: “los estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.*

Más adelante el artículo 7 numeral 1 expresa: *“el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.*

El artículo 9 numeral 1 señala: *“los estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”,* y el numeral 3 del mismo artículo dispone que: *“los estados parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones*

*personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.*

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 10 numeral 2 al consignar que: *el niño cuyos padres residan en estados diferentes tendrán derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los estados partes en virtud del párrafo 2 del artículo 9, los estados partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente convención”.*

El 14 numeral 2 señala: *“los estados parte respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades”.*

Mientras que el artículo 18 numeral 1 dispone que: *“los estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos*

*padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a ambos padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”, en virtud de ello, el numeral 2 de la misma norma indica: “a los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente convención, los estados partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños”.*

Luego el artículo 19 numeral 1 refiere: *“los estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.*

Posteriormente el artículo 21 letra (a) en el marco de la adopción, indica: *“velarán porque la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con su*



*padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario”.*

Para el artículo 27 numeral 2 disponer: *“a los padres y otras persona encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño”* y su numeral 4: *“los estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el estado como si viven en el estado parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un estado diferente de aquel en que resida el niño, los estados partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados”.*

Cabe señalar que mas allá de la jerarquía que dichos tratados pueden adquirir en el ordenamiento jurídico interno, lo cierto es que han ejercido una influencia decisiva en el mundo contemporáneo sobre el concepto de familia, sobre el particular y siguiendo a Veloso dichas ideas influirán en cada uno de los distintos países en el reconocimiento jurídico a las familias de hecho y la existencia de un matrimonio secular con posibilidad de disolución de vínculo, igualdad de los

cónyuges en cuanto a los derechos y deberes respecto del régimen de bienes y de los hijos, plena capacidad jurídica de ambos cónyuges con independencia del régimen de bienes, responsabilidades compartidas en patria potestad y autoridad parental en consideración principal del interés superior del niño<sup>364</sup>.

Por ello es posible colegir que este tratado multilateral reconoce y ampara a la familia fundada en el matrimonial como no matrimonial, ya que los estados deben adoptar todas las medidas necesarias para evitar cualquier discriminación del niño basada en la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole origen nacional, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos, y en lo que respecta a este trabajo, por su nacimiento o cualquier otra condición de sus padres o representantes, lo que sólo puede tener cabida en el legítimo reconocimiento y protección de la familia de hecho como de derecho.

Para continuar con el desarrollo de este trabajo, también es necesario revisar los distintos proyectos de ley presentados que tienen incidencia en las uniones de hecho y la protección del matrimonio, en ambos casos para personas de distinto y mismo género.

## 8. Los proyectos de ley sobre uniones civiles o de hecho

---

<sup>364</sup> VELOSO VALENZUELA, Paulina, Nuevos Principios del Derecho de Familia en Función, Principalmente, de la Normativa Internacional que Emanan de los Tratados de Derechos Humanos, Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XIX: 35-56, 1998.

En nuestro país se han presentado diversos proyectos que pretenden reglamentar las uniones de hecho, en ellos, su común denominador es la regulación de los efectos personales, patrimoniales y sucesorios, entre los cuales es posible mencionar los siguientes:

8.1. El proyecto sobre fomento de la no discriminación y contrato de unión civil entre personas del mismo sexo

Este proyecto ingresó a trámite cosntitucional el 10 de Julio del año 2003 con el boletín 3283-18, sus autores fueron los diputados Enrique Accorsi, Gabriel Ascencio, Patricio Hales, Víctor Barrueto, Antonio Leal, Osvaldo Flores, Fulvio Rossi, María Antonieta Saa, Carolina Tohá y Ximena Vidal<sup>365</sup>.

En lo pertinente, el mensaje se fundaba en la definición de familia de la Organización de Naciones Unidas (ONU), que la consigna como: *“cualquier combinación de dos o más personas que están unidas por lazos de mutuo consentimiento, nacimiento y/o adopción o colocación y quienes, juntos, asumen responsabilidad para, entre otras cosas, el cuidado y mantenimiento de los miembros del grupo, la adición de nuevos miembros a través de la procreación o adopción, la socialización de los niños y el control social de los miembros”*. Lo que

---

<sup>365</sup> Cfr. Mensaje Boletín 3283-18 en Biblioteca del Congreso Nacional.

corresponde a un concepto amplio y no excluyente que incorpora a cualquier forma de familia que se ajuste a los parámetros ya referidos.

A su vez, consignaba que en el mes de Febrero del año 2003, el Parlamento Europeo se pronunció a favor de aplicar el término familia en su sentido general, incluidas las parejas homosexuales para todos los asuntos relacionados con la libertad de residencia de las personas pertenecientes a los estados miembros, el mismo órgano consideró a la familia como *“independiente del sexo”* o *“una relación duradera sin (la necesidad de) que exista matrimonio”*.

En su contenido el artículo 1º dispone que: *“protege la existencia legal de la familia constituida entre personas del mismo sexo, cuyos miembros, que cumplan los requisitos establecidos por la ley, deseen acogerse al régimen patrimonial por ella previsto, durante su vigencia y con motivo de su disolución. Cada vez que en lo sucesivo la presente ley se refiera a “pareja”, “contrato de unión civil” o sus miembros, deberá entenderse lo contemplado en el inciso anterior. Salvo los casos expresamente exceptuados, la presente ley no habilita a la pareja ni a sus miembros individualmente considerados a acceder a derechos y beneficios que las leyes civiles contemplan para las personas unidas por vínculo matrimonial, ni faculta para asimilar este régimen con el de matrimonio”*.

En sus artículos 2 a 8 se dispone que estaba destinado a proteger las uniones de hecho de personas del mismo sexo a quienes expresamente consideró o les asignó el carácter de familia para todos los efectos, se constituía mediante un pacto civil celebrado ante notario competente del domicilio o residencia de alguna de las partes el que posteriormente se remitía al Registro Civil, sin perjuicio que la posesión notoria de la pareja por al menos dos años también daba lugar a su constitución. En sus limitaciones se encontraba vedado para los menores de edad, los parientes en toda la línea recta, colateral hasta el tercer grado, los adoptados o unidos por vínculo matrimonial vigente u otro contrato de unión civil.

El proyecto, en cuanto a sus efectos personales y patrimoniales, consignaba que durante su vigencia y disolución los miembros podían optar por el régimen de comunidad establecido en el Código Civil para la sociedad o a otro pactado si así lo estipulasen, presumiéndose que los bienes de valor apreciable se adquirieron en forma conjunta, entendiéndose por tales los que requieren de facción de inventario. A su vez, contemplaba los deberes de socorro y asistencia mutua como los de alimentos ante abandono y la situación de necesidad o enfermedad, haciendo aplicable también, las disposiciones por violencia intrafamiliar (artículos 9-13).

El pacto podía concluir por mutuo acuerdo debiendo esperarse al menos un año desde la celebración, por resolución judicial ante actos de violencia intrafamiliar,

muerte natural o presunta de algún contrayente, separación de hecho de al menos un año y matrimonio subsiguiente. En sus efectos sucesorios se disponía que si un miembro de la pareja fallece en vigencia el pacto, el sobreviviente tendría el carácter de cónyuge legitimario en los términos indicados en el Código Civil, como también los derechos en materia de pensiones contemplados en el Decreto Ley 3.500 (artículos 14-19).

Este proyecto legislativo no prosperó y fue archivado el 04 de Agosto de 2009, su gran innovación era asignar expresamente la consideración de familia a las uniones de hecho del mismo sexo.

## 8.2. El proyecto de ley que establece un régimen legal para las uniones de hecho

Esta iniciativa ingresó a trámite constitucional el 07 de Abril del año 2004 con el boletín 3494-07, sus autores fueron los senadores Ricardo Núñez y José Antonio Viera Gallo, se fundaba en el precepto constitucional que asigna a la familia el carácter de núcleo fundamental de la sociedad, sin perjuicio de lo cual, muchas veces no encuentra su origen en el matrimonio, ya sea por impedimento legal para contraerlo o simplemente por la voluntad de sus miembros para no hacerlo, reconociendo que en el último Censo de Población y Vivienda casi un 9% de la población declaraba ser parte de una unión de hecho<sup>366</sup>.

---

<sup>366</sup> Cfr. Mensaje Boletín 3494-07 en Biblioteca del Congreso Nacional.

La iniciativa en su artículo 1° definía la unión de hecho como: *“las constituidas por un hombre y una mujer mayores de dieciséis años, que hayan convivido de un modo público, libre y exclusivo por un período ininterrumpido no inferior a un año.*

El proyecto no hacía exigible el plazo de un año en caso de existir hijos comunes y se encontraba vedado para quienes estuviesen imposibilitados de contraer matrimonio entre sí, salvo en el caso de vínculo marital anterior no disuelto, caso en el cual, podía llevarse a efecto si se acreditaba por algún modo fehaciente el cese de convivencia anterior. Podía probarse por cualquiera de los medios contemplados en la ley, y la declaración jurada de ambos miembros efectuada ante notario público haría plena prueba de la convivencia a partir de esa fecha. La referida unión concluía por declaración de uno de sus miembros en la misma notaria, por matrimonio posterior entre ellos o con cualquier otra persona, muerte natural o presunta y por una nueva declaración de unión de hecho con otro sujeto, a falta de declaración revocatoria podía demostrarse por cualquier medio legal (artículos 2-3).

En cuanto a sus efectos, salvo pacto en contrario, generaba una comunidad compuesta por los bienes y los frutos adquiridos a título oneroso durante la existencia de la unión, los que pertenecían en partes iguales o a la proporción convenida, una vez disuelta la comunidad la partición se efectuaba conforme a las reglas determinadas para la herencia, en caso de fallecimiento, el miembro

sobreviviente tenía preferencia para que su parte se entere mediante la adjudicación del inmueble en que resida junto con los muebles que lo guarnecen, siempre que haya sido la residencia principal de la pareja. Finalmente, en relación con los hijos, la resolución judicial, arbitral o acuerdo sobre partición de los bienes debía resolver las materias de cuidado personal, régimen comunicacional y alimentos (artículos 4-8).

Este proyecto fue archivado el 18 de Julio de 2007 y desarchivado el 14 de Junio del 2011 encontrándose en primer trámite constitucional en el Senado, su característica esencial consiste en considerar agrupación de hecho con efectos civiles sólo a la unión de hombre y mujer excluyendo las del mismo sexo, homologando ciertas normas civiles y los efectos sucesorios de la comunidad para sus integrantes.

### 8.3. El proyecto de ley que establece regulación para las uniones de hecho

Esta iniciativa ingresó a trámite constitucional el 12 de Abril del año 2006 con el boletín 4153-18, sus autores fueron los diputados Enrique Accorsi, Ramón Farías, Carlos Montes, Adriana Muñoz, Laura Soto y Ximena Vidal, se fundaba en la inexistencia de algún precepto legal que regulase los efectos derivados de este tipo de uniones, siendo el poder judicial el que a partir de la segunda mitad del siglo XX ha reconocido ciertas consecuencias al concubinato mediante la figura



del cuasi contrato de comunidad, siendo necesario su establecimiento legal para evitar el desamparo que genera entre sus miembros la separación o la muerte de uno de ellos<sup>367</sup>.

No obstante lo anterior, diversas disposiciones normativas se referían incipientemente a este tipo de unión, tales como el antiguo artículo 18 de la ley 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, el que preceptuaba una responsabilidad solidaria del conviviente que obstruía el pago de la pensión, hoy en día referido a los terceros en general, también en el actual artículo 210 del Código Civil referente a la base de presunción judicial de la paternidad en caso de concubinato de la madre con el supuesto padre, o el artículo 5° de la ley 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar que dispone su comisión por cónyuges o convivientes, para finalmente mencionar el actual artículo 1° de la ley 19.947 sobre Matrimonio Civil, el que dispone que el matrimonio es la base principal de la familia, de lo cual se colige que una unión de hecho igualmente lo es, a mayor abundamiento, la ley 19.585 que introduce cambios en materia filiación, reconoce la igualdad de derechos para los hijos, independiente si son producto de la unión marital de sus padres<sup>368</sup>.

El proyecto en su artículo 1° definía unión de hecho como la *“formada por un hombre y una mujer que de manera libre, han decidido tener una vida en común,*

---

<sup>367</sup> Cfr. Mensaje Boletín 4153-18 en Biblioteca del Congreso Nacional.

<sup>368</sup> Ídem.

*poseyendo aquella un carácter de estabilidad y continuidad, con el objetivo de constituir una familia y cumpliendo los demás requisitos establecidos en la ley”, pudiendo celebrarla sólo aquellos que podían contraer válidamente matrimonio o los unidos por vínculo marital vigente en la medida que sus relaciones mutuas y las de sus hijos ya hubiesen sido válidamente reguladas conforme al artículo 21° de la ley de Matrimonio Civil (artículo 2).*

El acuerdo se perfeccionaba por voluntad de las partes manifestada ante notario competente que correspondía al del domicilio de alguno de sus miembros, también consignaba una especie de posesión notoria para acogerse a la ley en el caso que alguno de sus integrantes hayan reconocido la existencia social de la relación por un período no inferior a tres años, pudiendo probarse por cualquier medio contemplado en la ley. En cuanto a sus efectos contemplaba la existencia de una comunidad integrada por los bienes adquiridos a título oneroso durante su vigencia, los que se presumían adquiridos por mitades salvo pacto en contrario (artículos 3-6).

Finalmente, el breve proyecto disponía que la unión de hecho se disolvía por mutuo acuerdo o voluntad unilateral manifestada por escritura pública, matrimonio posterior y muerte natural o presunta de alguno de sus miembros, contemplando como innovación que en el caso de arrendamiento de un bien raíz que haya servido de residencia principal a la familia, la pareja sobreviviente del arrendatario

subrogaría en los derechos al fallecido. Asimismo, extendía los beneficios de la ley 16.744 y el Decreto Ley 3.500 sobre pensiones a los contrayentes de hecho en los mismo términos que al cónyuge, facultándose además, al sobreviviente a solicitar la reparación del daño moral como consecuencia de la comisión de un delito o cuasidelito que haya derivado en la muerte de uno de los miembros (artículos 7-10).

Este proyecto fue archivado el 05 de Mayo de 2010, encontrándose pendiente la solicitud de desarchivo desde el 10 de Agosto del mismo año, como se puede apreciar sólo contemplaba la unión civil para personas de distinto sexo que pudiesen contraer matrimonio, a su vez, sus efectos eran limitados y se reducían esencialmente a los de carácter patrimonial aplicando las reglas de la comunidad en caso de disolución del pacto.

8.4. El proyecto que regula la celebración del contrato de unión civil y sus consecuencias patrimoniales

Esta iniciativa ingresó a trámite constitucional el 19 de Diciembre del año 2007 con el boletín 5623-07, su autor es el senador Carlos Bianchi, en su mensaje se menciona la transformación de la realidad social chilena y el aumento de la cohabitación entre las parejas sin contraer vínculo matrimonial. Enfatiza que el contrato nupcial es y debe ser la única forma de establecer lo que comúnmente se

denomina *familia* como núcleo fundamental de la sociedad. Sin perjuicio de ello, tal consideración, no obsta al establecimiento de otras formas de relación afectiva que no involucran el concepto de *familia* pero que requieren reconocimiento y protección legal, en especial, para la parte más débil y los riesgos de perjuicio por la inexistencia de derechos. Ante lo cual, se plantea una figura alternativa al matrimonio sin alterar el concepto de *familia* en los términos constitucionalmente entendidos, que proteja y ampare otro tipo de relaciones afectivas de pareja que se manifiestan en nuestra sociedad<sup>369</sup>.

El artículo 1° del proyecto lo define como una unión entre *“dos personas mayores de edad y capaces, unidas por recíproco vínculo afectivo, que desean convivir en forma estable y prestarse asistencia material y moral, no ligadas por vínculo matrimonial no disuelto, ni parentesco en línea recta en el primer grado, o por afinidad, ni colaterales por consanguinidad hasta el segundo grado, adopción, tutela o curatela”*. Se constituye por escritura pública suscrita en cualquier notaría de la república, cuyo extracto deberá publicarse dentro de 15 días en un diario de circulación nacional como requisito de validez, también se considerará para aplicar los efectos de la ley a aquellos que hayan convivido ininterrumpidamente por más de tres años, o dos, si es que existen hijos en común, pudiendo acreditarse tal circunstancia con cualquier medio de prueba, no siendo aplicable a relaciones

---

<sup>369</sup> Cfr. Mensaje Boletín 5623-07 en Biblioteca del Congreso Nacional.

laborales con vida en común o a los formalizados o condenados por homicidio frustrado o consumado del cónyuge de la otra (artículos 2-5).

El régimen de bienes al cual da lugar el pacto es de participación en los gananciales, sin perjuicio de ello puede pactarse separación total de bienes, luego, el proyecto en sus artículos 6° a 27° procede a transcribir textualmente los artículos 1792-5 a 1792-26 del Código Civil, reproduciendo las normas administrativas y de efectos para este régimen patrimonial.

Asimismo, por el sólo ministerio de la ley contempla la representación mutua en caso de inhabilidad por enfermedad, interdicción o ausencia prolongada, como también la posibilidad de solicitar alimentos los que prescriben en seis meses contados desde el cese de convivencia, para los derechos sucesorios se les considera cónyuges en términos idénticos que la legislación civil (artículos 28-30).

El contrato termina por mutuo acuerdo o voluntad unilateral manifestada en escritura pública subinscrita al margen la inscripción primitiva, muerte natural o presunta y matrimonio posterior, contemplando sanciones civiles y penales para quienes declaren falsamente una unión civil de este tipo como para los que lo celebren en vigencia de otro pacto o unión conyugal previa (artículos 31-33).

Del proyecto se puede concluir que es aplicable a las personas indistintamente de su sexo haciendo extensible los efectos del régimen de participación en los gananciales contemplados para el matrimonio, del mismo modo, es posible solicitar alimentos y consigna la existencia de derechos sucesorios mutuos. En ese orden de ideas bastaría con haber establecido que es posible suscribir una unión contractual civil, bajo el régimen patrimonial ya descrito, con los mismos efectos que el matrimonio. El proyecto fue archivado el 17 de Marzo de 2010 y desarchivado el 15 de Diciembre del mismo año encontrándose en primer trámite constitucional en el Senado.

#### 8.5. El proyecto que establece un pacto de unión civil

Esta iniciativa ingresó a trámite constitucional el 27 de Octubre del año 2009 con el boletín 6735-07, sus autores son los diputados Marcos Espinosa, Fulvio Rossi, María Antonieta Saa y Gabriel Silber, en su mensaje se menciona el deber constitucional de promoción del bien común y de las condiciones necesarias para la máxima realización material y espiritual posible, siendo innegable que gran cantidad de las parejas actuales no se encuentra unida mediante vínculo matrimonial sino en uniones fácticas que alcanzan un 8,9% según el Censo de Población y Vivienda del año 2002, ignorar dicha realidad trae un impacto social negativo en el plano patrimonial y sucesorio, por lo cual es necesario establecer un marco legal que permita reglamentar relaciones presentes y futuras mediante

una vía intermedia de la desamparada situación de hecho y la protección jurídica brindada al matrimonio<sup>370</sup>.

El proyecto contempla modificar el título XXXII del libro cuarto del Código Civil, incorporando diversos guiones al artículo 1792 del mismo cuerpo legal a continuación del régimen de participación en los gananciales, el 1792-28 define el pacto de unión civil *“como un contrato celebrado por dos personas naturales, de sexo diferente o del mismo sexo, para organizar su vida en común”*. El mismo debe suscribirse ante notario por escritura pública, estando impedidos de celebrarlo los menores de 18 años, los unidos por vínculo matrimonial vigente u otro pacto de unión civil, y los ascendientes o descendientes por consanguinidad o afinidad y colaterales consanguíneos hasta el segundo grado (artículos 1792-29-30).

En cuanto a sus efectos se dispone el deber de ayuda mutua conforme a las reglas del pacto, a falta de ello la contemplará el juez, considerándose alimentos para su cumplimiento. Los bienes pertenecerán en forma exclusiva a cada adquirente, salvo que opten por régimen de comunidad, en cuyo caso estará integrado por los bienes que voluntariamente aporten y que consten en el inventario otorgado por escritura pública, también los adquiridos a título oneroso durante la vigencia del régimen salvo pacto en contrario, los muebles adquiridos a

---

<sup>370</sup> Cfr. Mensaje Boletín 6735-07 en Biblioteca del Congreso Nacional.

título oneroso cuya fecha de adquisición no pueda probarse, y los frutos devengados por éstos en vigencia de la comunidad. En lo referente a las deudas, las contraídas por una parte en beneficio de la comunidad, la vida ordinaria o para el inmueble en que residan los obligan solidariamente sin derecho a reembolso. Respecto a la administración, cada contrayente puede disponer libre y separadamente los bienes comunes a excepción de los inmuebles, en cuyo caso se requerirá autorización de la otra parte para enajenar, gravar o celebrar promesas de la misma índole, también cuando se pretendiese disponer entre vivos a título gratuito de cualquier clase de ellos o para darlos en arrendamiento o ceder su tenencia por más de cinco años si son urbanos y ocho en el caso de los rústicos (artículos 1792-31-34).

La autorización será específica y escrita o por escritura pública si el acto exigiere dicha solemnidad, facultándose su actuación por medio de mandatario. La misma puede ser suplida por el juez previa audiencia de la contraparte si la negare sin justo motivo, como también en caso de demencia, ausencia, o si la demora causare perjuicio, la que no podrá suplirse en caso de donación de bienes comunes (artículo 1792-34).

La comunidad que nace por este pacto concluye por acuerdo mutuo suscrito mediante escritura pública, siempre que estén de acuerdo sobre el modo de efectuar la partición, la que a falta de consenso se regirá por las normas de la



herencia, también finaliza, desde luego, por la terminación del pacto (artículo 1792-35).

El pacto de unión civil termina por muerte natural o presunta de uno de sus miembros, acuerdo de sus intervinientes otorgado por escritura pública, y también por acto unilateral de una parte materializado por el mismo instrumento el que debe notificarse a la contraria dentro de un mes desde la fecha de suscripción. Concluido el pacto, si una de las partes se dedicó al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común no pudiendo desarrollar una actividad lucrativa o remunerada durante la convivencia, o lo hizo en menor medida de lo que quería y podía, estará facultado a pedir compensación económica producto del menoscabo, en términos similares a los contemplados en el artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil, incluyendo sus criterios de procedencia, cuantía y formas de pago (artículos 1792-36-39).

En sus efectos también se contemplan los de carácter sucesorio al considerar como cónyuge al miembro del pacto para efectos hereditarios, del mismo modo, éste podrá pedir las indemnizaciones civiles en caso de fallecimiento por acto imputable a terceros. Finalmente el artículo 2° contempla modificaciones a la Ley de Matrimonio Civil y otros cuerpos legales de carácter previsional que homologa en el carácter de cónyuge al miembro del acuerdo tanto en impedimentos, obligaciones y derechos (artículos 1792-40 y 2).

De la simple descripción de esta iniciativa legal es posible concluir que constituye prácticamente una copia de los derechos y obligaciones contemplados para el matrimonio, en efecto, las disposiciones alimentarias, los derechos sucesorios y a mayor abundamiento la transcripción textual de la compensación económica sólo llevan a colegir que es un matrimonio sin las solemnidades contractuales.

En ese sentido hubiese resultado más simple plantear una modificación al artículo 102 del Código Civil, permitiendo el matrimonio independiente del sexo de los intervinientes aplicando en los mismos términos la normativa legal vigente. Actualmente el proyecto se encuentra en primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados desde el 20 de Enero de 2010.

#### 8.6. El proyecto que regula los pactos de uniones civiles

Esta iniciativa ingresó a trámite constitucional el 10 de Marzo del año 2010 con el boletín 6846-07, sus autores eran los senadores Guido Girardi y Carlos Ominami, en su mensaje se menciona que la Constitución Política de la República, entre sus garantías, consagra la igualdad ante la ley, manifestando derechos universales innatos anteriores al estado que alcanzan a todo el género humano, impidiendo así el establecimiento de personas o grupos privilegiados y la discriminación arbitraria. Así las cosas, en un estado democrático es necesario

que todas las personas puedan ordenar su vida en pareja y desde ese prisma tener acceso a instituciones jurídicas que regulen la vida patrimonial, personal y filiativa que garanticen decisiones amparadas y reconocidas por el derecho<sup>371</sup>.

El proyecto en su artículo primero define al pacto de unión civil como: *“aquella convención celebrada libremente entre dos personas y que consiste en la unión de ellas, sin atender a su sexo u orientación sexual y que estén conviviendo en una relación de afectividad con el fin de organizar su vida común”*.

Las uniones antes referidas se constituirán y disolverán por escritura pública, las que posteriormente deberán inscribirse en el Servicio de Registro Civil e Identificación correspondiente al del domicilio de alguna de las partes, no pudiendo constituirlo los menores de edad, salvo consentimiento expreso de los padres; si faltare uno de ellos corresponderá a quien se encuentre en condición de proporcionarlo, o a falta de ambos, al ascendiente de grado más próximo, tampoco los parientes consanguíneos en toda la línea recta y los colaterales hasta el tercer grado inclusive, los parientes por adopción simple, entre adoptante y adoptado, adoptante y descendiente o cónyuge del adoptado, adoptado y cónyuge del adoptante, hijos adoptivos de una misma persona entre sí, y adoptado e hijo del adoptante, impedimentos que subsistirán mientras la adopción no sea anulada o revocada, tampoco los parientes por afinidad en línea recta en todos los grados,

---

<sup>371</sup> Cfr. Mensaje Boletín 6846-07 en Biblioteca del Congreso Nacional.

los que se encuentren unidos por vínculo matrimonial, los que constituyeron una unión civil anterior mientras subsista y los declarados incapaces (artículos 1 y 5).

Entre sus derechos y obligaciones se cuentan el de auxilio, socorro mutuo y alimentos cuando reúnan los requisitos legales en los mismo términos que para los cónyuges. En cuanto a sus efectos se les considera separados bienes administrando cada cual lo suyo, sin perjuicio de la posibilidad de pactar en su constitución una comunidad patrimonial, la que estará compuesta por los bienes voluntariamente aportados incluidos los frutos naturales o civiles que se devenguen, los que pertenecerán a ambos integrantes en la misma proporción, siendo solidariamente responsables por las obligaciones y mejoras contraídas que sobre ellos recayeren, presumiéndose como obligaciones para la vida en común los servicios básicos, alimentación, cuidado de los hijos, canon de arrendamiento, dividendo y contribuciones del bien raíz, entre otras (artículos 2 y 3 letra a-c).

Los integrantes del pacto no podrán, sin el consentimiento del otro, enajenar, gravar o prometer enajenar o gravar, ni disponer entre vivos a título gratuito, ni ceder la tenencia o dar en arrendamiento los bienes raíces urbanos por más de cinco años u ocho si fueren rurales cuando integren la comunidad de bienes. La autorización deberá ser específica y por escrito o mediante escritura pública si el acto exigiere dicha formalidad o interviniendo expresa y directamente de cualquier modo en el mismo, lo que no obsta a la actuación por medio de mandatario. La

aquiescencia en comento podrá ser suplida por el juez, previa audiencia de la contraparte ante su negativa sin justo motivo, demencia, ausencia real o aparente o si de la demora se derivare perjuicio, el que nunca podrá ser suplido en caso de oposición a donación de bienes comunes (artículo 3 letra d-f).

La referida comunidad de bienes concluirá por el mutuo acuerdo de las partes manifestado por escritura pública, siempre que ambos estén de acuerdo sobre la manera de dividir los bienes, en caso contrario se aplicarán las reglas del título X libro III del Código Civil, también terminará por la conclusión del pacto de unión civil (artículo 4).

Mientras que el pacto de unión civil finalizará por mutuo acuerdo o voluntad unilateral de los intervinientes, en ambos casos plasmado en escritura pública subinscrita al margen de la inscripción de primitiva, lo que producirá efectos frente a terceros sólo a partir de dicha fecha, en caso de ser unilateral se requiere la notificación previa por carta certificada al otro integrante, también finalizará por el matrimonio o la muerte de uno de sus miembros, en éste último caso, concurrirá a la sucesión como legitimario y con los mismo derechos contemplado en la ley para el cónyuge sobreviviente (artículo 6 letra a-d).

Finalmente se contempla la posibilidad de ejercicio de la compensación económica si una parte sufrió un desequilibrio grave en sus condiciones de vida, por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común al no haber podido desarrollar una actividad remunerada durante la convivencia, o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería, reproduciendo el actual artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil, estableciendo competencia para los tribunales de familia en conformidad a las reglas del juicio ordinario (artículo 6 letra d).

En conclusión, este proyecto es aplicable a cualquier persona indistintamente de su sexo, contemplando como regla general un régimen patrimonial de separación de bienes y derechos y obligaciones similares para los cónyuges unidos mediante vínculo nupcial, incluyendo los sucesorios, alimentarios y de compensación económica. Se trata de una homologación del contrato matrimonial, por lo que hubiese sido suficiente una iniciativa legal que contemple el matrimonio para las personas del mismo sexo con leves matices en el régimen patrimonial aplicable. El proyecto desde el 10 de Marzo de 2010 se encuentra en primer trámite constitucional en el Senado.

8.7. El proyecto regulatorio de la figura contractual de acuerdo de vida en común

Esta iniciativa ingresó a trámite constitucional el 29 de Junio del año 2010 con el boletín 7011-07, su autor es el ex senador Andrés Allamand y se funda en la promesa de campaña del presidente Sebastián Piñera, en su mensaje se mencionan las incontables parejas que mantienen una vida en común sin que esa realidad social y afectiva tenga regulación legal, siendo una exigencia social hacerse cargo de los vacíos existentes para ese importante sector de personas que forman parte de la sociedad chilena. Su objetivo es triple, y busca mantener como institución base de la familia al matrimonio reservándolo para las personas de distinto sexo, adaptar la creciente realidad de parejas que mantienen vida en común sin vínculo marital indistintamente de su sexo, y generar una legislación que contribuya a la estabilidad de las parejas perfeccionando el orden social y el bien común<sup>372</sup>.

En sus artículos alfa a epsilon indica que el acuerdo debe materializarse por escritura pública e inscribirse en el Servicio de Registro Civil, para lo cual se creará un registro denominado “*acuerdos de vida en común*”, cuyo oficial estará obligado a certificar a solicitud de cualquier persona que acredite un interés patrimonial la existencia del mismo manteniendo la reserva de su contenido, su resciliación o sentencia judicial que lo deje sin efecto deberá inscribirse al margen de la anotación primitiva.

---

<sup>372</sup> Cfr. Mensaje Boletín 7011-07 en Biblioteca del Congreso Nacional.

El artículo 1° lo define como un “*contrato celebrado por dos personas naturales, mayores de edad, para regular sus relaciones de convivencia en un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua*”. El cual no puede someterse a modalidad ni altera el estado civil de sus miembros, reservándose para personas naturales, mayores de edad y con libre administración de sus bienes, exceptuándose los ascendientes y descendiente por consanguinidad, los colaterales consanguíneos hasta segundo grado y los unidos por vínculo matrimonial vigente o por otro acuerdo de vida en común (artículos 2-6)<sup>373</sup>.

En cuanto a sus efectos, el citado proyecto contempla que sus miembros recíprocamente se deben ayuda mutua, sin mencionar expresamente obligaciones alimentarias, debiendo solventar las necesidades de la vida en común de acuerdo a sus posibilidades económicas, a su vez, cada parte conserva la propiedad y administración de los bienes adquiridos antes y durante la vigencia del pacto a cualquier título, salvo que se estipule que los adquiridos a título oneroso durante la vigencia del acuerdo pertenecerán por mitades aplicándose las reglas de la comunidad. Asimismo, sus miembros son solidariamente responsables frente a terceros por las deudas contraídas para sufragar las expensas de la vida en común como de la vivienda en la medida que hayan optado por la indivisión, sin que opere acción subrogatoria o de reembolso entre sus partes (artículos 7-9).

---

<sup>373</sup> Cfr. Artículos 1°-6° proyecto de ley.



La compraventa entre sus miembros son nulas y las donaciones se consideran revocables. En materia sucesoria, el sobreviviente concurrirá con los hijos del fallecido y recibirá una porción equivalente a la legítima rigorosa o efectiva que le correspondiere a un hijo, si no existe descendencia concurrirá con los ascendientes más próximos, dividiéndose la herencia en dos partes, una para el miembro sobreviviente y la otra para los ascendientes, a falta de ellos, la totalidad corresponderá a la parte. A su vez, se puede disponer entre ellos de la cuarta de mejoras y el sobreviviente tendrá preferencia para que su porción hereditaria se pague mediante la adjudicación del bien raíz en que haya residido con el difunto, si uno de ellos fallece como consecuencia de un hecho ilícito de tercero, el sobreviviente se considera legitimado activamente para solicitar las indemnizaciones civiles por daños a que hubiese lugar, por último, se considera como indignidad para suceder el haber cometido atentado grave contra la vida, honor o bienes del contratante, siempre que se acredite por sentencia ejecutoriada (artículos 10-13).

En lo referente al término del acuerdo, éste concluye por muerte, unilateralmente o consentimiento mutuo manifestado por escritura pública, matrimonio entre sí o con un tercero, nulidad del contrato y declaración judicial de cese de convivencia a petición de cualquiera que tenga intereses sucesorios. La liquidación de la masa de bienes se efectuará de consuno, por la justicia ordinaria o un árbitro arbitrador (artículos 14-15).

El convenio podrá ser anulado por la omisión de los requisitos contemplados para su celebración o por falta de capacidad de sus miembros para suscribirlo, también se contemplan los vicios de error, fuerza o dolo, el plazo para impetrar la acción es de cuatro años y puede ejercerse por todo aquel que tenga interés en ello, salvo en el caso de vicio del consentimiento el que únicamente puede ser entablado por la parte o sus herederos (artículo 16).

Como se puede apreciar, esta iniciativa legal es aplicable a las uniones fácticas independientemente de su sexo, los requisitos para su celebración y efectos derivados durante la vigencia y posterior disolución son casi similares a los reservados para matrimonio. Actualmente el proyecto se encuentra desde el 10 de Agosto de 2010 en primer trámite constitucional del Senado.

#### 8.8. El proyecto de ley que crea el acuerdo de vida en pareja

Esta iniciativa ha sido la más difundida ya que tiene su origen en el poder ejecutivo debidamente suscrito por su gabinete ministerial, ingresó a trámite constitucional el 17 de Agosto del año 2011 con el boletín 7873-07, en su mensaje reconoce que la autoridad considera a la familia como el *“pilar de la sociedad de valores, y el lugar en donde por esencia, los ciudadanos se forman, y reciben y*

*dan amor, acogimiento y formación”* reiterando, más adelante, los preceptos del artículo primero de la carta política del país<sup>374</sup>.

Señala que la familia se manifiesta a través de distintas expresiones, como la tradicional fundada en el matrimonio, pero también existen otras como las monoparentales, las extendidas, las consanguíneas y las derivadas de la convivencia, mereciendo todas ellas, incluso las que no pueden procrear el mismo respeto y consideración por parte del estado, ya que todas, en mayor o menor medida, constituyen un beneficio para quienes la integran ya que permiten compartir amor, afecto y vivir en la intimidad siendo un apoyo en la esfera emocional y material para amortiguar las oscilaciones cíclicas de cada uno de sus miembros<sup>375</sup>.

Por ello, y considerando que un 15% de los chilenos mayores de 18 años de edad declara ser soltero y convivir, lo que representa aproximadamente a dos millones de personas, se demuestra la necesidad de regular y proteger dichas uniones dotando de certeza jurídica los derechos y obligaciones que de ella emanan, tanto en las parejas del mismo como de distinto sexo, desde luego sin alterar la condición heterosexual que por naturaleza se le asigna al matrimonio<sup>376</sup>.

---

<sup>374</sup> Cfr. Mensaje Boletín 7873-07 en Biblioteca del Congreso Nacional.

<sup>375</sup> Ídem.

<sup>376</sup> Ídem.

La iniciativa legal en su artículo 1° define el acuerdo de vida en pareja como *“un contrato celebrado entre dos personas con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, el que sólo generará los derechos y obligaciones que establece la presente ley y en ningún caso, alterará el estado civil de los contratantes”*.

El mismo puede ser suscrito por las personas mayores de edad que tengan la libre administración de sus bienes, estando prohibido para los ascendientes y descendientes por consanguinidad o colaterales consanguíneos hasta el segundo grado, o a los unidos por vínculo matrimonial u otro acuerdo de vida en pareja vigente. El pacto se materializa por escritura pública otorgada ante notario o ante oficial del Registro Civil, instrumentos que deberán inscribirse en un registro especial del Servicio de Registro Civil e Identificación en el plazo de diez días hábiles a petición de cualquier contratante, y a partir de dicha fecha producirá efectos entre las partes como respecto de terceros (artículos 2-5).

En sus efectos patrimoniales los contrayentes se deben ayuda mutua debiendo contribuir a solventar los gastos de la vida en común en atención a sus facultades económicas, a su vez, se considera la formación de una comunidad de bienes integrada por los muebles adquiridos a título oneroso no sujetos a registro que se hubiesen adquirido durante la vigencia del acuerdo de vida en pareja. Del mismo modo, se contemplan derechos hereditarios cuando el acuerdo ha tenido una

duración mínima de un año y concluya por muerte de un contratante sin existencia de testamento, caso en el cual, el sobreviviente concurrirá con los hijos del causante y recibirá una porción equivalente a lo que por legítima efectiva o rigurosa hubiese de corresponderle a éstos. A falta de descendencia, concurrirá con los ascendientes más próximos dividiéndose la masa hereditaria en dos partes iguales, a falta de todos ellos el contratante sucederá en la integridad de los bienes, y a falta del mismo sucederán los ascendientes. Si existe testamento y el acuerdo se ha mantenido vigente por al menos un año el sobreviviente podrá ser favorecido con todo o parte de la cuarta de mejoras (artículos 7-10).

En materia de salud tanto publica como privada cualquiera de ellos podrá ser carga del otro (artículo 11).

El acuerdo concluirá por muerte natural o presunta de alguno de sus miembros, matrimonio entre ellos o con terceras personas, declaración de nulidad, voluntad unilateral o mutuo acuerdo, en caso de terminar por alguna de estas dos últimas se requerirá de la escritura pública subinscrita al margen de la inscripción del registro especial, y si es unilateral, deberá además enviarse copia de la escritura a la contraria mediante carta certificada notarial en el plazo de diez días hábiles contados desde su otorgamiento, si la misma no se enviare no afectará el término del acuerdo pero hará responsable al negligente de todos los perjuicios ocasionados al otro contratante derivado del desconocimiento. No pudiendo alegarse ignorancia luego

de transcurridos tres meses de la anotación marginal de la inscripción especial. La sentencia judicial que declare la nulidad del acuerdo deberá inscribirse en el mismo registro y sólo será oponible a terceros cuando la misma se verifique, siendo competente para el conocimiento de estas materias el juez de letras del domicilio de cualquier contrayente (artículo 6 y 15).

Finalmente, hace extensible para los miembros del acuerdo las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones legales y reglamentarias aplicables a los cónyuges, planteando también, modificar el Decreto Ley 3.500 sobre sistema de pensiones, la ley 20.255 sobre reforma previsional, el Decreto con Fuerza de ley 29 sobre Estatuto Administrativo, la ley 18.883 sobre Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, el Código de Procedimiento Civil, el Código Orgánico de Tribunales, ley 20.000 sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes, ley 20.340 sobre Actos y Contratos Respecto de Viviendas Adquiridas con el Respaldo Programas Habitacionales Estatales, el Código Sanitario, Penal, Procesal Penal, Trabajo, ley 4.408 sobre Registro Civil, 17.344 sobre Cambio de Nombres y Apellidos, 16.618 sobre Menores, 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, 16.271 sobre Impuesto a la Herencia, Asignaciones y Donaciones y 18.314 sobre Conductas Terroristas (artículos 12, 13 y 16-29).

En síntesis este proyecto está contemplado para uniones afectivas indistintamente del sexo de sus miembros y constituye una protección al matrimonio como institución

exclusiva de carácter heterosexual, haciendo aplicable sólo algunos de los derechos y obligaciones conyugales, por lo que se trata de una alternativa intermedia a la simple unión fáctica y a unión marital, siendo el que con mayor rigor legislativo y metodológico ha abordado la dinámica del concubinato, en especial, por la detallada modificación de las normas legales complementarias que en caso de aprobación se verían afectadas.

9. Los proyectos de ley destinados a cautelar el matrimonio entre personas de distinto sexo

La posible regulación de las uniones sentimentales no amparadas por vínculo matrimonial sin consideración al sexo de sus miembros, se ha traducido en diversos proyectos de ley destinados a resguardar el vínculo marital como unión heterosexual, ello porque consideran que una eventual aprobación que reglamente uniones fácticas podría constituir una eventual puerta de entrada para modificar el artículo 102 del Código Civil posibilitando el matrimonio homosexual. Entre estas iniciativas podemos mencionar las siguientes:

9.1. El proyecto que modifica el artículo 31 de la ley 19.620 sobre Adopción de Menores

El cual tiene su origen en moción presentada el 20 de Abril de 2005 con el boletín 3847-18 por los diputados Sergio Correa, María Angélica Cristi, Andrés Egaña, Javier Hernández, José Antonio Kast, Patricio Melero, Pablo Lorca, Felipe Salaberry, Gonzalo Uriarte e Ignacio Urrutia. En su mensaje contempla: “*que nuestra legislación civil considera familia a la que nace del matrimonio*”, el que sólo puede manifestarse en personas de distinto sexo, por lo que el interés superior del adoptado se cumplirá de mejor forma en esta institución<sup>377</sup>.

Así las cosas, su único norma plantea modificar el actual artículo 31° en el sentido de incorporar un nuevo inciso segundo que disponga: “*el juez sólo podrá otorgar la adopción de un menor a un matrimonio extranjero no residente en Chile cuando se trate de cónyuges de diferente sexo*”.

La iniciativa se encuentra en primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados desde el 07 de Junio de 2005.

9.2. El proyecto que sustituye el inciso quinto del artículo 1° de la Constitución Política de la República

Tiene su origen en moción presentada el 11 de Mayo de 2005 con el boletín 3863-07 por los diputados Jorge Burgos, Alberto Cardemil, Marcela Cubillos, Marcelo

---

<sup>377</sup> Cfr. Mensaje Boletín 3847-18 en Biblioteca del Congreso Nacional.



Forni, Pablo Lorenzini, Nicolás Monckeberg, Darío Paya, Felipe Salaberry, Rodolfo Seguel y Patricio Walker. En su mensaje señala que el matrimonio es el principal elemento fundante de la familia, y merece ser explicitado más allá de toda duda que implique reconocerlo como la unión entre un hombre y una mujer, en especial, considerando que en nuestro país se reconoce la validez de las uniones conyugales celebradas en el exterior, por lo que resulta necesario reflejar tal espíritu a escala constitucional<sup>378</sup>.

De modo su única norma propone sustituir el inciso quinto del artículo 1° de la Carta Política en los siguientes términos: *"Son deberes del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propendiendo al fortalecimiento de ésta y reconociendo el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer; promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional"*.

El proyecto se encuentra archivado desde el 09 de Junio del año 2009.

9.3. El proyecto que reforma el artículo 1° de la Constitución Política de la República con el objeto de fortalecer la protección de la familia

---

<sup>378</sup> Cfr. Mensaje Boletín 3863-07 en Biblioteca del Congreso Nacional.

Tiene su origen en moción presentada el 08 de Septiembre de 2010 con el boletín 7198-07 por los diputados Pedro Browne, Alberto Cardemil, José Manuel Edwards, René García, Nicolás Monckeberg, Leopoldo Pérez, Alejandro Santana y Germán Verdugo. En su mensaje reproduce el articulado constitucional que identifica a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, siendo un deber del estado protegerla y propender a su fortalecimiento, lo que se encuentra en plena armonía con lo dispuesto en el artículo 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, al prescribir que *“la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del estado”*<sup>379</sup>.

Ella debe ser entendida como la conformada por los padres e hijos, fruto de la unión de un hombre y una mujer, lo que también implica uniones matrimoniales, las de hecho de diverso género como también las derivadas de la adopción, por lo que su única norma plantea la siguiente modificación al artículo 1° de la carta fundamental: eliminase la voz *“ésta”*, e intercálese en su reemplazo la siguiente oración, después de la frase *“propender al fortalecimiento de”* y antes de la coma: *“toda unión de un hombre y una mujer con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”*. A su vez, agrégase antes de la frase *“promover la integración armónica”*, la frase *“así como también”*.

---

<sup>379</sup> Cfr. Mensaje Boletín 7198-07 en Biblioteca del Congreso Nacional.

El proyecto se encuentra en primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados desde el 08 de Septiembre de 2010.

## 10. Los proyectos de ley que posibilitan la unión conyugal de personas del mismo sexo

Los diversos proyectos sobre uniones de hecho no sólo han generado las reacciones precedentemente descritas, sino que algunas iniciativas parlamentarias pretenden ahondar con mayor profundidad en las uniones de personas del mismo género confiriéndole el estatuto protector del matrimonio. Entre ellas se pueden mencionar la siguiente.

### 10.1. El proyecto sobre el contrato de matrimonio entre personas del mismo sexo

Tiene su origen en moción presentada el 03 de Agosto de 2010 con el boletín 7099-07 por los senadores Isabel Allende, Guido Girardi, Ricardo Lagos, Alejandro Navarro y Fulvio Rossi. En su mensaje contempla que nuestro Código Civil data de la segunda mitad del siglo XIX, habiendo sufrido una serie de modificaciones que se condicen con los cambios de la sociedad durante el transcurso del tiempo, por ello, la definición actual de matrimonio es insatisfactoria siendo necesario modificar su concepto decimonónico, reconociendo su carácter de derecho esencial inherente a la persona humana sin condicionarlo a la orientación sexual, ya que significa afectar

la igualdad entre todos los seres humanos cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición, lo que es el fiel reflejo de las tendencias en el derecho comparado<sup>380</sup>.

De este modo resulta necesario modificar dos características del precepto vigente, la primera de ellas que lo condiciona a contrayentes varón y mujer; y la segunda, referente a su finalidad reproductiva, ambas propuestas permitirán evitar la exclusión arbitraria de cierto tipo de personas reconociéndoles su inherente y esencial derecho<sup>381</sup>.

Por ello se plantea modificar el actual artículo 102 del Código Civil en los siguientes términos: sustituir la expresión *“un hombre y una mujer”* por *“dos personas”* y suprimir la frase *“de procrear”*. Como consecuencia de ello, también se plantea modificar la ley sobre Matrimonio Civil para agregar al inciso segundo numeral 4 del artículo 54, a continuación de la palabra homosexual, la siguiente expresión: *“en el caso del matrimonio entre un hombre y una mujer”*. Suprimiéndose el inciso primero del artículo 80 la frase *“siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer”* (artículos 1 y 2).

El senador Navarro retiró su firma del proyecto, el que se encuentra desde el 07 de Septiembre de 2010 en primer trámite constitucional en el Senado.

---

<sup>380</sup> Cfr. Mensaje Boletín 7099-07 en Biblioteca del Congreso Nacional.

<sup>381</sup> Ídem.

Todos estos proyectos difieren en su contenido y órbita protectora pero arrojan como denominador común el reconocimiento que el derecho de familia está en constante transformación y modificación, siendo muy difícil poder determinar que ocurrirá con el mismo como también con su contenido.

Finalmente, en cuanto a las conclusiones de este tercer capítulo es procedente indicar que los reglamentos constitucionales de 1811, 1812, 1814 no se referían en lo más mínimo a la familia, sin perjuicio de ello, la marcada protección de los ideales de la iglesia católica y el derecho indiano que distinguía entre hijos legítimos e ilegítimos según la unión marital de los progenitores, sólo permite colegir el concepto de familia se articulaba únicamente en torno al matrimonio.

Los cuerpos constitucionales de 1818, 1822, 1823, 1828, 1833 sólo se referían tangencialmente a la familia como unidad social y la autoridad de su guía con una arraigada defensa de la ideología moral cristiana, por lo que es dable inferir que su reconocimiento se extiende sólo a la unión marital, en especial considerando que la convivencia o concubinato no era un factor de interés o preocupación social de la época. La constitución de 1925 si bien marca la separación de la iglesia del estado y la libertad de culto, no permite arribar a una conclusión distinta de sus predecesores, por el contexto histórico y la vigencia de un Código Civil que distinguía diferentes tipos de hijos. La actual carta fundamental del año 1980 y su discutida expresión: *“la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”*, por su

momento histórico y las actas constitucionales sólo puede ser comprendida en el sentido de la cautela proporcionada al matrimonio, ello por la conservadora óptica del régimen militar, y en especial, porque resultaría impensado que los ideólogos del principal cuerpo político pretendiesen proteger a las uniones de hecho, lo que a mayor abundamiento se ve reforzado por la normativa de filiación que a la sazón regía en el Código Civil. Una interpretación distinta sólo es dable a partir de la entrada vigencia de la ley 19.585 sobre Filiación y 19.947 de Matrimonio Civil, constituyendo un punto de inflexión, el que asegura la igualdad de los hijos y posibilitando un divorcio vincular.

El Código Civil nunca ha definido a la familia, sin perjuicio de ello, construye y regula con su disposición normativa la unión del hombre y la mujer basada en el matrimonio, su rostro concreto lo encontramos en la autoridad patriarcal del varón en el régimen de sociedad conyugal y en los bienes familiares. En sus comienzos marcó profundas diferencias para los hijos basado en el origen de éstos y sus derechos alimentarios y sucesorios, moldeando una familia fundada en la prole matrimonial, la situación sólo cambiaría en los inicios del siglo XX con las reformas incorporadas por las leyes de Filiación y Matrimonio Civil, garantizando la igualdad de derechos para toda la descendencia, lo que sumado a la expresión: *“el matrimonio es la base principal de la familia”* nos permiten sostener que el cuerpo legal en nuestros días reconoce a la familia compuesta por el matrimonio y la simple convivencia, lo que se ve corroborado por las normas de las guardas y la

composición familiar descrita en el artículo 815 sobre el derecho de uso y habitación.

La antigua ley 19.325 y actual 20.066 sobre violencia intrafamiliar claramente cautelan la relación de pareja, sin establecer diferencias entre el matrimonio y la simple convivencia, por lo que el reconocimiento legal es para la familia de hecho como de derecho.

En lo referente a la adopción la ley 7.613 no constituía estado civil ni desarraigaba al menor de su familia de origen, por lo que la noción de familia está condicionada a su óptica de análisis, si se funda en el estado civil de hijo claramente no estamos en presencia de esta agrupación, si lo es en caso de estimar que la *affectio* es fu factor determinante. Por su parte, la ley 16.346 contemplaba el estado civil de hijo respecto del adoptado desligando al niño de su origen biológico para incorporarlo a una nueva agrupación. La adopción simple y plena contemplada en la ley 18.703 producía efectos similares a los de sus predecesores 7.613 y 16.346 respectivamente, de modo que sólo cabe referirse a lo ya expresado para dichos cuerpos legales. La actual vigente 19.620 contempla que el niño adquiere el estado civil respecto de sus progenitores desarraigándolo de sus orígenes sanguíneos.

En ese sentido es importante indicar que el objetivo de las diversas leyes de adopción es conferir u otorgar protección al niño o adolescente incorporándolo a un nuevo grupo humano, sin perjuicio de la constitución del estado civil de hijo, por ello en la conformación de la condición familiar se prescinde del vínculo biológico como uno de los factores determinantes. Es del caso señalar, que en conformidad a la ley vigente, existe preferencia para adoptar a quienes gocen del estado matrimonial, sin impedir que subsidiariamente lo hagan personas solteras, divorciadas o viudas, lo que es fiel reflejo que el matrimonio es la principal base de la familia pero en ningún caso su única forma de manifestación.

Los diversos tratados internacionales suscritos y vigentes en Chile, reflejan el espíritu internacional en consagrar la igualdad de derechos para todos los hijos, tanto en el orden teórico como práctico, lo que permite concluir inequívocamente la protección de la familia matrimonial como no matrimonial.



## **CAPÍTULO CUARTO**

### **EL CONCEPTO DE FAMILIA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL**

En los tres primeros capítulos de este trabajo se ha analizado, la evolución histórica, el estado o conformación de la familia y el concepto que recaba cada uno de los diversos cuerpos legales de nuestro país, corresponde ahora indagar el aspecto práctico, es decir, que entienden por familia los tribunales superiores de justicia. Para ello se expondrán diversos fallos en relación con las leyes estudiadas, es del caso señalar que atendida la gran cantidad de jurisprudencia sobre la materia se exponen aquellos que pretendieron proporcionar una definición o adhirieron a alguna postura doctrinaria sobre el termino en controversia.

#### 1. Tribunal: Corte de Apelaciones de Concepción

Fecha: 31 de Marzo de 2008, rol 1359-2002.

Hechos: El litigio en comento tiene lugar por una demanda de declaración de bien familiar dirigida contra el cónyuge propietario, el tribunal de primera instancia desestimó la petición bajo el argumento de no cumplirse los requisitos copulativos del artículo 141 del Código Civil, sentencia que es recurrida de apelación en alzada.

Normativa aplicable: Artículo 141 del Código Civil.

Doctrina: La declaración de bien familiar procede en cuanto se cumplan los requisitos copulativos del artículo 141 del Código Civil, esto es, la existencia de un vínculo matrimonial vigente y que el inmueble constituya la residencia principal de la familia, sin importar si existe descendencia del enlace conyugal.

Comentario: La Corte reconoce y refleja la antagónica posición del artículo 141 del Código Civil, sobre bienes familiares, y el artículo 815 del mismo cuerpo legal, referente al derecho de uso o habitación. La primera norma exige la condición matrimonial para conferir el estatuto protector del derecho, mientras que la segunda, al describir la familia permite colegir que su composición no se encuentra circunscrita al enlace marital. Sustenta su análisis con las definiciones del diccionario de la lengua española y del tratadista Manuel Somarriva Undurraga, las que en síntesis articulan el concepto por una relación de parentesco derivada no sólo del matrimonio sino que también por la descendencia o adopción.

Más allá va César Frigeiro Castaldi que estima sólo como un referente el artículo 815, indicando que la evolución del fenómeno socio-familiar tanto en el mundo occidental como en nuestro país permiten comprenderla no sólo como el grupo que residiendo en un mismo techo se encuentra unido por matrimonio o

parentesco, sino que también por dependencia amistad con caracteres de permanente o indefinida convivencia.

No obstante ello, luego recurre a citar una jurisprudencia previa de la Corte de Apelaciones de Arica, en la que se consigna que existe familia desde que se contrae matrimonio, manteniéndose tal condición mientras el vínculo no esté disuelto, sin que para mantener su existencia como figura legal requiera del nacimiento de hijo, de lo que es posible inferir la homologación del matrimonio a familia.

Esta dicotomía no afecta el fondo del asunto, ya que el fallo se sustenta en el estricto análisis de los dos presupuestos exigidos en el artículo 141 del Código en comento, es decir, la existencia de un inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges y que el mismo constituya la residencia principal de la familia, por lo que una vez verificados en el caso sub lite, decide revocar el fallo de primera instancia acogiendo la demanda de autos, protegiendo sólo a la familia de derecho o matrimonial.

2.Tribunal: Corte de Apelaciones de Concepción

Fecha: 23 de Marzo de 2007, rol 4379-2005.

Hechos: El litigio en comento tiene lugar por una demanda de declaración de bien familiar dirigida contra el cónyuge propietario, el tribunal de primera instancia acogió la petición por cumplirse los requisitos copulativos del artículo 141 del Código Civil, sentencia que es recurrida de apelación y revocada desestimando la acción en alzada.

Normativa aplicable: Artículo 141 del Código Civil.

Doctrina: La declaración de bien familiar exige además del enlace conyugal y que el inmueble principal constituya la residencia de la familia, la existencia de hijos en común, ya que de lo contrario no es posible colegir la existencia de familia.

Comentario: Al igual que el descrito precedentemente refleja la antagónica posición del artículo 141 con el 815 del Código Civil, referente a la composición y requisitos exigibles para constituir la familia. Por ello y reconociendo la existencia de un vacío doctrinario sobre la terminología, recurre al diccionario de la real academia española que la define como *“un grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas bajo la autoridad de una de ellas”*, o bien como *“un conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje”*.

En ese sentido, a criterio del sentenciador adquiere especial relevancia la existencia de hijos, configurando la descendencia como un requisito de existencia de la familia, ya que ellos tienen el vínculo de parentesco con sus padres, mas no así los cónyuges, que jurídicamente no son parientes entre sí, lo que también se desprende del derecho sucesorio, en el que precisamente se ha incorporado al cónyuge debido a que no puede concurrir a la herencia como pariente, justamente por no serlo.

Así las cosas y de la misma norma se desprende que para declarar un inmueble bien familiar, es necesario que éste cobije a la familia, o sea, que sirva de residencia principal a la misma constituyendo un resguardo a los hijos que viven con ambos padres o sólo uno de ellos, de modo que su declaración no sólo beneficie al cónyuge solicitante sino también a la prole que conviva con alguno de los mismos, constituyéndose así en una acción de beneficio común y no de provecho individual del solicitante.

A mayor abundamiento, absolvió posiciones en segunda instancia la demandante de autos la que ha reconocido que durante el matrimonio no nacieron hijos.

De este modo, se colige inequívocamente que el tribunal de alzada considera que para la existencia de una familia no sólo es necesario la materialización del

vínculo matrimonial o la relación de pareja, sino que también la presencia de hijos, criterio que consideramos errado, toda vez que una pareja que no pueda o no quiera tener hijos quedaría exenta de la denominación estudio. Además de ello, en conformidad a lo expuesto en el capítulo segundo de este trabajo la doctrina considera como elementos articuladores de una agrupación familiar, la comunidad de personas, *la affectio familiaris*, el vínculo de pareja o parentesco y la manifestación de una autoridad, lo que efectivamente se plasma en el caso sub lite, no siendo correcta la determinación que revoca el fallo de primera instancia desestimando la demanda de autos.

### 3. Tribunal: Juzgado de Letras de Río Negro

Fecha: 31 de Octubre de 2000, rol primera instancia 17.712, Corte De Apelaciones de Valdivia 11.470-2000 y Corte Suprema 1337-2001.

Hechos: El litigio en comento tiene su origen en la demanda por declaración de bien familiar y petición de usufructo que entabla el marido contra su cónyuge sobre un predio agrícola de 200,11 hectáreas de extensión, el solicitante vive con su padre, mientras que la mujer con los hijos en común en otra propiedad. El libelo fue rechazado en primera instancia, posteriormente la apelación y casación en el fondo también son desestimadas.

Normativa aplicable: Artículo 141 del Código Civil.

Doctrina: La declaración de bien familiar pretende proteger a la familia y por ella ha de entenderse aquella en donde reside la misma, es decir, al menos uno de los cónyuges y los hijos en común. En el caso sub lite es indesmentible que el actor reside en un inmueble con su progenitor, mientras que la cónyuge demanda vive junto a sus hijos en otra propiedad, lo que desde luego constituye la familia, ya que en éste habita el mayor número de sus miembros.

Comentario: El fallo en análisis plantea expresamente la temática de la composición de la familia, reconociendo la existencia de un Código Civil de índole romanista que no define la institución, para resolver el asunto refiere diversos conceptos doctrinarios sobre la familia, el primero de ellos nuclear, compuesto por los padres e hijos; el segundo de carácter tradicional, integrado por las relaciones derivadas del matrimonio y parentesco incluidos los colaterales; y el tercero del Diccionario de la Real Academia Española, el que la describe como la gente que vive en una casa bajo la autoridad del señor de ella y que la extiende a los criados.

Respecto de la naturaleza de los vínculos que en ella se manifiestan, hace hincapié en el predominio de las relaciones personales, éticas y jerárquicas por sobre las patrimoniales sin excluirlas, ello refleja el privilegio del interés superior de la colectividad por el instinto de sobrevivencia.

Todo ello implica otorgar protección a la habitación familiar en su sentido de residencia y en carácter de principal, por lo que no puede considerarse que un predio agrícola de 200,11 hectáreas, aunque sea apto para el albergue o habitación, persiga tal finalidad. A mayor abundamiento, precisa que si se opta por la versión más reducida de integración de familia, dicho concepto subyace la idea de grupo, en circunstancias que el demandante sólo ha podido probar que vive con su padre, lo que si bien podría constituir una familia, refleja la existencia de otra, compuesta por la madre y los hijos comunes que residen en otro inmueble, lo que invariablemente constata que la residencia principal es aquella en donde se encuentre el mayor número de sus miembros.

Así las cosas, bajo la óptica del cumplimiento de los presupuestos legales del artículo 141 de Código Civil, se constata que dos cónyuges separados de hecho componen y a la vez integran familias diferentes, con lo que adquiere especial relevancia la expresión hogar, la que es entendida como inmueble de residencia principal, lo que, en este caso, constituye sinonimia del concepto familia.

4. Tribunal: Juzgado de Letras de Arica

Fecha: 13 de Enero de 2003, rol primera instancia: 481-2002, Corte de Apelaciones de Arica: rol 8945-2003 y Corte Suprema: rol 2800-2003.



Hechos: La cónyuge solicita se declare bien familiar el inmueble en el cual ella reside por constituir el principal de la familia en común, cabe señalar que el demandado contestó que no es posible acceder a la solicitud toda vez que de la unión no hubo hijos, y como ambos ya se encuentran separados de hecho no puede colegirse la existencia de una familia. El tribunal de primera instancia desestima el libelo argumentando que la institución de los bienes familiares no pueden favorecer en forma personal y exclusiva a una de las partes. En recurso de apelación la Corte revoca el fallo y acoge la demanda preceptuando que la vigencia del matrimonio constituye una familia, aún cuando desde el punto de vista material no lo sean, ya que el legislador se ha apartado de lo material dando vida a lo legal.

Normativa aplicable: Artículo 141 del Código Civil.

Doctrina: La declaración de bien familiar tiene lugar en la medida que las partes se encuentren unidas mediante vínculo matrimonial vigente; y cuando una de ellas resida en el inmueble principal de la familia, inclusive cuando no existan hijos del enlace conyugal, ya que si bien desde el punto de vista material no son una familia, indudablemente lo son desde la esfera legal.

Comentario: El fallo en comento reconoce que se constituye una familia por la unión matrimonial, circunstancia que permanece inalterada mientras el mismo no

se disuelva por una causal contemplada en la ley, sin perjuicio de ello, en la medida que los cónyuges se encuentren separados de hecho y no hayan concebido hijos, no es posible colegir la existencia de familia, ya que los dos miembros que la componen ya no viven juntos. Así las cosas, la declaración de bien familiar no generaría un beneficio a la institución en estudio sino al provecho individual de un cónyuge.

En síntesis la sentencia de primera instancia considera familia a la unión derivada del matrimonio aunque no existan hijos en común, únicamente si residen en el mismo techo u hogar.

Conociendo la Apelación el tribunal de alzada estima que la familia se conforma mediante el vínculo matrimonial, sin embargo y a diferencia del fallo de primera instancia no lo condiciona a la existencia de hijos si los contrayentes no viven juntos, ya que lo contrario significaría excluir de la denominación familiar a las uniones conyugales que carezcan de descendencia. En ese sentido la sola existencia del enlace matrimonial mantiene vigente la familia que articulan sus integrantes, por ello y en consideración a los elementos analizados en este trabajo, nos parece correcto el criterio sostenido por la Corte, toda vez que por diversas causas puede ocurrir que la pareja de cónyuges no resida en el mismo techo o que decida o no pueda tener hijos; lo cual no es óbice para que igualmente sea considerada como familia. Una conclusión en contrario sólo es

posible sostenerla en la medida que exista una manifestación de voluntad expresa destinada a dejar sin efecto el enlace reconocido por el derecho, lo que sólo se materializaría con la declaración judicial de divorcio o nulidad matrimonial.

Mientras que la sentencia de la Corte Suprema desestima el recurso de casación en la forma fundado en los vicios de ultra petita; y omisión de consideraciones de hecho y derecho como la enunciación de las leyes y principios de equidad en los que se funda el fallo. En lo referente a la casación en el fondo, también es rechazada, toda vez que el artículo 141 del Código Civil únicamente exige que el inmueble objeto de la declaración sea propiedad de cualquiera de los cónyuges y que sirva de residencia principal de la familia, no procediendo analizar su situación patrimonial u otros aspectos como la existencia de hijos.

De este modo se reconoce a la familia como la institución articulada mediante el matrimonio, aunque no exista descendencia y no resida bajo el mismo el techo, siempre que subsista el enlace amparado por el derecho. Cabe hacer presente que la sentencia en análisis también se refiere al artículo 815 del Código Civil, norma que si bien no exige el vínculo matrimonial para referirse a los componentes de una familia, igualmente resultaría aplicable al caso sub lite, ya que puede entenderse que se está en presencia de la familia aunque no exista descendencia.

5. Tribunal: Corte Suprema

Fecha: 21 de Agosto de 2006, rol 5022-2004.

Hechos: El litigio se origina en el Quinto Juzgado Civil de Santiago, caratulados AAMA con MVJJ, juicio sumario sobre declaración de bien familiar, cabe hacer presente que las partes se encuentran casadas bajo separación total de bienes y los hijos en común son mayores de edad, es importante hacer presente que los hijos en común residen con el padre. Así las cosas, por sentencia de diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, escrita a fojas 157, se rechazó íntegramente la demanda de lo principal y la solicitud del primer otrosí, declarando, además, que cada parte pagará sus costas. En contra de ella se alzó la parte demandante y una de las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de veintitrés de septiembre de dos mil cuatro, que se lee a fojas 191, la confirmó, sin modificaciones. En contra de esta última sentencia, el demandante dedujo sendos recursos de casación en la forma y en el fondo, que pasan a analizarse. Se ordenó traer los autos en relación.

Normativa aplicable: Artículo 141 del Código Civil e incisos segundo y quinto artículo 1 Constitución Política de la República.

Doctrina: La declaración de bien familiar tiene lugar en la medida que las partes se encuentren unidas mediante vínculo matrimonial vigente; y cuando una de ellas

resida en el inmueble principal de la familia, empero, la misma no puede tener cabida si la demandante reside sola en el inmueble pretendido, mientras que la demandada lo hace junto a los hijos en común en un lugar distinto, toda vez que en el caso sub lite claramente la familia y el inmueble que sirve de residencia principal es aquel en donde habita el demandado.

Comentario: En este caso la Corte Suprema desestima el recurso de casación en la forma fundado en el vicio de falta de decisión del asunto controvertido, toda vez que efectivamente ha existido un pronunciamiento respecto a la petición principal sobre la declaración de bien familiar y también en cuanto a la subsidiaria sobre constitución de usufructo vitalicio, de modo que el rechazo de la pretensión no debe confundirse con la falta de fundamento jurídico. En cuanto al fondo el sentenciador reconoce que el concepto familia se encuentra disgregado en diversos cuerpos legales, entre ellos el artículo 1° de la Constitución Política de la República, el 815, 988 del Código Civil y la ley de violencia intrafamiliar, entre otros, sin perjuicio de ello, en ninguno de los textos citados se define la institución, por lo que queda al interprete precisar el genuino sentido y alcance de ésta en consideración al espíritu de cada una de las normas que la cautelan.

En conformidad a los antecedentes que obran en el proceso se ha demostrado que los cónyuges casados bajo régimen de separación total de bienes se encuentran separados de hecho, residiendo en inmuebles distintos, y que los hijos

de la unión marital se encuentran viviendo con el padre. En ese orden de ideas no procede calificar ni indagar en las circunstancias morales y personales del marido o mujer que motivaron el cese de la convivencia.

Así las cosas, el inmueble objeto de autos no cumple el requisito de constituir la residencia principal de la familia, comprendida en su sentido tradicional, ya que sólo sirve de morada a la parte demandante, pero en ningún caso a los hijos comunes y al cónyuge demandado lo que de por sí constituye la familia.

En ese sentido concordamos con el criterio del máximo tribunal de la república, ya que como se señaló en el capítulo segundo de este trabajo, la institución en estudio se articula por la relación de pareja o parentesco, más a *affectio*, la autoridad y la comunidad, o sea la pluralidad de personas, por lo que en el caso sub lite, naturalmente la continuidad familiar se encuentra en la comunidad que integran el padre y los hijos de la relación conyugal, pero no bajo la órbita de la cónyuge que reside sin otros integrantes del grupo citado.

6.Tribunal: Corte de Apelaciones de La Serena

Fecha: 08 Enero de 2007, rol 373-2006.

Hechos: En este caso se ha recurrido de nulidad en contra de la sentencia pronunciada por el Juzgado de Garantía de Combarbalá, la que condena a uno de

los convivientes de una pareja homosexual como autor del delito de maltrato habitual contemplado en el artículo 14 de la ley 20.066, fundado en que el alcance del artículo 5 de la ley en comento estaría destinada únicamente a prevenir, erradicar y punir la conducta de personas heterosexuales. El tribunal de alzada razona indicando que la ley no distingue o establece diferencias en relación con el sexo de sus integrantes, por lo que no corresponde al intérprete desatender el tenor literal so pretexto de consultar su espíritu, de este modo reconoce expresamente como núcleo e integrantes del grupo familiar a la relación afectiva derivada de la convivencia de las personas del mismo sexo.

Normativa aplicable: Artículos 5 y 14 ley 20.066.

Doctrina: La violencia intrafamiliar entendida como el menoscabo a la integridad física, psíquica, sexual y económica cometida en contra de uno de los miembros de la pareja, no puede encontrarse circunscrita a los convivientes heterosexuales, por el contrario al no distinguir el legislador, corresponde hacer efectivo su ámbito de aplicación a la pareja compuesta por personas de distinto y del mismo sexo.

Comentario: En ese orden de ideas, y en conformidad a las conclusiones ya consignadas en el capítulo 3 de este trabajo nos parece acertado el razonamiento de la corte, toda vez que el concepto de familia que desarrolla la ley de violencia intrafamiliar, apunta esencialmente a la *affectio* que existe en toda relación pareja,

cautelando no sólo a los integrantes de ésta sino que también a los consanguíneos, afines y otras personas que se encuentren bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar, sin considerar bajo ningún supuesto el sexo o condición sexual de cualquiera de sus miembros, lo anterior es del todo coherente y armónico con los objetivos y delineamientos de la norma, ya cualquier distinción que guarde relación con el sexo o referente la unión de hecho o derecho de sus integrantes, constituirá una diferencia arbitraria que no posibilitaría el cumplimiento de los fines previstos en el texto legal, en especial teniendo presente la temporalidad de la ley en estudio, año 2005, en donde la simple convivencia era una realidad indesmentible y creciente en nuestro país, lo que ha servido de pie para la presentación de diversos proyectos de ley sobre las uniones de hecho.

El fallo, fue acordado con el voto en contra del abogado integrante, el cual si bien reconoce que en la especie el caso podría dar lugar a una discusión sobre garantías constitucionales, en especial, la igualdad ante la ley y la no discriminación, lo cierto es que en esta situación se está en presencia de un juicio de índole penal, y como tal no puede aplicarse su sanción por analogía o extensión como ocurre en este supuesto, ya que si consideramos la convivencia homosexual para dar cabida a la violencia intrafamiliar, también se podría calificar un homicidio simple como parricidio, previsto y sancionado con una



penalidad mucho más alta que para el primero de los ilícitos mencionados, lo que de por sí en este caso refleja una errónea aplicación del derecho.

A mayor abundamiento la expresión conviviente sólo por excepción se extiende como miembro de la familia a aquel que mantiene una relación estable y notoria de carácter heterosexual, llamada también concubinaria, excluyendo por consiguiente, a los integrantes de la relación homosexual. En concordancia con lo anterior, y en abono de dicho parecer, se encuentra la discusión y tramitación de diversos proyectos de ley sobre unión civil de personas del mismo sexo, por el que se pretende proteger la existencia de la familia de personas de igual condición sexual, por lo que si se pide especificidad para resolver los asuntos patrimoniales, con mayor razón debiese serlo para las consecuencias penales de la misma unión. Confirmaría dicho criterio la ley de matrimonio civil, la que en su artículo 80 reconoce los matrimonios celebrados válidamente en el extranjero, siempre que se trate de la unión de un hombre y una mujer, configurando así un concepto de familia, para los efectos de esta ley como la unión de hecho o de derecho sólo entre hombre y mujer.

7.Tribunal: Corte Interamericana de Derechos Humanos

Fecha: 24 de Febrero de 2010.

Hechos: El fallo en comento contra el estado de Chile tiene su génesis en la solicitud de cuidado personal planteada por el padre de las tres niñas, en contra de su madre, señora Atala, esgrimiendo como fundamento la existencia de una causa calificada descrita en el artículo 225 del Código Civil, cuyo antecedente concreto es la homosexualidad de la madre, la que reside en el mismo hogar junto a su actual pareja. El juzgado de Menores de Villarrica, con fecha 29 de Octubre de 2003, rechazó el libelo pretensor fundado en que la condición sexual de por sí no constituye un impedimento para el ejercicio del rol materno, y en que no existían antecedentes de algún trastorno psicológico, psiquiátrico o inhabilidad de la progenitora, decisión confirmada el 30 de Marzo de 2004 por la Corte de Apelaciones de Temuco.

Tal determinación de la Corte fue objeto de un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia, la que mediante decisión de la cuarta sala de fecha 31 de Mayo de 2004, revocó lo resuelto concediendo el cuidado de las niñas al padre, justificando su decisión en el interés superior de las menores por sobre los personales de sus progenitores y en que se habría prescindido de la prueba testimonial que daba cuenta de la eventual discriminación de las niñas y su confusión en la sexualidad materna lo que produce un aislamiento social de ellas, sin perjuicio del proceso disciplinario seguido contra la jueza Atala por la divulgación a los medios de comunicación de su opción sexual.

Normativa aplicable: Artículo 225 Código Civil y 1.1, 8.1, 11.2, 17.1, 19, 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Doctrina: El concepto de familia es amplio y en ningún caso cerrado, abarcando el matrimonio y las uniones de hecho tanto de distinto como del mismo género, de modo que lo resuelto por la Corte Suprema al conferir el cuidado personal de los hijos al padre, fundado en la condición sexual de la madre quebranta el derecho a la igualdad, a la no discriminación, el derecho a ser oído de los niños y la garantía de imparcialidad.

Comentario: La Corte Internacional considera que se quebrantado el derecho a la igualdad y a la no discriminación contemplado en el artículo 24 en relación con el 1.1 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el derecho a la vida privada contemplado en el 11.2 y 17.1, todos respecto de la madre y sus hijas, el derecho a ser oído del artículo en el artículo 8.1, en perjuicio de las niñas, la garantía de imparcialidad del artículo 8.1 respecto de la requirente.

Todo ello por considerar la condición sexual como factor determinante para resolver el caso, sin atender a otras circunstancias de fondo, del mismo modo el interés superior del niño no guarda relación con las preferencias sexuales del progenitor, sino con el riesgo o daño que ello podría conllevar para las niñas, no existiendo antecedentes concretos de una confusión de roles en ellas, ni de

discriminación social o de manifestación de intereses maternos por sobre los de las hijas.

Sin lugar a dudas lo más importante para el desarrollo de este trabajo es el concepto de familia que sigue el tribunal internacional, ya que en la Convención Americana no existe un concepto cerrado de familia, ni mucho menos define o protege un modelo tradicional, por lo que familia abarca al matrimonio y otros lazos de hecho, de lo que se concluye que incorpora a los lazos afectivos de las personas de distinto como del mismo género, por lo que el criterio de la Corte Suprema es limitado y estereotipado, interfiriendo arbitrariamente en el derecho a la vida privada y familiar. A mayor abundamiento enfatiza la violación del derecho de las niñas de ser oídas y a que se tomen en consideración sus opiniones debidamente manifestadas.

Finalmente señala que respecto a la investigación disciplinaria contra la jueza Atala, si bien se inició con fundamento legal y concluyó sin sanción alguna, se ha indagado arbitrariamente su vida privada extendiéndola al ámbito profesional, existiendo prejuicios manifestados por el ministro visitador que no fueron objetivos y que sólo plantearon posturas personales referidas a la orientación sexual, lo que constituye una falta a la imparcialidad subjetiva necesaria.

En mérito de lo anterior la sentencia se considera *per se* una forma de reparación, ordenando además, brindar atención, médica, psicológica y psiquiátrica gratuita para las víctimas en forma inmediata a través de las instituciones públicas de salud, publicar el resumen oficial de la sentencia, por una vez, en el diario oficial y en un diario de amplia circulación nacional, y la totalidad de ella en un sitio web oficial, realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional, por los hechos del caso, continuar implementando, en un plazo razonable, programas y cursos permanentes de educación y capacitación dirigidos a funcionarios públicos y particularmente a funcionarios judiciales a nivel regional y nacional, y pagar indemnizaciones por daño material e inmaterial y reintegrar costas y gastos.

Respecto del voto disidente es necesario indicar que sólo considera quebrantado el artículo 11.2 de la Convención, es decir: *“Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”*, por considerar sobreabundante, innecesario y poco prudente el 17.1 que dispone: *“la familia es elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el estado”*, todo lo anterior porque familia es un concepto evolutivo, respecto del cual no existe una definición objetiva ni correspondencia entre los estados parte respecto de su integración o alcance, por lo que es existe

un margen de apreciación nacional que debe ser analizado en cada caso en particular.

Ahora, si bien concordamos con lo anterior, no es menos cierto que el caso sub-lite ha existido una injerencia arbitraria en la vida personal y en el núcleo afectivo de la persona afectada, sin que exista justificación o motivo plausible para ello, lo que claramente refleja el quebrantamiento de la garantía circunscrita a la familia, entendiéndola en el sentido del instrumento internacional como *“elemento natural y fundamental de la sociedad”*.

#### 8. Tribunal Constitucional

Fecha: 03 Noviembre de 2011, rol 1881-2010.

Hechos: El presente caso se inicia a petición de una pareja del mismo sexo que solicita hora en el Servicio de Registro Civil e Identificación para contraer válidamente matrimonio, y el de dos parejas más, de igual sexo, que habían celebrado dicho contrato en Argentina y Canadá, los que requirieron la inscripción de su matrimonio en Chile. El oficial adjunto del registro en comento rechazó la solicitud, argumentando que sólo puede inscribir matrimonios celebrados entre un hombre y una mujer.

Lo anterior fue objeto de un recurso de protección entablado ante la Corte de Apelaciones de Santiago, basado en que la negativa a inscribir dichos matrimonios quebranta el derecho a la igualdad contemplado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República. Ante ello, el presidente de la Corte en comento solicita como medida para mejor resolver un pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad del artículo 102 del Código Civil, el cual define el matrimonio como contrato que sólo puede celebrarse entre personas de distinto género.

Normativa legal aplicable: Artículo 102 del Código Civil, 19 N° 2 de la Constitución Política de la República.

Doctrina: Si bien el concepto de familia es amplio y reconoce múltiples formas de composición, entre ellas la principal, el matrimonio, además de la uniones de hecho, no corresponde, por no ser de su competencia, que la magistratura constitucional se pronuncie sobre el contenido y alcance del artículo 102 del Código Civil.

Comentario: En cuanto al análisis del fallo es procedente indicar que el Tribunal Constitucional, parte de la premisa en que el recurso de inaplicabilidad sólo puede tener cabida cuando un determinado precepto legal resulte contrario a la constitución, en términos tales que sea decisivo para un caso particular en donde

se pretenda aplicarlo. Lo anterior no se cumpliría en el caso sub lite, yoda vez que el artículo 102 del Código Civil se encuentra inserto en un amplio campo de normas que conforman el matrimonio, así las cosas lo que se pretende por su intermedio es reformular un sistema de normas de modo integral modificando la institución conyugal de un modo distinto del actual, lo que no es competencia del tribunal, ya que éste no se encuentra facultado para modificar o regular las instituciones del ordenamiento jurídico mediante un recurso de inaplicabilidad. Además de ello, al haberse circunscrito sólo al artículo 102 del cuerpo legal ya citado, y habiéndose omitido el 80 de la Ley de Matrimonio Civil (sobre matrimonios en el extranjero) aparece mal formulado no resultando decisivo el artículo 102.

Respecto de los votos particulares concurrentes el ministro Bertelsen Reppeto considera que el matrimonio sólo puede estar destinado a personas de distinto sexo ya que sólo la unión carnal entre ellas es la que, naturalmente, puede producir la procreación por lo que no puede estimarse que constituye una diferencia arbitraria o caprichosa, sino que absolutamente legitima, adecuándose a la garantía constitucional de igualdad ante la ley. En términos similares se pronunciaron los señores Venegas Palaciones, Navarro Beltrán y Oróstica Maldonado, enfatizando que son otros los estamentos estatales que deben referirse sobre las instituciones que cautelan o protejan a las uniones del mismo género.



Por su parte la ministra Peña Torres reproduce expresamente las normas que indica que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y que el matrimonio es su base principal, asimismo enfatiza que *la soberanía reconoce como límites el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*, con lo que concluye que si el matrimonio es un mecanismo articulador de la familia sólo puede estar destinado a personas del mismo sexo.

Mientras que los señores Fernández Fredes, Carmona Santander, Viera-Gallo Quesney y García Pino, señalan que la Constitución no se define ni refiere las características del matrimonio, reconociendo que dicha institución da origen a una familia, pero no tienen su origen en el enlace conyugal; puntualizando que no es posible dar rango constitucional o constitucionalizar normas dictadas por el Poder Legislativo y desnaturalizar el recurso de inaplicabilidad. En lo referente a la noción de familia en la Constitución indican que sólo se hace mención a que es *el núcleo fundamental de la sociedad y deber del Estado propender al fortalecimiento de ésta. Reconociendo la existencia de diversas formas de manifestación como la tradicional o fundada en el matrimonio*, a la cual se refiere principalmente la legislación nacional, la de hecho o convivientes, reconocidas en normas legales y con derechos asociados a la comunidad, las monoparentales, amparadas en la ley de adopción y Código del Trabajo; las reconstituidas, formadas luego de quiebres matrimoniales o de convivencias anteriores y en el marco de nuevas relaciones de pareja reconocidas legalmente; y las *ampliadas* o articuladas por un grupo de

personas parientes y no parientes. Reconociendo a su vez que la mayoría de los hijos, hoy en día nacen sin el amparo matrimonial de sus padres.

Así las cosas, considera que el matrimonio no es la única forma de conformar una familia, por lo que no existen razones para sostener que se afecta el deber del estado de proteger a la misma si la ley restringe la unión conyugal sólo a personas de sexos diferentes. Acá podemos apreciar, sin lugar a dudas lo más importante de este voto, en que es posible colegir que considera familia y protege a las agrupaciones de hecho de distinto y mismo género, independiente de la discusión sobre el alcance o extensión matrimonial para las personas de igual inclinación sexual.

Finalmente, el único voto disidente en cuanto a la forma considera que no descalifica la admisibilidad o procedencia de la acción, prueba de ello es la declaración de inconstitucionalidad del D.L. 2695, que trae aparejada la exclusión del régimen de regularización de títulos de dominio o de la norma del artículo 206 del Código Civil, sobre aspectos de la filiación, que permite ejercitar una acción privada por la aplicación del precepto, su sola declaración de inaplicabilidad si bien sólo atañe a las partes del juicio y respecto de una relación jurídica particular trae consigo una reformulación del sistema de normas.

Mientras que respecto al fondo indica que la Constitución no recoge un concepto de matrimonio, sino como un grupo intermedio que debe ser protegido. A su vez, la igualdad ante la ley, el reconocimiento de la misma dignidad intrínseca de que está dotada cada persona, debiendo el estado tratar con el mismo respeto a todos los sujetos, permitiéndoles desarrollar sus planes de vida autónomamente e igual acceso a las instituciones sociales. De este modo privar a un grupo de personas de la posibilidad de acceder a la institución matrimonial importa negarles la dignidad que la propia Constitución les reconoce, impidiéndoles el acceso al pleno desarrollo de su vida; e implica un tratamiento discriminatorio en perjuicio de las parejas del mismo sexo que no cuenta con ninguna justificación razonable en una República democrática que acepta la diversidad de formas de vida.

En cuanto a la conclusión del presente capítulo, es procedente indicar que en el orden judicial se reconoce que el matrimonio es la principal forma de composición o articulación de la familia, aunque dicha institución no produzca o genere descendencia, sin perjuicio de lo anterior, también se asigna tal carácter a las uniones de hecho, incluso a las compuestas por personas del mismo género, debiendo las diversas formas de manifestación recibir la protección en conformidad a la legislación vigente.

Por lo anterior cabe señalar que familia es un término evolutivo, que siempre generará controversia o acaloradas discusiones doctrinarias en moral legal,

judicial, moral e incluso teologal, siendo el intérprete el llamado a expresar sus fuentes de composición, finalmente, a juicio del autor de este trabajo sólo resta indicar que familia es lo que un ser humano aspira íntimamente a formar en su vida, ya que el eje esencial de nuestra estructura social primaria e irreductible dependerá de la visión u óptica de cada sujeto, con independencia de las denominaciones que puedan proporcionar los distintos estamentos de una sociedad.

## CONCLUSIÓN FINAL

Para expresar las palabras de cierre de este trabajo es procedente indicar que el término familia genera dificultades de comprensión desde sus mismas raíces terminológicas o significado etimológico, sin perjuicio de ello, existe concordancia en que deriva de la voz osca *famulia*, *famulus*, o *famel* que significa siervo, y del sánscrito *vama* que corresponde a hogar o habitación, se asocia también a *fames* que significa hambre, por lo que se puede resumir como la casa o sede física donde residen ciertas personas, además de sus bienes y esclavos.

En los tiempos primitivos es muy difícil referirse con precisión a la familia, en sus inicios predominó el *salvajismo* que gestó uniones carnales sin ningún tipo de control, con el tiempo se configuraría una situación *endogamia* o unión de sujetos pertenecientes a una misma comunidad o población, en una primera etapa la familia *consanguínea* excluyó el intercambio sexual de los padres con sus hijos y posteriormente la *punalúa* restringió la copula entre hermanos. Para más tarde dar lugar a la diversificación de las relaciones carnales que gestó la *exogamia* o vínculos entre individuos de distintas tribus o clanes, desde luego, sin la exclusividad o permanencia necesaria como para calificarlas de estables. Las primeras comunidades sedentarias y agrícolas se fundaron en el matriarcado por la inseguridad que generaba la paternidad, dando lugar al parentesco uterino, el cual, por la actividad militar y el ejercicio masivo del comercio derivó en la

posterior manifestación de la autoridad del varón, articulando el patriarcado conjuntamente con los primeros rasgos de vida en pareja o familia *sindiásmica* que luego daría origen a la monogamia.

En la antigüedad, la familia en la sociedad Griega y Romana se articulaba en torno a un poder omnímoto de su cabeza o *pater*, el cual se extendía sobre su cónyuge, hijos, esclavos y bienes, el matrimonio era la puerta por excelencia que permitía el ingreso y salida de ella, el cual más que una situación de derecho era de hecho, es decir, se configuraba por el deseo de permanecer en dicho estado o en el *affectio maritalis*. Su tipología o fisonomía externa correspondía a una familia extensa ampliada, es decir, la conformada por el marido, la mujer, los hijos, los o las cónyuges de éstos, los esclavos y los bienes, la que en su conjunto era una unidad política, social y religiosa pero fundamentalmente económica o de producción.

Debido a los conflictos bélicos, y en especial, las guerras púnicas, el advenimiento de nuevas religiones, entre ellas el cristianismo, el judaísmo y el pensamiento estoico gestaron un debilitamiento de la omnipotencia de la autoridad paterna, todo ello, al exaltarse el amor conyugal y filial con la primacía de lo individual por sobre la estirpe. Además, el control del aparato estatal en un círculo tan cerrado como el familiar generó una fuerte resistencia a la tradicional familia romana aferrada al poder paterno, difundiéndose los ideales de independencia

personal y de decisiones mancomunadas o compartidas fundadas en el amor conyugal sin sujeción a una cabeza con amplia potestad. A mayor abundamiento la incipiente independencia económica de los hijos y el establecimiento de derechos hereditarios o sucesorios fundados en la sangre, permitieron en definitiva el tránsito de una familia extensa o ampliada a una nuclear, articulada esencialmente en la unión del varón con la mujer y sus hijos como realidad afectiva, social y económica desligada de sus orígenes y poderes paternos.

Durante la edad media y con la implementación del sistema de feudos adquirió un rol preponderante la institución de los mayorazgos y el colonato, sin perjuicio de ello, la diversificación del comercio, la explotación de la tierra y la búsqueda de nuevas rutas para el tráfico de mercaderías generó la difusión masiva de contratos y sinalagmas con la intención de obligar a las partes. La familia no fue la excepción a los cambios de la época y se gestaron instrumentos tendientes a regular los regímenes de bienes como la disolución del vínculo por divorcio, su clímax se alcanzaría con el movimiento de la Reforma iniciado por Martín Lutero que negaría el carácter de sacramento al matrimonio, la iglesia reaccionaría con la Contrarreforma y el Concilio de Trento en donde se consagró el carácter sacramental de la institución marital con indisolubilidad del vínculo.

El pensamiento ilustrado no se preocupó mayormente de la familia, el cambio de óptica devino con la revolución francesa y su intención de desarraigar al clero

del control familiar, lo que se tradujo en instrumentos legales que consagrarían al matrimonio como una institución natural producto de la dimensión social del ser humano, sometiéndolo a una regulación civil o privada. Más tarde, las tendencias individualistas y el advenimiento de la revolución industrial transformaron a la familia de una unidad de producción en una de consumo, lo que motivaría la crítica social de Marx y Engels quienes postulaban la destrucción del sistema capitalista para dar lugar a una sociedad sin clases y con familias fundadas en la entrega conyugal recíproca y no en la cautela de intereses económicos.

En la segunda mitad del siglo XX, luego de las dos guerras mundiales, la mujer se incorpora al mundo laboral, se exalta la paridad o igualdad de los roles de género, lo que implica el quiebre del carácter patriarcal masificándose el divorcio y las uniones de hecho o simple convivencia.

En el orden doctrinario el concepto familia ha sido tratado en sentido amplio, intermedio, restringido, biológico, sociológico, jurídico, etc. Sin perjuicio de ello, es una realidad natural anterior al derecho, y que se encuentra constituida por la agrupación de dos o más personas unidas por una *affectio familiaris* o relaciones de afectividad o solidaridad, con ánimo de permanencia, estabilidad y en la búsqueda de la realización, física, moral y económica en la mayor medida de lo posible, en donde el matrimonio es la principal pero en ningún caso su única forma de manifestación.



Las uniones de hecho sean entre dos personas de diverso o del mismo sexo igualmente deben ser consideradas como familias si en ella se configuran los elementos integrantes de esta agrupación, lo que se ve refrendado por la presentación de numerosos de proyectos de ley que reconocen la necesidad de legislar, sin perjuicio de sus diferencias con respecto al enlace conyugal entre personas del mismo sexo.

Por ello, el derecho de familia está en constante transformación o modificación, siendo difícil precisar sus alcances y contenido, sin perjuicio de lo cual se comprende como un conjunto de normas jurídicas encargadas de regular las relaciones que se verifican en el plano familiar, perteneciendo al derecho privado, sin perjuicio de la dimensión pública o social que se deriva de la misma institución.

Este derecho se encuentra diseminado en diversos cuerpos legales, entre ellos, la Constitución Política de la República, el Código Civil, la ley 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, la ley 19.585 sobre filiación, la ley 19.620 sobre adopción, la ley 19.947 sobre matrimonio civil, la ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar y los tratados internacionales suscritos por Chile.

En los primeros antecedentes legales de nuestra república, los reglamentos constitucionales de 1811, 1812, 1814 no se referían en lo más mínimo a la familia,

sin perjuicio de ello, la marcada protección de los postulados doctrinales de la iglesia católica y el derecho indiano que distinguía entre hijos legítimos e ilegítimos según la unión marital de los progenitores, sólo permite colegir el concepto de familia se articulaba únicamente en torno al matrimonio.

Los cuerpos constitucionales de 1818, 1822, 1823, 1828, 1833 sólo se referían tangencialmente a la familia como unidad social y la autoridad de su guía con una arraigada defensa de la ideología moral cristiana, por lo que es dable inferir que su reconocimiento se extiende sólo a la unión marital, en especial considerando que la convivencia o concubinato no era un factor de interés o preocupación social de la época. La constitución de 1925 si bien marca la separación de la iglesia del estado y la libertad de culto, no permite arribar a una conclusión distinta de sus predecesores, por el contexto histórico y la vigencia de un Código Civil que distinguía diferentes tipos de hijos. La actual carta fundamental del año 1980 y su discutida expresión: *“la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”*, en sus comienzos y su momento en la historia sólo puede ser comprendida en el sentido de la cautela proporcionada al matrimonio, ello por la conservadora óptica del régimen militar, y en especial, porque resultaría impensado que los ideólogos del principal cuerpo político pretendiesen proteger a las uniones de hecho, lo que a mayor abundamiento se ve reforzado por la normativa de filiación que a la sazón regía en el Código Civil. Una interpretación distinta sólo es dable a partir de la entrada vigencia de la ley 19.585 sobre Filiación y 19.947 de Matrimonio Civil,

constituyendo un punto de inflexión, el que asegura la igualdad de los hijos y posibilitando un divorcio vincular.

El Código Civil nunca ha definido a la familia, sin perjuicio de ello, construye y regula con su disposición normativa la unión del hombre y la mujer basada en el matrimonio, su rostro concreto lo encontramos en la autoridad patriarcal del varón en el régimen de sociedad conyugal y en los bienes familiares. En sus comienzos marcó profundas diferencias para los hijos basado en el origen de éstos y sus derechos alimentarios y sucesorios, moldeando una familia fundada en la prole matrimonial, la situación sólo cambiaría en los inicios del siglo XX con las reformas incorporadas por las leyes de Filiación y Matrimonio Civil, garantizando la igualdad de derechos para toda la descendencia, lo que sumado a la expresión: *“el matrimonio es la base principal de la familia”* nos permiten sostener que el cuerpo legal en nuestros días reconoce y protege a la familia compuesta por el matrimonio y la simple convivencia, lo que se ve corroborado por las normas de las guardas y la composición familiar descrita en el artículo 815 sobre el derecho de uso y habitación.

La antigua ley 19.325 y actual 20.066 sobre violencia intrafamiliar claramente cautelan la relación de pareja, sin establecer diferencias entre el matrimonio y la simple convivencia, por lo que el reconocimiento legal es para la familia de hecho como de derecho.

En lo referente a la adopción la ley 7.613 no constituía estado civil ni desarraigaba al menor de su familia de origen, por lo que la noción de familia está condicionada a su óptica de análisis, si se funda en el estado civil de hijo claramente no estamos en presencia de esta agrupación, si lo es en caso de estimar que la *affectio* es fu factor determinante. Por su parte, la ley 16.346 contemplaba el estado civil de hijo respecto del adoptado desligando al niño de su origen biológico para incorporarlo a una nueva agrupación. La adopción simple y plena contemplada en la ley 18.703 producía efectos similares a los de sus predecesores 7.613 y 16.346 respectivamente, de modo que sólo cabe referirse a lo ya expresado para dichos cuerpos legales. La actual vigente 19.620 contempla que el niño adquiere el estado civil respecto de sus progenitores desarraigándolo de sus orígenes sanguíneos.

En ese sentido es importante indicar que el objetivo de las diversas leyes de adopción es conferir u otorgar protección al niño o adolescente incorporándolo a un nuevo grupo humano, sin perjuicio de la constitución del estado civil de hijo, por ello en la conformación de la condición familiar se prescinde del vínculo biológico como uno de los factores determinantes. Es del caso señalar, que en conformidad a la ley vigente, existe preferencia para adoptar a quienes gocen del estado matrimonial, sin impedir que subsidiariamente lo hagan personas solteras, divorciadas o viudas, lo que es fiel reflejo que el matrimonio es la principal base de la familia pero en ningún caso su única forma de manifestación.

Los diversos tratados internacionales suscritos y vigentes en Chile, reflejan el espíritu internacional en consagrar la igualdad de derechos para todos los hijos, tanto en el orden teórico como práctico, lo que permite concluir inequívocamente la protección de la familia matrimonial como no matrimonial.

En el orden judicial se reconoce que el matrimonio es la principal forma de composición o articulación de la familia, aunque dicha institución no produzca o genere descendencia, sin perjuicio de lo anterior, también se asigna tal carácter a las uniones de hecho, incluso a las compuestas por personas del mismo género, debiendo las diversas formas de manifestación recibir la protección en conformidad a la legislación vigente.

Por lo anterior cabe señalar que familia es un término evolutivo, que siempre generará controversia o acaloradas discusiones doctrinarias en moral legal, judicial, moral e incluso teologal, siendo el intérprete el llamado a expresar sus fuentes de composición, finalmente, a juicio del autor de este trabajo sólo resta indicar que familia es lo que un ser humano aspira íntimamente a formar en su vida, ya que el eje esencial de nuestra estructura social primaria e irreductible dependerá de la visión u óptica de cada sujeto, con independencia de las denominaciones que puedan proporcionar los distintos estamentos de una sociedad.

## ANEXO DE FALLOS

1. *Concepción, treinta y uno de marzo de dos mil ocho.*

*VISTO:*

*Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de los considerádos 5°, 6°, 7° y 8°, que se eliminan. Y TENIENDO EN SU LUGAR Y, ADEMÁS, PRESENTE:*

1. *Que el artículo 141 y siguientes del Código Civil consagra la institución de los bienes familiares cuyo ámbito de aplicación es amplio, toda vez que se puede aplicar a cualquiera que sea el régimen matrimonial que hayan acordado los contrayentes. La institución tiene por finalidad principal amparar el hogar familiar, o sea, la protección o interés de la familia, en su calidad de tal y no en su aspecto patrimonial.*

2. *Que el artículo 141 del Código Civil exige para la procedencia de la declaración de bien familiar, la concurrencia de los siguientes requisitos: a) la existencia de un inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges y b) que dicho inmueble sirva de residencia principal de la familia.*

3. *Que para los efectos de la institución de los bienes familiares se torna necesario precisar los conceptos de familia y residencia principal.*

*El Código Civil no define la familia en términos generales, sino específicamente para determinar la extensión de los derechos de uso y habitación. Así, el artículo 815 indica que la familia comprende al cónyuge y los hijos legítimos y naturales; el*

*número de sirvientes necesarios para la familia y, además, las personas que vivan con el habitador o usuario y las personas a quienes éstos deben alimentos. El Diccionario de la Lengua Española, por su lado, define la familia como el grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas.*

*Para el tratadista Manuel Somarriva Undurraga, familia es el conjunto de personas unidas por el vínculo del matrimonio, del parentesco o de la adopción (En Derecho de Familia, Editorial Nascimento, 1963, página 10).*

*En un concepto más amplio el profesor César Frigerio Castaldi dice que sin perjuicio de tener como un referente al artículo 815, estimamos que de acuerdo con la evolución del fenómeno sociofamiliar experimentado en nuestro país y en el mundo occidental, habría que atender, en cada caso, al grupo familiar que reside en una misma vivienda unidos por vínculos de matrimonio, parentesco, dependencia o amistad, con caracteres de permanente o indefinida convivencia (En Regímenes Matrimoniales, Editorial Jurídica Conosur, 1995, página 148).*

*Por último, la jurisprudencia ha dicho que se entiende que hay familia desde que se contrae el matrimonio, manteniéndose tal condición mientras el vínculo matrimonial no esté disuelto, sin que para mantener su existencia como figura legal requiera del nacimiento de hijos (Corte de Apelaciones de Arica, 04 de junio de 2003, Rol 8.945).*

*4. Que en cuanto al concepto de residencia principal debe entenderse referido al inmueble que sirve de hogar a la familia, esto es, a la habitación familiar, al*

*inmueble en su sentido de residencia, y no de cualquiera, sino la principal. También esta residencia principal conlleva naturalmente un ánimo de permanencia por parte de quienes residen en ella (César Frigerio Castaldi, obra citada, página 149).*

*5. Que de los instrumentos públicos que rolan de fojas 1 a 3, consta que don AMM y doña YBCGD contrajeron matrimonio en Los Ángeles el día 29 de agosto de 1986, quienes en el acta de matrimonio pactaron separación total de bienes, y que son sus hijos AA y FA, ambos MG, nacidos el 06 de julio de 1988 y 02 de julio de 1993, respectivamente, vínculo matrimonial vigente a la fecha de presentación de tales instrumentos.*

*6. Que en la forma establecida en el considerando 4° de la sentencia en estudio se encuentra establecido en autos que el demandado AMM es dueño de los lotes o sitios N° 4 y 5 de la Parcela N° 5 del Proyecto de Parcelación El Afuerino, los que se encuentran inscritos a su favor a fojas 1766 N° 1315 y 1767 N°1316 del Registro de Propiedad del año 2001 del Conservador de Bienes Raíces de Los Ángeles.*

*7. Que, de otro lado, con los certificados de residencia, no objetados, otorgados por Carabineros de Chile, que rolan de fojas 38 a 40, se acredita que a la fecha de sus otorgamientos doña YGD, don AMG y don FMG tienen su actual residencia en el km. 506 de la Ruta 5 Sur.*

*Los testigos de la parte demandada doña ARU y don PAF, a fojas 44 y siguientes, al tenor del punto número uno del auto de prueba de fojas 35, están contestes en*



*declarar que el grupo familiar habita la propiedad cuya declaración de bien familiar se solicita.*

*Finalmente, el demandado AMM, absolviendo posiciones a fojas 49 al tenor del pliego de fojas 48, reconoce que las parcelas N° s 4 y 5 forman un solo paño y que en la casa construida en ellas vive junto a su cónyuge e hijos.*

*8. Que de conformidad con lo reseñado cabe concluir que se encuentra probado en autos que el demandado AMM es dueño del inmueble que se solicita se declare bien familiar y que éste sirve de residencia principal del grupo familiar.*

*9. Que así las cosas, encontrándose acreditados los únicos dos requisitos que la ley exige para que el inmueble sea declarado bien familiar, corresponde acoger la solicitud formulada a fojas 16 de autos.*

*Por estas reflexiones y lo dispuesto en los artículos 141 y 1698 del Código Civil, se resuelve que SE REVOCA la sentencia de cuatro de marzo de dos mil dos, escrita de fojas 52 a 53, y en su lugar se decide que se acoge, sin costas, la demanda interpuesta en lo principal de la presentación de fojas 16 y en consecuencia se declara como bien familiar el inmueble compuesto de casa y sitios N° s 4 y 5 de la Parcela N° 5 del Proyecto de Parcelación El Afuerino, inscritas a fojas 1766 N° 1315 y a fojas 1767 N° 1316 del Registro de Propiedad del año 2001 del Conservador de Bienes Raíces de Los Ángeles.*

Regístrese y devuélvase

Redacción del Ministro señor Juan Clodomiro Villa Sanhueza

Rol 1359-2002

*2. Concepción, veintitrés de marzo de dos mil siete.*

*Vistos:*

*Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus motivos 5° y 6°, que se eliminan. Y se tiene en su lugar y, además, presente:*

*1°) Que la institución de los bienes familiares fue incorporada por la Ley N° 19.335 mediante una modificación al Código Civil, y tiene como principal fundamento el asegurar a la familia un hogar físico estable donde sus integrantes puedan desarrollar la vida con normalidad, aun después de disuelto el matrimonio, evitando así que las discusiones patrimoniales entre los cónyuges, o entre el sobreviviente y los herederos del otro cónyuge, terminen con el desarraigo de la residencia habitual de la familia, y es una garantía mínima de estabilidad para el cónyuge patrimonialmente más débil;*

*2°) Que, en consecuencia, la finalidad de la institución en estudio es proteger la familia matrimonial; así, si no hay matrimonio, no puede haber bienes familiares y, por ello, una vez disuelto el matrimonio no se puede pedir que un bien se declare como familiar;*

*3°) Que como no existe en nuestra legislación una definición de familia, salvo la contemplada en el artículo 815 del Código Civil, pero para fines muy limitados (derecho de uso y de habitación), resulta necesario recurrir al Diccionario de la Real Academia Española, que la define, en una primera acepción, como “Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas bajo la autoridad de una de*

ellas”, y en una segunda, como “Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje”. Vale decir, para que pueda entenderse que exista una familia, es necesaria la existencia de hijos, pues son éstos quienes tienen vínculo de parentesco, en lo que interesa, con sus padres, no así los cónyuges que, jurídicamente, no son parientes entre sí; afirmación esta última que se aprecia claramente, por ejemplo, en materia de derecho sucesorio, en el cual se ha incorporado de una u otra forma al cónyuge, debido a que éste no puede concurrir a la herencia como pariente, precisamente por no serlo;

4°) Que el artículo 141 del Código Civil dispone que el inmueble de propiedad de ambos cónyuges o de alguno de ellos, que sirva de residencia principal a la familia, y los muebles que guarnecen el hogar, podrán ser declarados bienes familiares. De la redacción de dicha norma aparece que para declarar un inmueble “bien familiar”, éste debe cobijar a la familia, estar destinado a servir de residencia principal de la familia y de resguardo a los hijos que conviven con los padres o con alguno de ellos, de lo que se desprende que la demanda que se interpone para obtener la declaración judicial de bien familiar de un inmueble, debe perseguir que tal declaración beneficie no sólo al cónyuge solicitante, sino también a los hijos que viven en el inmueble y que están conviviendo con su padre o madre. Es, por lo tanto, un acción de beneficio común y no para provecho individual de alguno de los cónyuges y para su propio y exclusivo beneficio;

5°) Que a la luz de lo reflexionado precedentemente, si el inmueble que se pide ser declarado “bien familiar” no es residencia principal de la familia,

*comprendiéndose evidentemente en este término a los hijos comunes y cónyuges, no es susceptible de la declaración judicial encaminada a ese efecto. El cónyuge tendrá en ese evento otros derechos u otras acciones que sólo pretendan o estén destinadas a su interés personal;*

*6°) Que, en la especie, los antecedentes y pruebas acompañados al juicio permiten establecer que en el inmueble de calle RM N° 626, Villa I, ex DS, comuna de Talcahuano, que es de propiedad de don IRRC, marido demandado en estos autos, sólo vive en ella la actora, estando acreditado como un hecho de la causa, conforme a la confesional de fojas 80 rendida en segunda instancia, que demandante y demandado durante su matrimonio no tuvieron hijos;*

*7°) Que, de lo razonado anteriormente se advierte que no concurren en este caso los requisitos legales necesarios para declarar bien familiar el inmueble ya individualizado, que habita la actora, lo que determina necesariamente que la demanda debe ser rechazada.*

*Por estas consideraciones, y de conformidad, además, con lo dispuestos en los artículos 141 del Código Civil y 691 del Código de Procedimiento Civil, se revoca la sentencia apelada de veintisiete de septiembre de dos mil cinco, escrita de fojas 52 a 55, y se declara que se rechaza en todas sus partes la demanda de fojas 6, sin costas, en atención a lo dispuesto en el artículo 141 inciso 4° del Código Civil y por haberla patrocinado la Corporación de Asistencia Judicial. Atendido lo resuelto, se deja sin efecto la anotación marginal decretada a fojas 7 de estos autos.*

*Regístrese y devuélvase.*

*Redacción del Ministro don Claudio Gutiérrez Garrido.*

*No firma el abogado integrante don Carlos Álvarez Cid, pese haber concurrido a la vista y acuerdo de la causa, por encontrarse ausente de la ciudad.*

*Rol 4379-2005*

*3. Río Negro, 31 de Octubre de 2000, rol 17.712-2000, Corte de Apelaciones de Valdivia rol 11.470-2000 y Corte Suprema rol 1337-2001*

*Vistos:*

*Compareció a fs.9 PDA, agricultor, domiciliado en fundo las minas de esta comuna, e interpuso demanda en contra de su cónyuge CLN, médico, domiciliada en ese mismo fundo y también en calle EV, D22A, Santiago. En primer termino solicita que se declare bien familiar el inmueble que sirve de residencia principal a la familia, de 200,11 hectáreas de extensión, de propiedad de su cónyuge, habido por donación del padre de ella, inscrito a fs 223 vta N° 305 en el Registro de Propiedades del Conservador de Bienes Raíces de Río Negro de 1995, cuyos deslindes enuncia. Fundando su petición manifiesta que en ese predio habitan y residen permanentemente él mismo y su padre y, esporádicamente, sus dos hijos, menores, habidos con la demandada, de quien se encuentra separado de hecho desde hace varios años. Si bien el Código Civil no define a la familia, de la interpretación de los artículos 815 y 983 se desprende que la conceptualiza como*

*grupo funcional. En segundo lugar, pide que se le conceda el derecho de usufructo sobre el mismo predio, declarado bien familiar, que el artículo 147 del Código Civil establece a favor del cónyuge no propietario, por diez años o por el período que se fije. Ello se justifica porque carece de bienes, rentas o emolumentos que le permitan satisfacer adecuadamente las necesidades de sus dos hijos, las propias y las de su padre, el que se encuentra a su cuidado, socorro y protección; su cónyuge es médico cirujano y propietaria de una serie de bienes, percibiendo con ello cuantiosos ingresos, mientras él se encuentra en estado de necesidad.*

*A fs. 54 se llevó a efecto el comparendo de rigor, en el que se ratificó la demanda y se la tuvo por contestada en rebeldía de la demandada. No se produjo conciliación.*

*A fs. 64 vta, se recibió la causa a prueba, rindiéndose la que consta en autos, citándose a oír sentencia a fs. 79.*

*Considerando:*

*En cuanto a la objeción de documentos:*

*1º) Que a fs.62 la demandada objetó los documentos aparejados a fs.57, 58 y 59, por tratarse de fotografías, las que no constituyen medios de prueba.*

*2º) Que se rechazará la objeción porque, no siendo efectivo lo afirmado, no dedujo objeción en forma.*

*En cuanto al fondo:*

3°) Que son hechos de la causa, no controvertidos, acreditados con los certificados acompañados a fs. 1 a 3, que los litigantes se encuentran unidos por vínculo matrimonial y son padres de los menores PA y CADL, nacidos en 1986 y 1990.

4°) Que las partes han acompañado los siguientes documentos en abono de sus pretensiones:

a) Copia a fs. 14, de avenimiento a que los litigantes de autos llegaran en causa rol 34.509, que siguieron por tuición de los hijos comunes, celebrado el 10 de Enero de 1994, en donde acordaron que la tuición de ambos menores quedaba en manos de la madre doña CLN, facultándola para que los traslade al domicilio que ésta tiene en la ciudad de Santiago;

b) Copia a fs.55, de escrito presentado al 2° Juzgado de Menores de Santiago, conteniendo avenimiento relativo a visitas del actor a sus hijos. En él se establece que el padre puede visitar a los hijos por un domingo al mes, más cuatro días seguidos durante las vacaciones de invierno y 15 días durante las vacaciones de verano. En este último caso, queda facultado para llevar a los hijos a su domicilio;

c) Fotografías a fs.57 a 59 y 73 a 75, en que aparecen los menores y la madre de éstos en escenas recreativas estivales en las casas del fundo Las Minas, residencia del actor.

d) Documentos de fs. 15 a 18, otorgados por un colegio de Santiago, en los que se certifica que aquellos menores son alumnos regulares de ese colegio desde 1993;

e) *Certificado de residencia de fs. 20 a 22, otorgado por la 19° Comisaría de Carabineros de Providencia, dejando establecido que el domicilio actual de la demandada y de los hijos habidos con el actor, es HDA 14.478, DP 602, Providencia, Santiago, y salvoconducto otorgado a CLN por esa misma unidad policial, con fecha 24 de Agosto de 1996;*

5) *Que los documentos reseñados, legalmente acompañados, no objetados ni controvertidos, permiten tener suficientemente probado que las partes se encuentran separadas de hecho desde hace más de seis años desde esta fecha, que los hijos comunes han permanecido y se encuentran bajo la tuición y el cuidado de la demandada, en su domicilio y morada ubicado en Santiago, pero concurren al fundo Las Minas que es el domicilio y residencia del actor, en época de vacaciones.*

6°) *Que el certificado del Conservador de Bienes Raíces de Río Negro aparejado a fs.4, no objetado ni contradicho por otros medios, prueba que el fundo Las Minas, materia de la demanda, lo compone un predio agrícola de 200,11 hectáreas de cabida, que le fuera donado a la demandada por su padre ALL. Ingresó a su haber propio por haberse casado en régimen de separación de bienes, como lo deja asentado el certificado de fs.2.*

7°) *Que el artículo 141 del Código Civil dispone que 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.*



8º) *Que de la norma transcrita fluye que para declarar a un bien como familiar es necesario, tanto que sirva de residencia a una familia, como que tal residencia sea la principal, si hubiera otras.*

9º) *Que de las normas que rigen la figura de autos aparece que el propósito pretendido fue la protección o interés de la familia, en su calidad de tal y no en su aspecto patrimonial. Esta apreciación se desprende del hecho de que las disposiciones del párrafo en que se ubican tienen el carácter de orden público y no privado, puesto que el artículo 149 sanciona con nulidad cualquier estipulación que contravenga sus disposiciones. Además, debe entenderse que esa protección está circunscrita al concepto de habitación familiar, desde que recae sobre el inmueble en su sentido de residencia, y no de una cualquiera, sino la principal, y que también pueda recaer sobre los muebles que lo guarnecen.*

10º) *Que esta situación conduce a precisar el concepto de familia.*

11º) *Que si bien el Código Civil, de corte romanista, no enuncia un concepto de familia, tal vez porque las relaciones parentales de derecho romano comprendían situaciones que daban origen diversos conceptos sobre la misma, en doctrina se hace coexistir tres conceptos relativos a la misma: la familia nuclear, compuesto sólo por padres e hijos; la familia en sentido tradicional de grupo unido por vínculos inmediatos de matrimonio y de parentesco, en donde tienen cabida los colaterales; y el concepto en que se encuadra el artículo 815 del Código Civil y también la definición contenida en el Diccionario de la Real Academia Española, cuando la describe como gente que vive en una casa bajo la autoridad del señor*

*de ella y que se hace extensiva a los criados. Por otra parte, en lo concerniente a la naturaleza de los vínculos de la familia, los tratadistas concuerdan en que hay predominio de las relaciones personales éticas y jerárquicas por sobre las patrimoniales, sin excluirlas, pues importante cantidad de éstas se generan en las relaciones de familia, pero en ésta se privilegia el interés superior de la colectividad, cuyo origen se encuentra en el instinto de sobrevivencia.*

*12°) Que coherente con lo razonado en el motivo anterior, no resulta posible extender el concepto de inmueble que sirve de residencia principal de la familia a un predio de aptitud agrícola, de 200,11 hectáreas de extensión.*

*13°) Que aún reduciendo lo pedido a la parte en que ese inmueble es apto para habitación o albergue de una familia, tampoco concurren las condiciones reseñadas en relación al demandante. Por lo pronto, aun cuando se conciba a la familia en su concepto más reducido, tras él subyace la idea de grupo, situación que acontece en residencia de la demanda, pero que en ningún caso concurre en la de PDA, quien vive solo, no habiendo probado otra cosa. Mayor relieve adquiere esta apreciación si a la familia se la hace sinónima de hogar.*

*14°) Que resulta indiscutible que, si se pretendiera, por una parte, que la persona del actor, aun cuando viviera con su padre, conforma una familia, y por otra, la demandada con los hijos comunes otra, la residencia principal de la familia inevitablemente ha de encontrarse en donde habita el mayor número de sus miembros, esto es, en la residencia de la demandada.*

15°) *Que el demandante también ha pedido que se constituya sobre el predio en referencia el derecho de usufructo que contempla el artículo 147 del Código Civil, por diez años o por el período que se fije. Hace residir el fundamento de su petición en la circunstancia de carecer de bienes, rentas o emolumentos que le permitan satisfacer adecuadamente las necesidades de sus dos hijos, las propias y las de su padre, el que se encuentra a su cuidado, socorro y protección; su cónyuge es médico cirujano y propietaria de una serie de bienes, percibiendo con ello cuantiosos ingresos, mientras él se encuentra en estado de necesidad.*

16°) *Que cabe argüir que el usufructo que contempla la disposición aludida debe ser considerado distinto al de carácter alimentario que establece el artículo 11 de la ley 14.908. De este modo que los fundamentos esgrimidos por el actor no pueden ser aceptados como causa de pedir para tal propósito.*

17°) *Que por lo expuesto en el motivo anterior, y con los razonado a lo largo de esta sentencia, puesto que en la especie también deben concurrir las condiciones que invistan la bien de la calidad de familiar, no se hará lugar a la petición en comento.*

18°) *Que los demás elementos probatorios allegados, especialmente la testimonial rendida por la demandante a fs.69 y siguientes e inspección ocular del tribunal de fs.83, nada nuevo aportan a los elementos de convicción enunciados en esta sentencia.*

19°) *Que tampoco se logró desvirtuar con la absolución de posiciones prestada por la demandada doña CLN a fs. 105 y siguientes, la convicción de esta*

*sentenciadora en cuanto a no concurrir las condiciones que invistan al bien la calidad de familiar.*

*Por las consideraciones precedentes, y teniendo además presente lo establecido en los artículos 19, 20, 22, 141 y siguientes, y 1698 del Código Civil; 346 N° 3, 403, 431, 432 y 433 y 687 del Código de Procedimiento Civil, se declara:*

*I. Que se rechaza la objeción formulada por la demandada a fs. 62, a los documentos acompañados a fs. 57, 58 y 59.*

*II. Que se rechaza, sin costas, la demanda interpuesta por PDA en contra de CLN.*

*Regístrese, notifíquese y archívese oportunamente.*

*Dictó la señora María Isabel Pantoja Merino, Juez subrogante*

*Rol N° 17.712.*

El fallo en comento fue recurrido de apelación por la demandante cuya resolución en alzada es del siguiente tenor:

*Valdivia, 30 de Enero de 2001*

*Vistos y teniendo presente:*

*Que los documentos acompañados en esta instancia no alteran lo resuelto, se confirma la sentencia de fecha treinta y uno de octubre del año dos mil, escrita a fs. 114 y siguientes, eximiéndose al apelante de las costas del recurso por haber tenido motivos plausibles para interponerlo.*

*Regístrese y devuélvase*

*Pronunciada por las segunda sala, por el ministro señor Mario Julio Kompatzki Contreras y los abogados integrantes señores Francisco Contardo Cabello y Héctor Méndez Eyssautier. No firma el ministro señor Mario Julio Kompatski Contreras, no obstante haber concurrido a la vista y el acuerdo de la causa, por encontrarse con permiso de acuerdo al Código Orgánico de Tribunales.*

*Rol 11.470-2000*

La referida resolución fue casada en el fondo ante el máximo tribunal de la república cuyo fallo fue el siguiente:

*Santiago, veinticinco de julio de dos mil uno Vistos: 1º.- Que en este juicio sumario, la parte demandante recurre de casación en el fondo en contra de la sentencia dictada por una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Valdivia que, confirmando la de primer grado, rechaza la demanda de declaración de bien familiar y constitución de derecho de usufructo. Sostiene que se han infringido las disposiciones legales que indica, al dar por establecido que el inmueble reclamado*

*no es la residencia principal de la familia y estimar que esta última reside en otro lugar sin señalar las razones para otorgar el carácter de principal a otro domicilio.*

*2º.- Que los argumentos del recurrente no son atendibles, toda vez que, por una parte, en la sentencia objeto del reparo se establece que las partes se encuentran separadas de hecho hace más de seis años, cuyos hijos comunes han permanecido y se encuentran bajo la tuición y cuidado de la demandada en su domicilio y morada ubicado en Santiago, pero concurren al fundo "Las Minas", que es el domicilio y residencia del actor en tiempo de vacaciones, hechos básicos que sustentan la decisión del fallo atacado y que al no haber sido impugnados denunciando infracción a las leyes reguladoras de la prueba es inamovible para este tribunal de casación; y, por otro lado, la alegación que consiste en la omisión de consideraciones que se invoca no puede prosperar por tratarse eventuales vicios de forma y, por ello, ajenos al presente recurso; adoleciendo, por ende, la casación en estudio, de manifiesta falta de fundamento. De conformidad, además, a lo dispuesto en el artículo 782 Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido en lo principal de fojas 174, en contra de la sentencia de treinta de enero pasado, escrita a fojas 167. Regístrese y devuélvase.*

*Pronunciado por lo ministros señores Servando Jordán L, Enrique Tapia W y Jorge Rodríguez A y los abogados integrantes señores José Fernández R y René Abeliuk M. Rol N° 1337-2001*

4. Arica, trece de Enero de 2003, rol 481-2002, Corte de Apelaciones de Arica rol 8945-2003 y Corte Suprema rol 2800-2003

Vistos:

A fojas 1, comparece doña SGV, abogado, domiciliada en calle PLN° 1027, departamento N° 23 de la ciudad de Arica, en representación de doña MHLA, casada, profesora, domiciliada en calle DH N° 437, población SM N° 583, interponiendo demanda en juicio sumario en contra de don NHBC, ingeniero en ejecución, domiciliado en DP N° 1283, departamento 302, a fin de que se declare como bien familiar el inmueble ubicado en esta ciudad, calle DH N° 437, basada en que la propiedad se encuentra inscrita a nombre de su marido del cual se encuentra separada de hecho, agregando que el inmueble constituye su residencia, teniendo justo temor que el demandado proceda a enajenarlo.

A fojas 24 se verifica el comparendo de estilo en rebeldía de la parte demandante.

Llamadas las partes a conciliación, ésta no se produce.

A fojas 26 vuelta, se recibe la causa a prueba.

A fojas 100 vuelta, se cita a las partes a oír sentencia.

A fojas 105, cumplida la medida para mejor resolver, entran los autos para fallo.

En cuanto a la objeción de documentos:

1° Que la parte demandante a fojas 90 objetó los documentos acompañados por la demandada de fojas 52 a 55 de autos, basada en que se trata de instrumentos privados emanados de un tercero, que no desmerecen el hecho que el demandado tenga su domicilio en calle DH N° 437 de esta ciudad

2° Que el fundamento esgrimido por la demandante no corresponde a ninguna de las causales señaladas por la ley para privar de valor probatorio a un instrumento privado, por lo que será rechazada la objeción, sin perjuicio del valor probatorio que se les asigne en definitiva.

3° Que a fojas 91, la demandada objeta los documentos acompañados por la demandante de fojas 66 a 87 de autos, basado en que ninguno de los documentos demuestran jurídica y fehacientemente que en el inmueble que se solicita se declare familiar, viva o habite o sirva de residencia principal a familia alguna, de alguno de los cónyuges. Además, ninguno de ellos emana o ha tenido participación su representado, son extendidos por personas o instituciones financieras o particulares ajenas al juicio. Finalmente, se trata de documentos cuya autenticidad e integridad no constan, por lo que son oponibles a su parte, aparte de ser inconexos al punto que debe probarse.

4° Que los documentos acompañados por la contraria no sirven para acreditar que el inmueble sirva de residencia principal a la familia y que sean inconexos con el punto de prueba, no constituyen causales de impugnación de los instrumentos privados, por lo que será rechazada. Respecto a los demás argumentos invocados, si bien corresponde a causales señaladas por la ley, no fueron



*fundamentadas ni acreditadas en autos, por lo que serán rechazadas, sin perjuicio del valor probatorio que se les asigne en definitiva.*

*En cuanto al fondo:*

*5° Que la parte demandante, ya individualizada, solicita se declare como bien familiar el inmueble ubicado en calle DH N° 437 y los bienes muebles que guarnece, basada en se encuentra casada bajo régimen de separación total de bienes con el demandado desde el año 1983, quien adquirió el inmueble con fecha 28 de Abril de 1993.*

*A la fecha se encuentra separada del demandado y le asiste el justo temor que éste proceda a enajenarlo o lo grave con nuevas hipotecas, encontrándose en peligro inminente de verse privada del inmueble que constituye su residencia.*

*6° Que la parte demandada, evacuando el traslado, solicita su rechazo, por ser improcedente la acción deducida, para ello se basa en que para que pueda declararse bien familiar aquel inmueble o propiedad de cualquiera de los cónyuges, es necesario que éste sirva de residencia principal de la familia, de manera que la peticionaria debe acreditar que existe familia y que le inmueble constituye su residencia principal.*

*El demandado se encuentra separado de la demandante, viviendo hace siete años en calle A N° 2142, departamento N° 43, de la ciudad de Arica, sin que hayan tenido hijos. Agrega que la peticionaria tiene dos inmuebles, que transfirió pocos meses antes de efectuar la demanda. Agrega que en el caso de autos no existe familia, puesto que ésta la hacen ambos cónyuges viviendo juntos, o los*

*hijos viviendo con uno de ellos, pero el sólo hecho de vivir uno de ellos en el inmueble de marras no hace mérito para cumplir lo dispuesto en el artículo 141 del Código Civil, por cuanto se exige que allí principalmente viva la familia, lo que se constituye por un conjunto de personas unidas por el matrimonio y por parentesco.*

*7° Que la parte demandante, a fin de acreditar sus dichos, rindió la prueba instrumental y testimonial. En cuanto a la primera consistió en los siguientes documentos:*

*a) Copia autorizada de la inscripción de dominio de la propiedad de marras, rolante a fojas 6.*

*b) Certificado de matrimonio entre la demandante y el demandado, rolante a fojas 7.*

*c) Copia de la escritura de compraventa, mutuo o hipotecas de la propiedad de marras, rolante a fojas 11.*

*d) Certificado extendido por la Universidad de Tarapacá, rolante a fojas 66.*

*e) Boleta de pagos de servicios y contribuciones, rolante a fojas 67 a 80.*

*f) Recibo de dinero por concepto de pavimentación, rolante a fojas 88.*

*g) Carta dirigida al demandado, rolante a fojas 82.*

*h) Copia autorizada de la inscripción de dominio de la propiedad ubicada en PREM, block 6, departamento 102 rolante a fojas 84, en donde consta que la demandada transfiere su dominio.*

*En cuanto a la prueba testimonial, ésta consistió en las declaraciones de los siguientes testigos, rolantes a fojas 64 y siguientes:*

a) HCV, quien legalmente examinada y dando razón de sus dichos, señala que la propiedad de marras es el domicilio y residencia de las partes. Agrega que desde el año 1993 el matrimonio ha ocupado la casa, estando casados desde el año 1983, no habiéndose anulado hasta la fecha. Agrega que la demandante es codeudora solidaria del demandado y la casa la pagaron con la plata de ella; para lo cual vendió un departamento ubicado en Valle Hermoso.

b) SLA, quien legalmente examinada y dando razón de sus dichos, señala que la demandante es codeudora solidaria del inmueble de marras, es su aval, y al parecer vendió un inmueble suyo para dar el pie en la compra de la casa

c) JBA, quien legalmente examinado y dando razón de sus dichos, señala que las partes viven en calle DH N° 437, están legalmente casados y no anulados. Sabe que viven allí desde el año 1993, oportunidad en que compraron el inmueble del cual es codeudora y aval.

d) VES, quien legalmente examinada y dando razón de sus dichos, señala que las partes tienen su domicilio y residencia en la propiedad de marras desde el año 1993. Compraron la casa con su esfuerzo porque el demandado a esa fecha estudiaba, Lograron la compra con su dinero y por el hecho de ser aval en la compra, es fiadora y codeudora.

8° Que la parte demandada, a fin de acreditar sus dichos, rindió prueba instrumental y testimonial, en cuanto a la primera consistió en los siguientes documentos que agregados en forma legal consistieron en:

*a) Copia simple de la escritura pública de compraventa, mutuo e hipoteca, rolantes a fojas 33, mediante el cual el demandado adquirió la propiedad de marras.*

*b) Declaración jurada de RAL, rolante a fojas 52.*

*c) Declaración jurada de GGS, rolante, a fojas 53.*

*d) Declaración jurada de NSA, rolante a fojas 54.*

*e) Declaración jurada de CNC, rolante a fojas 55.*

*f) Certificado de matrimonio entre las partes, rolante a fojas 56.*

*g) Contrato de arrendamiento de la propiedad que ocupa el demandado, rolante a fojas 57.*

*h) Copia autorizada del acta de matrimonio, rolante a fojas 59.*

*i) Certificado de residencia del demandado, rolante a fojas 60.*

*En cuanto a la prueba testimonial, ésta consistió en las declaraciones de los siguientes testigos, rolantes a fojas 62 y siguientes:*

*a) NSA, quien legalmente examinada y dando razón de sus dichos, declara que el inmueble de marras es ocupado por la demandante, quien vive sola por cuanto no tiene hijos. Agrega que las partes están separadas y el demandado vive con su actual pareja e hijo de cuatro años en el departamento que arrienda en calle A N° 2143, departamento 23, de esta ciudad. Además ratifica su declaración jurada prestada ante notario el 05 de Julio de 2002.*

*b) GGS, quie legalmente examinado y dando razón de sus dichos, señala que en el inmueble de marras vive solamente la demandante, quien no tiene hijos,*

*agrega que el demandado se separó hace muchos años de la demandante, viviendo actualmente en calle A N° 2143, departamento 23, junto a su actual pareja e hijo.*

*c) RAL, quien legalmente examinado y dando razón de sus dichos, señala que en el inmueble vive sólo la demandante, quien se encuentra separada del demandado y no tiene hijos. Agrega que el demandado vive en calle A N° 2143, departamento 23, donde convive con su actual pareja.*

*9° Que a fojas 104, el tribunal practicó como medida para mejor resolver la diligencia de inspección personal del tribunal, en la que se deja constancia que el inmueble se encuentra ocupado con muebles propios de una casa habitación, contando, además con dependencias.*

*10° Que con los antecedentes relacionados en autos, es posible dar por acreditados los siguientes hechos:*

*a) Que las partes se encuentran casadas bajo el régimen de separación total de bienes.*

*b) Que durante el matrimonio el demandado adquirió un inmueble a su nombre, constituyéndose como su codeudora la demandante, quien actualmente vive en él.*

*c) Que las partes se encuentran separadas de hecho y el demandado vive en un inmueble arrendado con su conviviente e hijo.*

*d) Que las partes no tienen hijos comunes y la demandante vive sola.*

11° Que según establece el artículo 141 del Código Civil, para acceder a declarar familiar un inmueble es necesario que éste constituya la residencia principal de la familia.

En el caso de auto, al existir un vínculo matrimonial entre las partes, resulta indubitado que entre ellas se formó una familia desde el punto de vista legal, circunstancia que permanece inalterada mientras éste no termine por alguna de las causales señaladas por la ley, sin embargo, de la prueba relacionada en autos se desprende que las partes se encuentran separadas de hecho, y atendida la ausencia de hijos, no es posible hablar de residencia principal de la familia, atendido que ésta se compone de dos miembros que a la fecha no viven juntos.

12° Que la finalidad de los bienes familiares es proteger a la familia como un todo, es decir, el numen de esta institución es el beneficio común de sus integrantes y no el provecho individual de alguno de los cónyuges.

En el caso de autos, al estar integrada la familia sólo por los cónyuges, impide acceder a la demanda, por cuanto ello implica inevitablemente favorecer a una de las partes en forma personal y exclusiva, en desmedro de los derechos que corresponden al cónyuge propietario, vulnerando de ésta forma la finalidad de la norma que en este caso no puede confundirse en manera alguna con el interés de una de las partes.

13° Que los argumentos vertidos por la demandante, en cuanto a tener temor de verse privada del inmueble de marras, situación que no se encuentra acreditada en autos, no desvirtúa lo razonado en el considerando anterior,

*atendido que la declaración de bien familiar es independiente de otros derechos que pueda hacer valer la demandante y que le permitan asegurar su situación personal respecto al demandado.*

*Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 144, 170, 254, 342, 346, 356, 403, 680 del Código de Procedimiento Civil; 141, 1698 del Código Civil se resuelve:*

- a) Se rechazan las objeciones de documentos planteadas a fojas 90 y 91.*
- b) Se rechaza la demanda interpuesta a fojas 1, en contra de don NBC, sin costas, por haber tenido la demandante motivos plausibles para litigar.*

*Notifíquese, regístrese y archívese en su oportunidad.*

*Dictada por el señor MFM, Juez del Letras subrogante del Segundo Juzgado de Letras de Arica.*

*Rol 481-2002*

El fallo fue recurrido de apelación por la parte vencida cuyo texto es del siguiente tenor:

*Arica, cuatro de Julio de 2003.*

*Vistos:*

*Se reproduce la sentencia apelada con excepción de sus fundamentos undécimo, duodécimo y decimotercero, que se eliminan.*

*Y teniendo en su lugar y además presente:*

*Primero: Que también son hechos de la causa, que sirven para la decisión del asunto controvertido, los siguientes:*

*a) Que el inmueble cuya declaración de bien familiar se solicita fue adquirido por el demandado por escritura pública de 28 de Abril de 1993, pagándose al contado la suma de \$ 3.522.960, constituyéndose en fiadora, y codeudora solidaria la demandante MLA.*

*b) Que la demandante MLA por escritura pública de 13 de Abril de 1993 vendió un bien propio en la suma de \$ 4.000.000.*

*Segundo: Que los artículos 141 a 146 del Código Civil tratan los bienes familiares cuyo ámbito de aplicación es amplio, pues no está restringido a un régimen matrimonial determinado, sino que se puede aplicar a cualquiera sea el régimen matrimonial que hayan acordado los contrayentes, atento que tales bienes están destinados a proteger a la familia matrimonial de modo que se requiere la existencia de un matrimonio.*

*Tercero: Que una de las exigencias más controvertidas para que un inmueble sea declarado bien familiar es que éste sirva de residencia principal de la familia, lo que implica analizar los conceptos de familia y residencia principal a la luz de la institución “bienes familiares” y el legitimado activo que requiere de protección legal.*

*Familia de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española “ es el grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas”. Concepto que difiere del que*



*ha tenido en cuenta el legislador al regular tal institución, puesto que ella nace desde que hay un vínculo matrimonial y éste se mantiene inalterable sin ser disuelto, independientemente de la existencia de hijos o no pues interpretar lo contrario sería dejar fuera de la norma a todos aquellos matrimonios que no tienen hijos, lo que atentaría contra el derecho constitucional de igualdad ante la ley. Por ello esta Corte estima que se entiende que hay familia desde que se contrae el matrimonio, manteniéndose tal condición mientras el vínculo matrimonial no esté disuelto, sin que para mantener su existencia como figura legal requiera el nacimiento de hijos.*

*Ahora bien, en el evento que los cónyuges se separen de hecho, el concepto legal de familia sigue vigente, aún cuando desde el punto de vista material no constituyan un grupo, pues en este sentido hay que estimar que el legislador se ha apartado de lo material y le ha dado vida legal.*

*Cuarto: Que la finalidad de la existencia de los bienes familiares es la defensa del cónyuge no propietario y de los hijos cuando éstos existen, de manera que pueda tomar algún resguardo frente al poder absoluto que tiene el otro cónyuge en relación con la administración de bienes, que atendida la forma en que se han adquirido y la situación doméstica de cada uno de ellos, requiere de resguardos velando por aquél de los cónyuges que carece de bienes.*

*Así las cosas, el alejamiento voluntario de uno de los cónyuges del hogar común no le quita el carácter de tal, manteniendo su condición de residencia principal para ambos cónyuges en el evento que se requiera la declaración de*

*bien familiar como una medida de resguardo mientras no se termine la familia, en este caso en particular, con la disolución del vínculo familiar.*

*La conclusión que se viene dando es una forma justa de interpretar el verdadero sentido y alcance de la institución de los bienes familiares, pues restringirla a aquellos casos en que hay hijos o que no se aplica cuando uno de los cónyuges abandona el hogar el común, implicaría dejar en el desamparo más absoluto situaciones como la que se plantea en esta causa, dejando al arbitrio del cónyuge que se aleja que la institución exista o no.*

*Con lo razonado y lo dispuesto en los artículos 221 y 227 del Código de Procedimiento Civil, se revoca la sentencia apelada de trece de enero de 2003, escrita a fojas 106 a 112, en aquella parte que rechaza la demanda interpuesta a fojas 1 y, en su lugar se decide que se acepta dicha demanda, declarándose como bien familiar el inmueble ubicado en calle DH N° 437 de esta ciudad de Arica, inscrito a fojas 1114, N° 831 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Arica, correspondiente al año 1993.*

*Se confirma en lo demás el referido fallo.*

*Regístrese y devuélvase.*

*Redacción del Ministro señor Miguel Vásquez Plaza.*

*Pronunciado por los Ministros de la Primera Sala señores Miguel Vásquez Plaza, Jorge Cañón Moya y el abogado integrante señor Samuel Cortés Iglesias.*

*Rol N° 8945.*

El fallo en comento fue recurrido de casación de forma y fondo ante la Corte Suprema, cuya resolución es del siguiente tenor:

*Santiago, treinta y uno de mayo de dos mil cuatro.*

*VISTOS:*

*En estos autos rol 481-02 del 2° Juzgado Civil de Arica sobre declaración de bien familiar, caratulados “Luque Arias, Miria con Bobadilla Cartagena, Nelson”, por sentencia de trece de enero de dos mil tres, escrita de fs. 106 a 112, el juez subrogante de dicho tribunal, don Mario Fuentes Melo, rechazó la demanda. Apelada esta resolución por la actora, una Sala de la Corte de Apelaciones de esa ciudad, por fallo de cuatro de junio del año recién pasado, agregado de fs. 125 a 128, la revocó y en su lugar acogió la demanda. En contra de esta sentencia, el demandado dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo.*

*Se trajeron los autos en relación.*

*Considerando:*

*En cuanto al recurso de casación en la forma.*

*Primero: Que el recurrente sostiene, en primer término, que la sentencia ha incurrido en el vicio contemplado en el N° 4° del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, esto es, la ultra petita, toda vez que se extiende a puntos no sometidos a la decisión del tribunal. En efecto, agrega, el debate versó acerca de si el inmueble en cuestión, a saber, el ubicado en calle DH N° 437, Población San Martín, en Arica, sirve de residencia principal a la familia y, por su parte, la Corte*

*de Apelaciones razonó acerca de que basta la existencia de matrimonio para que cualquier bien raíz sea declarado familiar.*

*Segundo: Que de acuerdo con la definición legal, el vicio de ultra petita se produce cuando la sentencia otorga más de lo pedido por las partes o se extiende a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, es decir, cuando apartándose de los términos en que las partes situaron la controversia por medio de sus respectivas acciones o excepciones, altera el contenido de éstas cambiando su objeto o modificando su causa de pedir.*

*Tercero: Que en el presente pleito, doña MLA dedujo demanda en contra de su cónyuge don Nelson Bobadilla Cartagena, matrimonio del cual no nacieron hijos, para que se declarara bien familiar, de acuerdo con las normas del párrafo 2° del Título VI del Libro I del Código Civil, el inmueble donde habita, sito en calle DH N° 437, Población San Martín, en Arica, haciendo presente que se casaron bajo el régimen de separación de bienes, que el bien raíz fue adquirido a título oneroso por el demandado en 1993 y que actualmente está separada de hecho de su cónyuge. El demandado por su parte, sostuvo que al no haber nacido hijos del matrimonio y estar separado de hecho de la actora, quien vive sola en la referida vivienda, no puede ésta ser considerada como un bien familiar en los términos del artículo 141 del Código Civil.*

*Cuarto: Que la Corte, por tanto, al razonar que un bien raíz en que habita uno sólo de los cónyuges de un matrimonio del que no nacieron hijos puede ser considerado familiar, no sólo no se ha extendido a puntos no sometidos a su*

*decisión sino que ha cumplido con el imperativo legal de razonar acerca de todas las acciones y excepciones opuestas por las partes, resolviendo, precisamente, el conflicto planteado. El que la doctrina sustentada por la sentencia impugnada no sea compartida por el recurrente no implica, de ninguna manera, que aquella resolución haya sido dada ultra petita.*

*Quinto: Que, luego, el recurrente entiende que la sentencia ha incurrido en la causal 5ª del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 170 números 4 y 5 del mismo cuerpo legal, por cuanto, en su concepto, no existen consideraciones en el fallo que permitan sostener que habría familia aún a pesar de no existir hijos y vivir separados los cónyuges y tampoco se han enunciado las leyes o en su defecto los principios de equidad con arreglo a los cuales se pronunció el fallo.*

*Sexto: Que de la sola lectura de la sentencia se puede apreciar que ésta contiene todos los razonamientos que el recurrente echa de menos, así como los fundamentos jurídicos con arreglo a los cuales se pronuncia. Desde luego, se explaya el fallo en razonar, precisamente, acerca de la posibilidad de subsistencia de la familia (para estos efectos) aún cuando no existan hijos y los cónyuges vivan separados, citando todas las disposiciones que estima aplicables al caso y, se ha dicho por esta Corte, aún en la hipótesis que tales consideraciones sean equivocadas -como lo estima el recurrente-, ello no constituiría la causal, que es la ausencia de considerandos y no la impropiedad de estos.*

*Séptimo: Que, consecuentemente, el recurso de casación en la forma será desechado.*

*En cuanto al recurso de casación en el fondo.*

*Octavo: Que el recurrente sostiene que la sentencia, al revocar la de primer grado y acoger la demanda, ha cometido error de derecho al infringir los artículos 141 y 1698 del Código Civil. En efecto, agrega, ha contravenido el texto expreso de la primera norma citada desde que de su lectura se desprende que para que un bien raíz sea declarado familiar es menester que sirva de residencia principal a la familia y no habiéndose probado su existencia, la demanda debió rechazarse. La palabra “familia”, de acuerdo con el artículo 20 del Código Civil -continúa el recurrente-, según el Diccionario de la Real Academia Española, significa “conjunto de personas unidas por el vínculo del matrimonio y del parentesco”, sin que la actora haya podido demostrar la existencia de dicha familia.*

*Noveno: Que la sentencia que se revisa ha señalado que en la especie el bien raíz referido sirve de residencia principal a la familia, desde que en él habita la demandante, casada con el demandado, con quien no tuvo hijos, entendiéndose que “hay familia desde que se contrae el matrimonio manteniéndose tal condición mientras el vínculo matrimonial no esté disuelto, sin que para mantener su existencia como figura legal requiera el nacimiento de hijos” (considerando 3°), agregando que en el caso que los cónyuges se separen de hecho, aún cuando*

*ya no sea un grupo, la familia, para estos efectos, “sigue vigente toda vez que el legislador se ha apartado de lo material y le ha dado vida legal”.*

*Décimo: Que el artículo 141 inciso 1° del Código Civil dispone que “El inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges que sirva de residencia principal a la familia, y los muebles que la guarnecen, podrán ser declarados bienes familiares y se registrarán por las normas de este párrafo, cualquiera sea el régimen de bienes del matrimonio”.*

*Luego, como se ha dicho por esta Corte en fallo de 19 de diciembre de 2002 en causa rol 4317-01, lo que exige esta norma para la procedencia de la declaración de bien familiar es la existencia de un inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges, y que éste sirva de residencia principal de la familia, no siendo necesario analizar la situación patrimonial de los componentes de la familia, ni otros aspectos relacionados con ella, como la ausencia de hijos.*

*Undécimo: Que, consecuentemente, el fallo recurrido ha interpretado correctamente las normas de los artículos 141 a 149 del Código Civil, al entender que la finalidad de esta institución -la de los bienes familiares- es la de 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.*

*La misma idea de protección al cónyuge se encuentra en la regla 10ª del artículo 1337 del Código Civil, a propósito de la partición de bienes, en virtud de la cual el cónyuge sobreviviente tiene derecho a que su cuota hereditaria se entere con preferencia mediante la adjudicación a favor suyo de la propiedad del*

*inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como del mobiliario que lo guarnece, siempre que ellos formen parte del patrimonio del difunto. Con la misma finalidad, la ley permite establecer a favor del cónyuge, haya o no hijos, derechos de usufructo, uso o habitación (artículo 147 del Código Civil y artículo 9° de la ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias).*

*Duodécimo: Que, de otro lado, la idea de familia que cabe entender de las disposiciones que regulan la institución de los bienes familiares, señalada por la sentencia, no está definida en términos generales por el legislador. Empero, el inciso tercero del artículo 815 del Código Civil, inserto en el Título X del Libro II, relativo a los derechos de uso y de habitación, dispone que “la familia comprende al cónyuge y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o el habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución”, de suerte que, también, para estos efectos, puede entenderse que hay familia si no existen hijos y los cónyuges viven separados. Finalmente, el Diccionario que cita el recurrente, da varias acepciones a la voz “familia”, algunas de las cuales en nada contradicen la resolución impugnada.*

*Decimotercero: Que, por lo antes razonado, el recurso de casación en el fondo, al igual que el de forma, será desestimado.*

*Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 766 y 767 del Código de Procedimiento Civil, se rechazan los recursos de casación en la forma y en el*



*fondo deducidos a fs. 130 por el abogado don IMA en representación del señor NBC, en contra de la sentencia de cuatro de junio de dos mil tres, escrita de fs. 126 a 128.*

*Redacción a cargo del abogado integrante Sr. Abeliuk.*

*Regístrese y devuélvase.*

*N° 2800-2003.*

*Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, por los Ministros Sres. Hernán Álvarez G., Enrique Tapia W., Jorge Rodríguez A., y Domingo Kokisch M., y Abogado Integrante Sr. René Abeliuk M. Autorizado por el Secretario Sr. Carlos Meneses Pizarro.*

*5. Santiago, veintiuno de agosto de dos mil seis, Corte Suprema rol 5022-2004*

*Vistos:*

*En estos autos, Rol N° 148-1998, del Quinto Juzgado Civil de Santiago, caratulados AAMA con MVJJ, juicio sumario sobre declaración de bien familiar, por sentencia de diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, escrita a fojas 157, se rechazó íntegramente la demanda de lo principal y la solicitud del primer otrosí, declarando, además, que cada parte pagará sus costas. Se alzó la parte demandada y una de las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de veintitrés de septiembre de dos mil cuatro, que se lee a fojas 191, la confirmó, sin modificaciones. En contra de esta última sentencia, el*

*demandado dedujo sendos recursos de casación en la forma y en el fondo, que pasan a analizarse. Se ordenó traer los autos en relación.*

*Considerando:*

*En cuanto al recurso de casación en la forma:*

*Primero: Que este recurso de nulidad se sustenta en la causal del N° 5 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, en relación con lo previsto en el N° 6 del artículo 170 del mismo texto legal y con el artículo 73 de la Constitución Política de la República, es decir, el vicio se hace consistir en haber faltado en la sentencia-la decisión del asunto controvertido. Al efecto, argumenta que la demanda de autos contiene dos peticiones, la principal sobre declaración de bien familiar y, la subsidiaria, para que se constituya usufructo vitalicio en favor de la actora sobre al inmueble objeto de la litis. Agrega que la sentencia recurrida ha fallado la acción principal, rechazándola y no se ha pronunciado sobre la subsidiaria, pues, en su concepto, las razones que dio el sentenciador en el fundamento 12° del fallo de primer grado, hecho suyo por la sentencia atacada, carecen de sustento jurídico. Sostiene que esa petición sería más bien materia de un juicio de alimentos, privando de esa forma a su parte de la posibilidad de conservar la posesión del inmueble en el que habita y que constituye su hogar y el de su familia.*

*Segundo: Que para desestimar la causal del recurso en estudio, basta tener presente que la sentencia impugnada en su parte resolutive, rechazó íntegramente la demanda de lo principal y la solicitud formulada en el primer otrosí*

*de fojas 3. Por lo tanto, es evidente que los jueces de la instancia se pronunciaron acerca de cada una de las peticiones sometidas a su conocimiento, resolviendo la controversia con efecto de cosa juzgada.*

*Tercero: Que a lo anterior cabe agregar que es el propio recurrente quien reconoce que los sentenciadores decidieron la pretensión cuya omisión reclama, sólo que, a su entender, los fundamentos para su rechazo carecen de sustento jurídico. En ese contexto, resulta que lo reprochado por el recurrente no es la falta de resolución de la petición subsidiaria, sino la omisión de consideraciones de hecho y de derecho que fundamenten la decisión, causal de nulidad que éste no esgrimió formalmente en su recurso.*

*Cuarto: Que, por todo lo antes razonado, el recurso de nulidad formal en estudio debe ser desestimado.*

*En cuanto al recurso de casación en el fondo:*

*Quinto: Que el recurrente denuncia la infracción de los incisos segundo y quinto del artículo 1° de la Constitución Política de la República y 141 del Código Civil, argumentando que el fallo atacado ha contravenido las disposiciones citadas al negar lugar a la declaración de bien familiar del inmueble de propiedad del demandado, en circunstancias que dichas disposiciones reconocen que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y que es deber del Estado dar protección a la población y a la familia y propender al fortalecimiento de ésta. Agrega que yerran los sentenciadores al sostener que la familia como tal está compuesta por*

*el cónyuge, hijos y nietos, cuando, como ocurre en la especie, la familia a causa de la emancipación de los hijos comunes, está constituida sólo por los cónyuges. Refiere que el fallo no se ajusta a la ley, tomando en cuenta la redacción y la finalidad que tuvo en vista el legislador al establecer esta institución, cual es otorgar a la parte más débil de la familia, normalmente a la mujer y/o los hijos, un amparo imprescindible para evitar los abusos que en su contra cometan los maridos incumplidores de sus deberes, ya que olvidando las obligaciones legales y morales que contrajeron al momento del matrimonio, tratan de burlarlas por el simple expediente de abandonar el hogar común, contraviniendo lo establecido en la ley. Sostiene que la existencia de la familia no depende de la sola voluntad de sus integrantes, sino que está formada por mandato de la ley y su reconocimiento no puede ser vulnerado con propósitos destinados a destruirla. Señala que la aludida norma constitucional ha sido conculcada, pues se ha desconocido la existencia de la familia tal como la concibe y regula nuestro ordenamiento jurídico y por ello no se ha dado aplicación a la norma del artículo 141 del Código Civil, que la protege. La familia tiene núcleo cambiante que puede ir creciendo o decreciendo según el devenir del tiempo y, en el caso de autos, estuvo constituida, en una época, por cuatro personas, los padres y dos hijos, quienes posteriormente se emanciparon, lo que no significa que la familia haya desaparecido, sino que ha quedado reducida a las mismas personas que inicialmente la formaban, vale decir, marido y mujer. Por lo dicho, como lo entiende el recurrente, no corresponde premiar a quien se alejó voluntaria e*

*injustificadamente de su familia y, menos aún, pretender que ella ha desaparecido. En lo atinente a la infracción del artículo 141 del Código Civil, expone que el inmueble objeto de ésta causa es la residencia principal de la familia formada por la demandante, el demandado y sus hijos durante más de 24 años y es, en consecuencia, de acuerdo con la disposición citada, un bien familiar y tal calidad no podido cesar abruptamente por la mañosa actitud del demandado, que se retiró del hogar común con el único propósito de perjudicar a su cónyuge.*

*Sexto: Que se han establecido como hechos en la causa, los siguientes:*

- a) las partes son cónyuges casados bajo el régimen de separación de bienes y los hijos comunes son mayores de edad;*
- b) la demandante vive en un departamento de AV y el demandado a la fecha de la contestación de la demanda, habita un departamento de calle MAP;*
- c) el demandado desde el mes de mayo de 1.998 vive con la hija e hijo, primero en Vitacura y luego en octubre del mismo año, se trasladaron a Las Condes;*
- d) uno de los argumentos de la demanda, en el sentido que el demandado se negaba a proveerla de lo necesario, por lo que se había visto obligada a demandarlo de alimentos, quedó sin efecto tal como lo admite la actora en el escrito de desistimiento presentado en la causa sobre alimentos mayores.*

*Séptimo: Que sobre la base de los hechos anotados los sentenciadores concluyeron que el fundamento principal de la acción ha quedado desvirtuado, por cuanto el departamento que ocupa la demandante no constituye la residencia principal de la familia, en la medida que ésta, entendiéndose por tal, al cónyuge,*

*hijos y nieto, se han trasladado a otra vivienda careciendo así la acción intentada de su sustento básico. En cuanto a la solicitud de que se constituya derecho de usufructo sobre el inmueble que ocupa la demandante, atendido lo ya relacionado y estimado que la pretensión es mas bien materia de un juicio de alimentos, los sentenciadores recurridos desestimaron la petición principal y la subsidiaria del primer otrosí del escrito de demanda.*

*Octavo: Que, en primer lugar cabe tener en consideración que nuestra legislación no ha definido expresamente el concepto de familia, como lo entiende el recurrente. El artículo 1° de la Carta Fundamental reconoce que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y que es deber del Estado darle protección y propender a su fortalecimiento. La norma que se denuncia como infringida se estructura sobre la base de ciertos valores o principios esenciales como son la libertad del hombre; que los derechos fundamentales de las personas son anteriores y superiores al Estado y la Constitución y, que el Estado, en cumplimiento de su finalidad propia, cual es, promover el bien común, debe darles segura y eficaz protección. El objeto de este precepto es destacar alguna de las funciones más relevantes que debe ejecutar el Estado en procura de obtener su finalidad como base de la institucionalidad patria. Por consiguiente, tratándose de una norma rectora que no hace más que reflejar la filosofía de la Carta Fundamental y orientar al intérprete acerca del sentido y alcance del resto de las disposiciones constitucionales, los sentenciadores con su decisión no han podido*

*incurrir en el error de derecho que se denuncia a su respecto, en los términos reclamados.*

*Noveno: Que en lo referente a la regla del artículo 141 del Código Civil, como se desprende de los argumentos del recurso, su infracción se construye a partir de una base fáctica que el fallo atacado no considera. En efecto, el recurrente sostiene que el demandado hizo abandono del hogar común con el único propósito de perjudicar a su cónyuge y eludir, de esa forma, la aplicación de la norma citada. Esta cuestión no formó parte del asunto controvertido, pues no se incluyó en la interlocutoria de prueba dictada al efecto -sin reproche por parte de la demandante- y, en ese contexto, no correspondía a los jueces de la instancia examinar ni cuantificar la intención del cónyuge que hizo abandono del hogar y menos puede éste Tribunal de Casación presumir la mala fe en su actuar, que le imputa la actora. A lo anterior, cabe agregar que la demandante no desconoce que el inmueble que en este momento ocupa no constituye actualmente la residencia principal de la familia y, es más, aceptando que el grupo familiar se ha disgregado, sostiene que sólo lo conforman, como en sus orígenes, marido y mujer.*

*Décimo: Que, finalmente, debe tenerse en cuenta que el recurso de autos pretende desvirtuar los hechos establecidos por los jueces del mérito, en circunstancias que, conociendo esta Corte de un recurso de casación en el fondo y de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, debe aceptar como definitivos e inamovibles los hechos asentados por los*

*jueces de la instancia, salvo que se invoque y se demuestre que en su establecimiento se han vulnerado normas que gobiernan la prueba, lo que no se ha denunciado en la especie, según lo anteriormente razonado.*

*Undécimo: Que, sin perjuicio de lo anterior, se hace necesario señalar que la institución de los bienes familiares, incorporada a nuestra legislación por la Ley N° 19.335, tiene por finalidad principal amparar el hogar de la familia, principalmente en caso de conflictos dentro de ella, protegiendo al cónyuge no propietario al limitar las facultades del que es dueño del respectivo bien raíz. El artículo 141 del Código Civil, exige para la procedencia de la declaración de bien familiar la existencia de un inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges y que éste sirva de residencia principal de la familia.*

*Duodécimo: Que, en el caso de autos y tal como se desprende del mérito de los antecedentes, la demanda se presentó a distribución el 12 de enero de 1.998, la declaración provisional de afectación se decretó el 19 de enero de 1.998, inscribiéndose en el Conservador de Bienes Raíces de Santiago el 12 de marzo del mismo año y el demandado fue notificado personalmente el 24 de septiembre de 1.998. El inciso tercero del artículo 141 del Código Civil, en su redacción vigente a la fecha de la demanda, prescribía que la sola presentación del libelo transformará provisionalmente en familiar el bien de que se trata. Del tenor literal de la norma se infiere claramente su carácter cautelar o de precaución, pues tiene como único propósito asegurar el resultado de la correspondiente acción. Los presupuestos procesales exigidos por el legislador deben ser acreditados en el*



*curso del juicio y la afectación definitiva se producirá con la declaración judicial hecha en la sentencia que resuelve la controversia de acuerdo al mérito del proceso.*

*Decimotercero: Que, en el caso de autos, a la fecha de la contestación de la demandada, el cónyuge y los hijos de las partes no habitaban el inmueble cuya declaración de bien familiar se pretende. Luego, como bien lo asentaron los jueces recurridos, no se trata de un inmueble que en la actualidad sirva de morada al grupo familiar, sino que habiendo sido el hogar común, ahora constituye sólo la residencia de la cónyuge demandante.*

*Decimocuarto: Que si bien la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, base y piedra angular en que se sustenta el ordenamiento jurídico y social conforme lo recoge la Carta Fundamental en su artículo 1°, pero la Constitución Política, el Código Civil, ni ninguna otra disposición de otros cuerpos legales la definen expresamente, lo que no significa que el legislador nada diga al respecto. Efectivamente, en diversas normas se menciona a la familia, como ocurre en los artículos 15 N° 2, 42 y 988 del Código Civil, entre otros preceptos, e incluso el artículo 815 del mismo texto legal la define para efectos del derecho de uso y habitación, señalando que comprende al cónyuge y los hijos; tanto los que existan al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y éstos aún cuando el usuario o el habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución. Comprende asimismo el número de sirvientes necesarios para la familia. La definición transcrita no puede ser aplicada en*

*términos generales por no corresponder a la realidad social y su alcance referido a una materia específica y, por otro lado, las diferentes menciones contenidas en otras disposiciones no importan un concepto jurídico obligatorio y de general aplicación.*

*Decimoquinto: Que la idea anterior se refuerza si se tiene presente, además, que la actual Ley de Matrimonio Civil, N° 19.947, en su artículo 1°, señala que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia, pero sin que el legislador defina ese concepto. Lo mismo ocurre con la actual Ley N° 20.066, sobre violencia intrafamiliar, al señalar en su artículo 5°, las situaciones que esa normativa protege.*

*Decimosexto: Que, por lo antes razonado, fuerza es concluir que el recurso de nulidad en estudio debe ser rechazado. Por estas consideraciones y de acuerdo con lo previsto en los artículos 764, 766, 768, 772 del Código de Procedimiento Civil, se rechazan, sin costas, los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos por el demandante a fojas 192, contra la sentencia de veintitrés de septiembre de dos mil cuatro, escrita a fojas 191.*

*Regístrese y devuélvanse.*

*N° 5.022-04.-*

*Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores Marcos Libedinsky T., Orlando Álvarez H. y Urbano Marín V. y los Abogados Integrantes señores Roberto Jacob Ch. y Ricardo Peralta V.. No firman*

*los señores Jacob y Peralta, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo del fallo de la causa, por estar ausentes.*

*Autoriza el Secretario de la Corte Suprema, señor Carlos A. Meneses Pizarro.*

*6. La Serena, ocho de enero de dos mil siete, rol 373-2006*

*VISTOS Y OIDO: En estos antecedentes don Erick Alejandro Astudillo Canessa, Defensor Penal Público de Illapel, por don HONORINO ESTEBAN MUÑOZ TAPIA, deduce recurso de nulidad a fin de que se invalide la sentencia dictada el 14 de noviembre de 2005, escrita a fojas 43, en la causa RUC 0600284381-k, RIT 99-2006, por la Jueza de Garantía de Combarbalá doña Ana Verónica Naranjo Bischof, y se dicte otra de reemplazo en que se absuelva a su representado de los cargos por los que, en juicio simplificado, se lo condenó a dos penas principales de cuarenta y un días de prisión en su grado máximo; a las accesorias de suspensión para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, y de prohibición de acercarse a la víctima don Manuel Alejandro Iglesias Rojas, ni a su domicilio de calle Libertad N° 572 Combarbalá, como también a la de sujetarse al diagnóstico de dependencia alcohólica y, en caso que éste lo amerite, a someterse al tratamiento respectivo por el plazo de un año, como autor de los delitos de maltrato habitual en grado de consumados, previstos y sancionados en el artículo 14 de la ley número 20.066 en relación con el artículo*

*5° del mismo cuerpo legal. Declarado admisible el recurso por esta Corte, tomó conocimiento de él en audiencia pública, con asistencia del Fiscal don Cristian Alfonso Durruty y por el Defensor Público don Carlos Esperguen, quien reiteró su petición de nulidad en estrados, procediendo el primero a solicitar el rechazo del recurso por compartir los fundamentos de la sentencia en alzada. Luego el tribunal escuchó el registro de lo obrado, contenido en un disco compacto, y procedió a deliberar, fijando como fecha para la lectura del fallo el ocho de enero próximo a las doce horas, quedando notificados los intervinientes para dichos efectos, encargándose la redacción del fallo al abogado integrante don Santiago Augusto Cabrera Cifuentes.*

*Con lo relacionado y considerando:*

*PRIMERO: Que funda la defensa del imputado su petición de nulidad en lo que dispone el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es en que en el pronunciamiento de la sentencia condenatoria se ha hecho una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al aplicarse erróneamente lo dispuesto PRIMERO: Que funda la defensa del imputado su petición de nulidad en lo que dispone el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es en que en el pronunciamiento de la sentencia condenatoria se ha hecho una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo*

*dispositivo del fallo, al aplicarse erróneamente lo dispuesto en los incisos 1° y 2° del artículo 5° de la ley número 20.066.-*

*SEGUNDO: Aduce el recurrente que los hechos mencionados como delitos de maltrato habitual previsto en el artículo 14 de la ley número 20.066, no encuadran dentro del concepto de convivencia determinado en la figura tipificada, por cuanto ella, conforme a lo dispuesto en el referido artículo 5°, se encuentra referida en la parte pertinente a la convivencia en el núcleo familiar de personas que mantienen una relación de pareja heterosexual.- Argumenta en seguida que, si la pareja homosexual involucrada en autos no constituye un núcleo familiar, mal puede estar protegido por las normas de la Ley de Violencia Intrafamiliar el hijo discapacitado de uno de ellos que vive en el domicilio común. A su juicio, entonces, existe la causal de nulidad invocada, por lo que pide en consecuencia que se acoja del recurso de nulidad interpuesto declarándose nula la sentencia condenatoria recurrida, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se dicte sentencia de reemplazo absolutoria de la acusación formulada en contra del imputado.*

*TERCERO: Que la calificación de si es o no es convivencia, para los efectos del artículo 5° de la Ley de Violencia Intrafamiliar, la que puedan mantener parejas del mismo sexo, es una cuestión valórica, como acertadamente lo manifestó en la vista de la causa el propio defensor del imputado.- En consecuencia, si tal determinación es una cuestión de interpretación o valórica de los hechos, mal puede el juez de garantía haber incurrido en una errónea aplicación del derecho,*

*toda vez que su actuar no fue ni arbitrario ni infundado, como se desprende, en particular, de la lectura del considerando quinto del fallo impugnado, máxime si la formalización fue por el mismo delito del artículo 14 de la Ley N° 20.066 en relación con el artículo 5 del mismo cuerpo legal. En síntesis, la jueza a quo, al establecer que sí existió convivencia de connotación familiar o afectiva entre Honorino Esteban Muñoz Tapia y Manuel Iglesias Aguilar, ponderó los hechos y aplicó el derecho según su leal saber y entender, y a este respecto es preciso tener presente que, como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, a las Cortes de Apelaciones, conociendo el recurso de nulidad a que se refieren los artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal, les está vedado alterar los hechos que fueron fijados en la sentencia, en este caso, del Juez de Garantía; si lo hicieran, señala tal opinión, resultaría que magistrados que no han tenido acceso personal y directo a las pruebas producidas durante el juicio oral (en este caso, procedimiento simplificado), estarían modificando hechos de los que sólo toman un conocimiento mediato, con lo que se arruinaría lo que ha sido uno de los pilares fundamentales sobre los cuales descansa la nueva reforma procesal penal, como es el principio de la inmediatez. Además, resultaría particularmente atentatorio contra el principio de independencia de los jueces, que un tribunal superior impusiera sobre el inferior su concepto valorico sobre un tema jurídico en conflicto, máxime en este caso, en que la resolución de la jueza a quo señala pormenorizadamente los antecedentes, incluso constitucionales, que la convencen para su decisión.-*

*CUARTO: Que, a mayor abundamiento, conviene analizar los fundamentos del recurrente, y tener presente que en el procedimiento simplificado de autos el imputado reconoció expresamente los hechos contenidos en el requerimiento, esto es que "durante los meses de noviembre de 2005 a abril de 2006, el requerido Honorio Esteban Muñoz Tapia convivió con Manuel del Tránsito Iglesias Aguilar en la propiedad de este último, ubicada en calle libertad 572, Combarbalá, y ha tenido a su cuidado al hijo de éste llamado Manuel Alejandro Iglesias Rojas, quien padece de un retardo mental, época durante la cual, en el interior del referido inmueble, en reiteradas oportunidades, profirió insultos y propinó golpes en diversas ocasiones a Manuel Alejandro Iglesias Rojas y a Manuel Eduardo del Tránsito Iglesias Aguilar".- En mérito de este reconocimiento y demás antecedentes de la causa, la jueza a quo determinó que estos hechos son constitutivos de dos delitos de maltrato habitual, previstos y sancionados en el artículo 14 de la ley número 20.066, en relación con el artículo 5° del mismo cuerpo legal, en grado de consumado, en los que le ha cabido al citado Honorino Muñoz Tapia calidad de autor.*

*QUINTO: Que el artículo 5° de la ley mencionada, en sus dos incisos, expresa, en el primero, que se entiende por 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. Y*

*en el segundo agrega que también habrá violencia intrafamiliar, cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar.*

*SEXO: Que la Corte concuerda con el razonamiento expuesto en el considerando quinto del fallo en alzada, por lo que concluye que la sentencia se encuentra ajustada a derecho, en cuanto en el concepto de conviviente incluye en forma extensiva, a aquel unido a otro en una relación de convivencia homosexual, a quien se considera además como integrante del grupo familiar, y en consecuencia se rechazará el recurso de nulidad deducido en contra de lo resuelto en el fallo recurrido. A las fundadas razones contenidas en el mencionado considerando quinto, cabe agregar que la ley no distingue si "quien" tenga o haya tenido la calidad de conviviente con el autor del maltrato familiar ha de ser una persona de distinto sexo del ofendido, o puede ser del mismo sexo, por lo que no corresponde al intérprete desatender el tenor literal de la norma so pretexto de consultar su espíritu.-*

*Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 19 del Código Civil, 5° y 14 de la Ley 20066, y 352, 358, 360, 372 y 373 letra b) del Código Procesal Penal, SE RECHAZA el recurso de nulidad interpuesto por don Erick Alejandro Astudillo Canessa, Defensor Penal Público de la ciudad de Illapel, por don Honorino Esteban Muñoz Tapia, respecto de la sentencia dictada el 14 de*



*noviembre de dos mil cinco, escrita a fojas 43, en la causa RUC 0600284381-k, Rol 99-2006, por la Jueza de Garantía de Combarbalá, doña Ana Verónica Naranjo Bischof, no condenándose en costas al recurrente por estimarse que tuvo motivos plausibles para recurrir.*

*Dictada con el voto en contra del abogado integrante don Santiago Augusto Cabrera Cifuentes, quien estuvo por acoger el recurso de nulidad interpuesto en razón de:*

*Uno) Que si bien podrían ser aplicables en la especie, como se señala en el considerando quinto de la sentencia impugnada, las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y de no discriminación, también son necesariamente aplicables otros principios penales, de igual raigambre constitucional, que prescriben que nadie puede ser condenado sino por un hecho que una ley previa califique de delito, sin que dicha calificación pueda hacerse por analogía o extensión.*

*Dos) En la especie, se están calificando por analogía o extensión como delito de violencia intrafamiliar hechos que, de haberse acreditado, estarían tipificados con otra penalidad menos gravosa, lo que fehacientemente implica una errónea aplicación del derecho que amerita la invalidación de la sentencia. A este respecto, habría que concluir que si la convivencia homosexual puede dar cabida a la aplicación del delito de violencia intrafamiliar, también podría darla para calificar un homicidio simple entre convivientes homosexuales como delito de*

*parricidio previsto en el artículo 390 del Código Penal y sancionado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado, y no con la pena prevista en el artículo 391, que es de presidio mayor en su grado mínimo a medio. Obviamente, ni esta pena tan gravosa ni la menor aplicable a la violencia intrafamiliar, pueden aplicarse por analogía o extensión, sin recurrir en errónea aplicación del derecho.*

*Tres) Que la tipificación del delito de maltrato habitual previsto en el artículo 14 de la ley 20.066, al emplear el sustantivo "conviviente" en las diversas situaciones en que se lo menciona, comprende únicamente, conforme a la legislación vigente, por excepción, como miembro de la familia a aquel que mantiene dentro de ella una convivencia de carácter heterosexual relativamente estable y notoria (concubinato). Se excluye por ende, como parte del grupo familiar a quien, por el contrario, como extraño, mantiene una relación homosexual estable y notoria, con alguno de sus integrantes dentro del hogar común, no siendo por ende aquel, objeto de la especial protección o consideración, que Tres) Que la tipificación del delito de maltrato habitual previsto en el artículo 14 de la ley 20.066, al emplear el sustantivo "conviviente" en las diversas situaciones en que se lo menciona, comprende únicamente, conforme a la legislación vigente, por excepción, como miembro de la familia a aquel que mantiene dentro de ella una convivencia de carácter heterosexual relativamente estable y notoria (concubinato). Se excluye por ende, como parte del grupo familiar a quien, por el contrario, como extraño, mantiene una relación homosexual estable y notoria, con alguno de sus*

*integrantes dentro del hogar común, no siendo por ende aquel, objeto de la especial protección o consideración, que contempla la ley referida, para garantizar la vida, integridad personal y la seguridad precisamente de los miembros de la familia. Al efecto el artículo 2 de la ley de violencia intrafamiliar dispone textualmente: "Obligación de protección: Es deber del estado adoptar las medidas conducentes para garantizar la vida, la integridad personal y seguridad de los miembros de la familia".*

*Cuatro) Abona este parecer, en cuanto que la relación homosexual de convivencia, no configura en la actualidad convivencia familiar, el hecho de que se encuentre en tramitación un proyecto de ley ingresado a la Cámara de Diputados el 10 de julio de 2003 sobre "Fomento de la no discriminación y de contrato de unión civil entre personas del mismo sexo", proyecto por el que se pretende "proteger la existencia legal de la familia constituida entre personas del mismo sexo, cuyos miembros que cumplan los requisitos establecidos por la ley, deseen acogerse al régimen patrimonial por ella previsto, durante su vigencia y con motivo de su disolución." ("Nuevo Derecho Matrimonial Chileno", Javier Barrientos y Aranzazu Novales, Editorial Lexis Nexis 2004 pag 22 ). Si para solucionar problemas patrimoniales de uniones homosexuales es preciso legislar con especificidad, con mayor razón debería serlo para dar a tales uniones consecuencias penales, de suyo restrictivas. También abona este parecer el hecho de que en la Ley de Matrimonio Civil (que parte por establecer que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad) reconoce en su artículo 80 los*

*matrimonio celebrados válidamente en el extranjero "siempre que se trate de una unión entre un hombre y una mujer".*

*Es claro, entonces, a juicio de este disidente, que la voluntad del legislador es evidente, y que se incurre en errónea aplicación de la manifestación de tal voluntad, como es la ley, en el caso de autos, y que la conducta atribuida al imputado no es constitutiva de los delitos especiales previstos en el artículo 14 de la ley de violencia intrafamiliar, por carecer el imputado Honorino Esteban Muñoz Tapia de las calidades exigidas al sujeto activo para la configuración de los hechos punibles por los que se le condenó en la sentencia recurrida, y, en consecuencia por haberse incurrido en la causal prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, debe acogerse, a juicio del disidente, el recurso de nulidad interpuesto, y dejándose sin efecto la sentencia condenatoria de catorce de noviembre de dos mil cinco dictada en la causa RUC 060028438-k Rol 99-2006, por la Jueza de Garantía de Combarbalá, doña Ana Verónica Naranjo Bischof, por la que se condenó en juicio simplificado, a aludido Muñoz Tapia, dictarse a continuación la sentencia de reemplazo pertinente.*

*Regístrese y devuélvanse Redactada por el abogado integrante don Augusto Cabrera Cifuentes. Rol RUC 060028438-k, Rol a quo 99-2006.- Rol IC Nº 373-2006 (J.G)*

## *7. Fallo Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de Febrero de 2012*

En el presente caso y con el objeto de acotar el tema a tratar, se adjunta el resumen oficial emitido por la Corte de la sentencia de fecha 24 de Febrero de 2012 <sup>382</sup>, manteniéndose íntegramente los aspectos relacionados con la fundamentación de la familia “normal” y “tradicional”.

### *Síntesis*<sup>383</sup>

*Los hechos del presente caso se relacionan con el proceso de custodia o tuición que fue interpuesto ante los tribunales chilenos por el padre de las niñas M., V. y R<sup>384</sup> en contra de la señora Karen Atala Riffo por considerar que su orientación sexual y su convivencia con una pareja del mismo sexo producirían un daño a las tres niñas. En este sentido, la Corte tuvo que resolver, entre otros elementos, la responsabilidad internacional del Estado por el alegado trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría*

---

<sup>382</sup> Corte Interamericana [en línea] <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_239\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_239_esp.pdf)> [consulta 09 Marzo 2013]

<sup>383</sup> Integrada por los siguientes jueces: Diego García-Sayán, Presidente; Manuel E. Ventura Robles, Vicepresidente; Leonardo A. Franco, Juez; Margarette May Macaulay, Jueza; Rhadys Abreu Blondet, Jueza, y Alberto Pérez Pérez, Juez. El Juez, Eduardo Vio Grossi, de nacionalidad chilena, no participó en el presente caso de conformidad con el artículo 19.1 del Reglamento de la Corte. El Secretario del Tribunal es Pablo Saavedra Alessandri y la Secretaria Adjunta es Emilia Segares Rodríguez.

<sup>384</sup> A solicitud de la Comisión Interamericana y de los representantes, se reservó la identidad de las tres hijas de la señora Karen Atala Riffo, a quienes se identificará con las letras “M., V. y R.”. Sobre la participación de las niñas M., V. y R. en el presente caso, una delegación de la Corte Interamericana realizó una diligencia privada con las niñas M. y R.. Durante la diligencia no estuvieron presentes ninguno de los padres y ninguna de las partes. A partir de lo manifestado por las niñas, la Corte las consideró presuntas víctimas en el presente caso. Por otra parte, la niña V. no participó en dicha diligencia por motivos de fuerza mayor. Al respecto, el Tribunal consideró que no hallaba ningún elemento para considerar que la niña V. no se encontraba en la misma condición que sus hermanas. Sin embargo, para efectos de las reparaciones la autoridad nacional competente para la infancia deberá constatar en forma privada la opinión libre de la niña V. sobre si desea ser considerada parte lesionada.

*sufrido la señora Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R.. Para estos efectos, la Corte analizó, entre otros, los argumentos expuestos por la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria del Juzgado de Menores de Villarrica. De este modo, la Corte Interamericana precisó que no desempeña funciones de tribunal de “cuarta instancia”, razón por la cual no le correspondía establecer si la madre o el padre de las tres niñas ofrecían un mejor hogar para las mismas, valorar prueba para ese propósito específico, o resolver sobre la tuición de las niñas M., V. y R., aspectos que se encuentran fuera del objeto del presente caso. En la Sentencia la Corte declaró a Chile responsable internacionalmente por haber vulnerado: i) el derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24 (igualdad ante la ley), en relación con el artículo 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo; ii) el derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24 (igualdad ante la ley), en relación con los artículos 19 (derechos del niño) y 1.1. (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana, en perjuicio de las niñas M., V. y R.; iii) el derecho a la vida privada consagrado en el artículo 11.2 (protección a la honra y a la dignidad), en relación con el artículo 1.1. (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo; iv) los artículos 11.2 (protección a la honra y a la dignidad) y 17.1 (protección a la familia), en relación con el artículo 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala*

*Riffo y de las niñas M., V. y R.; v) el derecho a ser oído consagrado en el artículo 8.1 (garantías judiciales), en relación con los artículos 19 (derechos del niño) y 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana en perjuicio de las niñas M., V. y R., y vi) la garantía de imparcialidad consagrada en el artículo 8.1 (garantías judiciales), en relación con el artículo 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana, respecto a la investigación disciplinaria, en perjuicio de Karen Atala Riffo. Por otra parte, la Corte declaró que el Estado no violó la garantía judicial de imparcialidad consagrada en el artículo 8.1 (garantías judiciales) de la Convención Americana, en relación con las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica.*

#### *Síntesis de los hechos principales*

*En el marco del proceso de tuición, el Juzgado de Menores de Villarrica adoptó, entre otras, dos decisiones. La primera de ellas se concentró en decidir sobre una tuición provisional solicitada por el padre. El 2 de mayo de 2003 dicho Juzgado concedió la tuición provisional al padre aunque reconoció que no existían elementos que permitieran presumir causales de inhabilidad legal de la madre. En dicha decisión, el Juzgado motivó la decisión, inter alia, con los siguientes argumentos: i) “que [...] la demandada haciendo explícita su opción sexual, convive en el mismo hogar que alberga a sus hijas, con su pareja, [...] alterando con ella la normalidad de la rutina familiar, privilegiando sus intereses y bienestar personal, por sobre el bienestar emocional y adecuado proceso de socialización*

*de sus hijas”, y ii) “que la demandada ha privilegiado su bienestar e interés personal por sobre el cumplimiento de su rol materno, en condiciones, que pueden afectar el desarrollo posterior de las menores de autos, y de lo cual no cabe sino concluir, que el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos, que en el contexto de una sociedad heterosexuada, y tradicional, cobra gran importancia”.*

*El 29 de octubre de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica adoptó una segunda decisión en la que rechazó la demanda de tuición considerando que, con base en la prueba existente, había quedado establecido que la orientación sexual de la demandada no representaba un impedimento para desarrollar una maternidad responsable, que no presentaba ninguna patología psiquiátrica que le impidiera ejercer su “rol de madre” y que no existían indicadores que permitieran presumir la existencia de causales de inhabilidad materna para asumir el cuidado personal de las menores de edad. Dicha decisión fue apelada. El 30 de marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la Sentencia.*

*Posteriormente, el padre de las niñas presentó un recurso de queja contra la Corte de Apelaciones de Temuco. El 31 de mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió el recurso de queja, concediendo la tuición definitiva al padre. En dicha sentencia, la Corte Suprema indicó que “en todas las medidas que le conciernan a los niños y niñas, es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo de sus padres”. Además, la*



*Corte Suprema fundamentó su decisión en los siguientes argumentos: i) “se ha prescindido de la prueba testimonial, [...] respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores de edad, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho”; ii) “el testimonio de las personas cercanas a las menores de edad, como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja”; iii) la señora Atala “ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que llevaba a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas”; iv) “la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores de edad respecto de la cual deben ser protegidas”, y v) “es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal”. Por tanto, la Corte Suprema consideró que las condiciones descritas constituían “causa calificada” de conformidad con el artículo 225 del Código Civil, para*

*justificar la entrega de la tuición al padre, dado que la situación actual configuraba “un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores de edad, cuya protección debe preferir a toda otra consideración”.*

*Por otra parte, el presente caso también se relaciona con la investigación disciplinaria y la visita extraordinaria que fue llevada en contra de la señora Atala en abril de 2003. Dicha investigación fue ordenada por el Pleno de la Corte de Apelaciones de Temuco con el fin de indagar sobre “dos hechos fundamentales: uno, las publicaciones aparecidas en los diarios “Las Últimas Noticias [...] y „La Cuarta” [...] en las que se haría referencia al carácter de lesbiana que se atribuía en dichas publicaciones a la señora Atala” y el otro, correspondía a la utilización de elementos y personal para cumplir diligencias decretadas por el Juez de Menores de Villarrica en la que ella era parte. Respecto a la orientación sexual de la señora Atala el ministro visitador que realizó la visita extraordinaria, concluyó en su informe que la “peculiar relación afectiva de la señora Atala ha trascendido el ámbito privado al aparecer las publicaciones señaladas precedentemente, lo que claramente daña la imagen tanto de la señora Atala como del Poder Judicial” y que ello “reviste una gravedad que merece ser observada por el [...] Tribunal” de Apelaciones.*

*Como consecuencia de esa visita la Corte de Apelaciones de Temuco formuló cargos en contra de la señora Atala por la utilización de elementos y personal para cumplir diligencias decretadas por el Juez de menores, la utilización indebida de*

*un sello del Tribunal y las publicaciones aparecidas en la prensa que informaron sobre el proceso de tuición y su orientación sexual.*

#### *Conclusiones y determinaciones de la Corte*

##### *1. Conclusiones en relación con las controversias respecto al proceso de tuición*

##### *1.1. Igualdad y no discriminación y la orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana.*

*La Corte reiteró que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma.*

*Además, respecto al derecho a la igualdad y no discriminación, la Corte estableció que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana bajo el término “otra condición social” establecido en el artículo 1.1 de la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por*

*particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.*

### *1.2. El principio del interés superior del niño y las presunciones de riesgo*

*La Corte Interamericana resaltó que el objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En el mismo sentido, indicó que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. Igualmente, la Corte Interamericana constató que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.*

*La Corte observó que al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede*

*servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.*

*El Tribunal agregó que una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte consideró que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños.*

#### *1.2.1. Presunta discriminación social*

*La Corte consideró que, para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar los menores de edad por condiciones de la madre o el padre. Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la*

*nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios. Los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias “para hacer efectivos” los derechos establecidos en la Convención, como se estipula en el artículo 2 de dicho instrumento interamericano por lo que deben propender, precisamente, por enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición.*

*El Tribunal constató que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos.*

*Por otro lado, en cuanto al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, la Corte consideró que un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un “daño” válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente*

*inadmisible legitimizar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad. En el presente caso, el Tribunal resaltó que, además, la señora Atala no tenía porque sufrir las consecuencias de que en su comunidad presuntamente las niñas podrían haber sido discriminadas debido a su orientación sexual.*

*Por tanto, la Corte concluyó que el argumento de la posible discriminación social no era adecuado para cumplir con la finalidad declarada de proteger el interés superior de las niñas M., V. y R.*

#### *1.2.2. Alegada confusión de roles*

*Frente a la alegada confusión de roles en las tres niñas que podría generar la convivencia de la señora Atala con su pareja, el Tribunal consideró que tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio. En efecto, es el Estado el que tiene la carga de la prueba para mostrar que la decisión judicial objeto del debate se ha basado en la existencia de un daño concreto, específico y real en el desarrollo de las niñas. El Tribunal observó que, en el presente caso, la Corte Suprema de Justicia no falló con base en un análisis in abstracto del alegado impacto de la orientación sexual de la madre en el desarrollo de las niñas, sino que invocó la supuesta existencia de pruebas*

*concretas. Sin embargo, se limitó en sus consideraciones a la aplicación de un test de daño especulativo limitándose a hacer referencia, respecto al supuesto daño, a la “eventual confusión de roles sexuales” y la “situación de riesgo para el desarrollo” de las niñas. Por tanto, el Tribunal concluyó que la Corte Suprema de Justicia no cumplió con los requisitos de un test estricto de análisis y sustentación de un daño concreto y específico supuestamente sufrido por las tres niñas a causa de la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo.*

### *1.2.3. Alegado privilegio de intereses*

*Respecto al alegado privilegio de los intereses de la señora Atala, la Corte indicó que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. La Corte precisó que el ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad.*

*En este sentido, la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. Por lo tanto, “la vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que*



*se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad”.*

*Al respecto, el Tribunal consideró que dentro de la prohibición de discriminación por orientación sexual se deben incluir, como derechos protegidos, las conductas en el ejercicio de la homosexualidad. Además, si la orientación sexual es un componente esencial de identidad de la persona, no era razonable exigir a la señora Atala que pospusiera su proyecto de vida y de familia. No se puede considerar como “reprochable o reprobable jurídicamente” que la señora Atala haya tomado la decisión de rehacer su vida. Además, no se encontró probado un daño que haya perjudicado a las tres niñas.*

*En consecuencia, la Corte consideró que exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción “tradicional” sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad. Por tanto, el Tribunal manifestó que bajo esta motivación del supuesto privilegio de los intereses personales de la señora Atala tampoco se cumplía con el objetivo de proteger el interés superior de las tres niñas.*

#### *1.2.4. Alegado derecho a una familia “normal y tradicional”*

*Al respecto, la Corte Suprema de Justicia señaló que se desconoció “el derecho preferente de las menores de edad a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio”<sup>385</sup>. Por su parte, el Juzgado de Menores de Villarrica, en la decisión de tuición provisoria, indicó que “el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos, que en el contexto de una sociedad heterosexuada, y tradicional, cobran gran importancia”<sup>386</sup>. La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio<sup>387</sup>.*

*En ello es coherente la jurisprudencia internacional. En el caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal, el Tribunal Europeo consideró que la decisión de un tribunal nacional de retirar a un padre homosexual la custodia de su hija menor de edad, con el argumento que la niña debería vivir en una familia portuguesa tradicional, carecía de relación razonable de proporcionalidad entre la medida tomada (retiro de la custodia) y el fin perseguido (protección del interés superior*

---

<sup>385</sup> Cfr. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de Mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2673)

<sup>386</sup> Cfr. Resolución de la demanda de tuición provisoria por el Juzgado de Menores de Villarrica de 2 de mayo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2567)

<sup>387</sup> Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 122, párrs. 69 y 70. Ver asimismo: T.E.D.H., *Caso Keegan Vs. Irlanda*, (No. 16969/90) Sentencia de 26 de mayo de 1994, párr. 44, y *Caso Kroon y otros Vs. Países Bajos*, (No. 18535/91), Sentencia de 27 de octubre de 1994, párr. 30.

de la menor de edad)<sup>388</sup>. Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló en el Caso Karner Vs. Austria, que: “El objetivo de proteger la familia en el sentido tradicional es más bien abstracto y una amplia variedad de medidas concretas pueden utilizarse para implementarlo [...] como es el caso cuando hay una diferencia de trato basada en el sexo o en la orientación sexual, el principio de proporcionalidad no solamente requiere que la medida escogida sea, en principio, adecuada para el cumplimiento del objetivo buscado. También se debe demostrar que era necesario excluir a ciertas categorías de personas para lograr ese objetivo”<sup>389</sup>.

En el presente caso, este Tribunal constata que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional”, refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la “familia tradicional”)<sup>390</sup>

---

<sup>388</sup> Cfr. T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta*, *supra* nota 99, párrs. 34 a 36.

<sup>389</sup> Cfr. T.E.D.H., *Caso Karner*, *supra* nota 143, párr. 41 (“The aim of protecting the family in the traditional sense is rather abstract and a broad variety of concrete measures may be used to implement it. [...] as is the position where there is a difference in treatment based on sex or sexual orientation, the principle of proportionality does not merely require that the measure chosen is in principle suited for realizing the aim sought. It must also be shown that it was necessary in order to achieve that aim to exclude certain categories of people”).

<sup>390</sup> Cfr. En similar sentido, la Suprema Corte de Justicia de México ha señalado que el reconocimiento jurídico de la existencia de familias homoparentales que existen, vía reproducción o adopción, no desatiende el interés superior del niño. Por el contrario, de dicho reconocimiento derivan una serie de derechos a favor del menor de edad y de obligaciones de quienes son sus padres, pues es una realidad que dichas familias existen y, como tales, deben ser protegidas por el legislador: son tan respetables unas como otras. *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010, párr. 333.

### 1.2.5. Conclusión

*Teniendo en cuenta todo lo anteriormente reseñado, el Tribunal concluyó que si bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas M., V. y R., no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión, por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala que viola los artículos 24 y 1.1 de la Convención Americana. Además, la Corte Interamericana resaltó que las niñas y los niños no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones y dicha prohibición se extiende, además, a las condiciones de sus padres o familiares, como en el presente caso a la orientación sexual de la madre.*

*El Tribunal señaló que, al haber tomado como fundamento para su decisión la orientación sexual de la madre, la decisión de la Corte Suprema discriminó, a su vez, a las tres niñas, puesto que tomó en cuenta consideraciones que no habría utilizado si el proceso de tuición hubiera sido entre dos padres heterosexuales. En particular, la Corte reiteró que el interés superior del niño es un criterio rector para*

*la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.*

*Además, el trato discriminatorio en contra de la madre tuvo repercusión en las niñas, pues fue el fundamento para decidir que ellas no continuarían viviendo con ella. De manera que dicha decisión irradió sus efectos al ser ellas separadas de su madre como consecuencia de la orientación sexual de la misma. Por tanto, la Corte concluyó que se vulneró el artículo 24, en relación con los artículos 19 y 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de las niñas M., V. y R..*

### *1.3. Derecho a la vida privada y vida familiar*

*La Corte señaló que el artículo 11 de la Convención prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, el Tribunal sostuvo que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. La vida privada es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas y comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. Es decir, la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás.*

*Dado que los tribunales internos tuvieron como referente de peso la orientación sexual de la señora Atala al momento de decidir sobre la tuición, expusieron*

*diversos aspectos de su vida privada a lo largo del proceso. El Tribunal observó que la razón esgrimida por dichos tribunales para interferir en la esfera de la vida privada de la señora Atala era la misma que fue utilizada para el trato discriminatorio, es decir, la protección de un alegado interés superior de las tres niñas. La Corte consideró que, si bien dicho principio se relaciona in abstracto con un fin legítimo, la medida era inadecuada y desproporcionada para cumplir este fin, por cuanto los tribunales chilenos tendrían que haberse limitado a estudiar conductas parentales -que podían ser parte de la vida privada- pero sin efectuar una exposición y escrutinio de la orientación sexual de la señora Atala.*

*El Tribunal constató que durante el proceso de tuición, a partir de una visión estereotipada sobre los alcances de la orientación sexual de la señora Atala, se generó una injerencia arbitraria en su vida privada, dado que la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad. Por tanto, la Corte concluyó que el Estado vulneró el artículo 11.2, en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo.*

*En cuanto al derecho a la protección a la vida familiar, la Corte reiteró que el artículo 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, según el cual el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. El Tribunal*

*señaló que diversos órganos de derechos humanos creados por tratados, han indicado que no existe un modelo único de familia, por cuanto este puede variar. En el presente caso, la Corte determinó que era visible que se había constituido un núcleo familiar que, al serlo, estaba protegido por los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, pues existía una convivencia, un contacto frecuente, y una cercanía personal y afectiva entre la señora Atala, su pareja, su hijo mayor y las tres niñas. Por tanto, este Tribunal concluyó que la separación de la familia constituida por la madre, su pareja y las niñas, constituyó una interferencia arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar.*

#### *1.4. Garantías judiciales*

*Respecto a la presunta violación de las garantías judiciales de independencia e imparcialidad en detrimento de la señora Atala, la Corte consideró que no se aportaron elementos probatorios específicos para desvirtuar la presunción de imparcialidad subjetiva de los jueces y elementos convincentes que permitieran cuestionar la imparcialidad objetiva en la sentencia de la Corte Suprema. De manera, que una interpretación de las normas del Código Civil chileno en forma contraria a la Convención Americana en materia del ejercicio de la custodia de menores de edad por una persona homosexual no es suficiente, en sí misma, para declarar una falta de la imparcialidad objetiva. En consecuencia, la Corte consideró que el Estado no violó las garantías judiciales reconocidas en el artículo*

*8.1 de la Convención en relación con la decisión de la Corte Suprema de Justicia en el presente caso.*

*Por otra parte, la Corte concluyó que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia violó el derecho de las niñas a ser oídas consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana, ya que la Corte Suprema no había explicado en su sentencia cómo evaluó o tomó en cuenta las declaraciones y preferencias hechas por las menores de edad que constaban en el expediente. En efecto, el Tribunal constató que la Corte Suprema no adoptó una decisión en la que se razonara sobre la relevancia atribuida por dicha Corte a las preferencias de convivencia expresadas por las menores de edad y las razones por las cuales se apartaba de la voluntad de las tres niñas. Por el contrario, la Corte Suprema se limitó a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las tres menores de edad pero sin motivar o fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición, teniendo en cuenta la interrelación entre el derecho a participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el principio del interés superior del niño. Por tanto, la Corte concluyó que la referida decisión de la Corte Suprema de Justicia violó el derecho a ser oídas de las niñas y ser debidamente tomadas en cuenta consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de las niñas M., V. y R.*

*2. Conclusiones sobre las controversias respecto a la investigación disciplinaria*



*En cuanto a los hechos relacionados con la investigación disciplinaria, la Corte manifestó que no observaba relación alguna entre un deseo de proteger la “imagen del poder judicial” y la orientación sexual de la señora Atala, ya que la orientación sexual o su ejercicio no pueden constituir, bajo ninguna circunstancia, fundamento para llevar a cabo un proceso disciplinario, pues no existe relación alguna entre el correcto desempeño de la labor profesional de la persona y su orientación sexual. Por ello, concluyó que era discriminatoria una diferenciación en una indagación disciplinaria relacionada con la orientación sexual. Por ello, el Estado vulneró el artículo 24 en relación con el artículo 1.1 de la Convención, en perjuicio de Karen Atala Riffo.*

*Por otra parte, la Corte constató que, si bien la investigación disciplinaria se inició con un fundamento legal y no terminó con una sanción disciplinaria en contra de la señora Atala por su orientación sexual, sí se indagó en forma arbitraria sobre ello lo cual constituye una interferencia al derecho a la vida privada de la señora Atala, el cual se extendía a su ámbito profesional. Por lo tanto, el Estado es responsable por la violación del derecho a la vida privada, reconocido en el artículo 11.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo.*

*Respecto a la protección de la garantía de imparcialidad subjetiva, la Corte consideró que existieron prejuicios y estereotipos que fueron manifestados en el informe emitido por el ministro visitador, que demostraban que quienes realizaron y aprobaron dicho informe no fueron objetivos respecto a este punto y que, por el*

*contrario, dejaron plasmada su posición personal respecto a la orientación sexual de la señora Atala en un ámbito disciplinario en el que no era aceptable ni legítimo un reproche jurídico por este hecho, por lo que se estableció que la visita extraordinaria y la investigación disciplinaria se realizaron sin la imparcialidad subjetiva necesaria. Por tanto, la Corte concluyó que el Estado vulneró el artículo 8.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención, en perjuicio de Karen Atala Riffo.*

#### *Reparaciones*

*Respecto de las reparaciones, la Corte estableció que su Sentencia constituye per se una forma de reparación y, adicionalmente, ordenó al Estado las siguientes medidas de reparación: i) brindar la atención médica y psicológica o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas a las víctimas que así lo soliciten; ii) publicar el presente resumen oficial de la Sentencia, por una sola vez, en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, y la totalidad de la Sentencia en un sitio web oficial; iii) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso; iv) continuar implementando, en un plazo razonable, programas y cursos permanentes de educación y capacitación dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial, y v)*

*pagar determinadas cantidades por concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos, según corresponda.*

*La Corte Interamericana de Derechos Humanos supervisará el cumplimiento íntegro de la Sentencia y dará por concluido el caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la Sentencia.*

El fallo fue acordado con el voto disidente del juez Alberto Pérez Pérez en cuanto al quebrantamiento del artículo 17.1 de la Convención, ya que a su juicio es suficiente con declarar la violación del artículo 11.2 y porque no es necesario ni prudente declarar una violación del 17 que pudiera tomarse como un pronunciamiento implícito sobre la interpretación de las distintas disposiciones de dicho artículo. Como ya he indicado, no considero necesario ni prudente declarar una violación del artículo 17 que pudiera tomarse como un pronunciamiento implícito sobre la interpretación de las distintas disposiciones de dicho artículo. En efecto, el artículo 17 contiene una serie de disposiciones conexas entre sí, que comienzan con la declaración de principio de que “a familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad” a la que sigue, dentro del mismo párrafo 1, la disposición según la cual la familia “debe ser protegida por la sociedad y el Estado”, y más adelante varias disposiciones que podrían interpretarse (punto sobre el cual en este voto no se hace ningún pronunciamiento) en el sentido de que presuponen que la familia se basa en el matrimonio o la unión de hecho heterosexual. El derecho a no “ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en

*su vida privada” ni “en la de su familia”, consagrado en el artículo 11.2, es un aspecto específico y autónomo del deber general de protección, de modo que no es necesario invocar al artículo 17.1 acumulativamente con el 11.2. La determinación de que unos mismos hechos violan un deber general y un deber específico (o los derechos correspondientes) no cambia la naturaleza ni la gravedad de la violación, y tampoco lleva a que se dispongan reparaciones distintas que si sólo se invocara la disposición que consagra el derecho o el deber específico. En cambio, la invocación del artículo 17.1 comprende a la declaración de principio mencionada y, por implicancia, podría abarcar al resto del artículo 17.*

*Estoy de acuerdo con el criterio de interpretación evolutiva que considera a la Convención Americana como un instrumento viviente que ha de entenderse de acuerdo con las circunstancias actuales, pero en el entendido de que para avanzar en ese terreno es necesario que exista un consenso, un espacio de coincidencia o una convergencia de estándares entre los Estados partes. Tal es lo que ocurre en el caso del reconocimiento de que la discriminación fundada en la orientación sexual debe entenderse prohibida (párrs. 83 a 93 de la Sentencia), pues existe no sólo entre los Estados partes de la Convención Americana, sino entre todos los Estados miembros de la OEA, un claro concepto al respecto, expresado en las resoluciones de la Asamblea General que se citan (nota 97)*

*No puede decirse que ocurra lo mismo en relación con la evolución de la noción de familia y su calidad de base o elemento esencial o natural de la sociedad, que sigue estando presente incluso en las Constituciones de numerosos Estados*

*partes. El hecho incontrovertible de que actualmente exista una pluralidad de conceptos de familia, como se recoge en la nota 191 de la sentencia, no quiere decir que necesariamente todos y cada uno de ellos hayan de corresponder a lo que la Convención Americana, incluso interpretada evolutivamente según los parámetros mencionados, entiende por familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad”, o a lo que los Estados partes que tienen disposiciones análogas entienden por tal. Tampoco quiere decir que todos los Estados partes deban reconocer a todos los conceptos o modelos de familia. Precisamente, en su Observación General N° 19, el Comité de Derechos Humanos, en el mismo párrafo en que observa que: “el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto”. Destaca que: “cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23. Por consiguiente, en sus informes, los Estados Partes deberían exponer la interpretación o la definición que se da del concepto de familia y de su alcance en sus sociedades y en sus ordenamientos jurídicos. Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, “nuclear” y “extendida”, debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Partes*

*deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros”. (Cursivas añadidas)*

*En otras palabras, es una de las esferas en que resulta más necesario reconocer un margen de apreciación nacional, para lo cual habrá que hacer una indagación que no corresponde llevar a cabo en el presente caso, sino que deberá hacerse cuando el punto sea objeto de un caso planteado ante esta Corte y se escuchen los argumentos que al respecto formulen las partes y eventualmente los amici curiai que se presenten.*

*Todo ello me reafirma en la convicción de que no es necesario ni prudente que en este caso se declare una violación del párrafo 1 del artículo 17 que pudiera tomarse como un pronunciamiento implícito sobre la interpretación de las distintas disposiciones de dicho artículo.*

*8. Fallo Tribunal Constitucional, 03 Noviembre de 2011, rol 1881-2010*

Al igual que en el caso anterior se consignará en forma extractada el texto de la sentencia el que dispone lo siguiente:

*Santiago, tres de noviembre de dos mil once.*

**Vistos:**

*A fojas 1, mediante oficio N° 917, recibido en esta Magistratura con fecha 27 de diciembre de 2010, el entonces Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago, Ministro señor Juan Manuel Muñoz Pardo, en la causa sobre recurso de protección caratulada “Peralta Wetzel, César Antonio, y otros con Soto Silva, Juana”, Rol N° 6787-2010, requiere, como medida para mejor resolver, un pronunciamiento de este Tribunal Constitucional sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad del precepto legal contemplado en el artículo 102 del Código Civil, en el aludido proceso.*

*El precepto legal cuestionado dispone que: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.”.*

*Como antecedentes de la gestión pendiente en que incide el requerimiento de inaplicabilidad deducido, de las piezas principales de los autos remitidas por la Corte de Apelaciones de Santiago se desprende que, el 20 de octubre de 2010, el abogado Jaime Silva Alarcón, actuando en nombre de César Antonio Peralta Wetzel, Hans Harold Arias Montero, Víctor Manuel Arce García, José Miguel Lillo Isla, Stephane Abran y Jorge Manuel Mardones Godoy, interpuso recurso de protección en contra de Juana Soto Silva, oficial civil adjunta del Servicio de Registro Civil e Identificación de Santiago, dando cuenta de que los señores Peralta y Arias, en septiembre de 2010, solicitaron a la recurrida hora para contraer matrimonio, solicitud que les fue denegada por ella aduciendo que la*

*legislación chilena sólo contempla el matrimonio entre un hombre y una mujer. Posteriormente, los señores Arce y Lillo le pidieron la convalidación de su matrimonio válidamente celebrado en Argentina y los señores Abran y Mardones le requirieron que se inscribiera su matrimonio válidamente celebrado en Canadá, rechazándose ambas peticiones por la recurrida, quien señaló que sólo podía inscribir matrimonios celebrados entre un hombre y una mujer.*

*Indican los recurrentes de protección que negar la posibilidad de contraer matrimonio o de inscribir un matrimonio válidamente celebrado en el extranjero a dos personas, por su condición sexual, constituye un grave atentado al derecho a la igualdad consagrado por el N° 2° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, por lo cual solicitan a la Corte declarar arbitrario el actuar de la oficial civil adjunta y restablecer el imperio del derecho, ordenando que se les otorgue hora para celebrar su matrimonio y se proceda a inscribir los matrimonios válidamente celebrados en el extranjero, respectivamente.*

*Por su parte, el Director Regional Metropolitano del Servicio de Registro Civil e Identificación informó a la Corte el día 28 de octubre de 2010, instando por el rechazo de la acción de protección deducida, por cuanto el actuar del Servicio se ajusta plenamente a la legislación vigente, citando al efecto el artículo 102 del Código Civil -impugnado de inaplicabilidad-, que prescribe que el matrimonio es un contrato entre un hombre y una mujer, y el artículo 80 de la Ley N° 19.947, Nueva Ley de Matrimonio Civil, que prescribe que el matrimonio celebrado en país*



*extranjero producirá en Chile los mismos efectos, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer.*

*Mediante presentación de 7 de enero de 2011, a fojas 13, el abogado Jaime Silva Alarcón se hizo parte en estos autos sobre acción de inaplicabilidad, solicitando que ella fuera declarada admisible. Asimismo, pidió que el requerimiento fuera acogido en definitiva por esta Magistratura, manifestando que el artículo 102 del Código Civil es contrario a los siguientes preceptos constitucionales: (i) artículo 1°, incisos primero, segundo, cuarto y quinto; (ii) artículo 5°, inciso segundo, en relación con los artículos II y VI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 2.1, 7 y 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 17 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2.2 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y 2.1, 3 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y (iii) artículo 19, N°s 2°, 3°, 4°, 9°, 18°, 24° y 26°.*

*Señala que, al negar a dos personas la posibilidad de contraer matrimonio y formar una familia, por su orientación sexual, la autoridad está atentando contra su libertad y su derecho a ser consideradas iguales ante la sociedad y la ley, discriminándolas arbitrariamente pues, mientras las parejas heterosexuales pueden decidir entre contraer matrimonio o mantener relaciones de hecho, las homosexuales sólo pueden convivir, sin tener derecho a ningún tipo de protección legal, con la consiguiente desigualdad de derechos que ello conlleva.*

*Añade que el concepto de matrimonio contenido en el artículo 102 del Código Civil no se condice con la igualdad ante la ley que proclaman la sociedad y la Constitución chilenas, y que la Carta Fundamental debe ser interpretada por este Tribunal Constitucional teniendo en consideración el contexto social en el momento histórico actual, que difiere del vigente a mediados del siglo XIX, en que se dictó el Código Civil.*

*Por resolución de 4 de enero de 2011, la Segunda Sala de esta Magistratura admitió a tramitación el requerimiento y, por resolución de 26 del mismo mes y año, lo declaró admisible y ordenó la suspensión del procedimiento en la gestión sub lite.*

*Pasados los autos al Pleno para su sustanciación, el requerimiento fue puesto en conocimiento del Presidente de la República, del Senado y de la Cámara de Diputados, en su calidad de órganos constitucionales interesados, y de los seis señores recurrentes de protección, de la señora oficial civil adjunta recurrida y del Director Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación, en su calidad de partes en la gestión sub lite, sin que ninguno de dichos órganos y personas hiciera uso de su derecho a formular observaciones dentro del plazo legal.*

*Sin perjuicio de lo anterior, mediante ordinario N° 40, ingresado el día 14 de enero de 2011, el Director Nacional Subrogante del aludido Servicio señaló que el Registro Civil había dado cabal cumplimiento a la normativa legal que regula la institución jurídica del matrimonio civil en Chile, contenida en las leyes N° 19.477, Orgánica del Servicio, y N° 4.808, sobre Registro Civil; en el Decreto con Fuerza*

*de Ley N° 2.128, de 1930, Reglamento Orgánico del Servicio; en el artículo 102 del Código Civil; en la Ley N° 19.947, nueva Ley de Matrimonio Civil, y en el Reglamento de esta Ley aprobado por Decreto N° 673, de 2004..*

*Señaló además que, conforme a esta normativa, ya en la diligencia previa de manifestación, el oficial civil debe verificar, entre otros requisitos, el sexo de los futuros contrayentes, y que si aquél celebra un matrimonio ilegal incurre en el delito contemplado en el artículo 388 del Código Penal.*

*En cuanto a los matrimonios celebrados en el extranjero, expresó que, según el artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil, éstos producirán efectos en Chile siempre que sean contraídos entre un hombre y una mujer.*

*Concluyó afirmando que el Servicio, en su calidad de órgano de la Administración del Estado, debe velar por el cumplimiento de las normas legales que regulan el matrimonio en Chile, y que, en la especie, el actuar de la oficial civil adjunta se ajustó a derecho.*

*El día 26 de julio de 2011, respectivamente, efectuaron presentaciones Salvador Salazar Diez de Sollano y Felipe Ross Correa, como miembros de “Muévete Chile”, y Julio Alvear Téllez e Ignacio Covarrubias Cuevas, todos solicitando el rechazo de la acción deducida en autos. Asimismo, el día 27 de julio de 2011, efectuó una presentación Ismini Anastassiou Mustaki, como presidenta de la ONG de Investigación, Formación y Estudios sobre la Mujer, instando también por el rechazo del requerimiento. El mismo día 27 de julio hizo una presentación la asociación gremial Libertades Públicas, solicitando que se*

*acogiera la acción de marras. A fojas 249, el Tribunal ordenó agregar a los autos todas estos escritos.*

*El día 28 de julio de 2011, efectuaron presentaciones Claudio Alvarado Rojas y otros, y Hernán Corral Talciani y otros, también instando por el rechazo de la acción. A fojas 348 y 349, el Tribunal ordenó agregar a los antecedentes dichos escritos.*

*Traídos los autos en relación, en audiencia de 28 de julio de 2011 se procedió a la vista de la causa, escuchándose la relación y los alegatos de los abogados señores Jaime Silva Alarcón y Fernando Muñoz León, en representación de los recurrentes de protección en la gestión en que incide el presente requerimiento, quedando con esa fecha la causa en estado de acuerdo.*

*Y Considerando:*

*I.- Análisis del reproche de autos.*

**CUARTO:** *Que los recurrentes de protección se hicieron parte en el proceso de inaplicabilidad iniciado por la Corte de Apelaciones de Santiago. De conformidad a lo señalado en las piezas principales de la gestión pendiente en que se plantea la inaplicabilidad y de lo alegado en estrados por los abogados de las partes, resulta que la cuestión sobre la cual debe pronunciarse este sentenciador y que configura su competencia específica para el presente caso, es determinar **si la aplicación del artículo 102 del Código Civil en el aludido recurso de protección infringe o no la garantía de igualdad ante la ley, contenida en el artículo 19, Nº 2º, de la Constitución Política de la República**, toda vez que aquella disposición sólo*

*permite el matrimonio entre un hombre y una mujer sin autorizar que las parejas homosexuales puedan contraer matrimonio;*

## **II.- RESERVA LEGAL.**

**QUINTO:** *Que, respecto al matrimonio, la **reserva de ley** referida a la regulación de sus efectos, tiene un doble fundamento constitucional en la Carta Fundamental. Por una parte, se desprende del **Nº 3 del artículo 63** de la misma, que al señalar cuáles son las materias de ley, indica como una de ellas las que “son objeto de la codificación civil”. Y, por otra parte, del **Nº 20 del mismo artículo**, que establece que también lo es “toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”;*

**SEXTO:** *Que, en efecto, está fuera de toda duda que el matrimonio es una de las materias más importantes relativas a las personas y es por ello que desde su aprobación, en 1855, el Código Civil de Bello, en su Libro Primero, relativo a “Las personas”, incluye el título IV “Del matrimonio”, lo que demuestra que éste es un asunto propio de la codificación civil y, por ende, es materia de ley. Refuerza esta conclusión lo dispuesto en el artículo 63, Nº 20, de la Constitución antes citado, pues resulta evidente que la definición de lo que se entenderá por matrimonio con carácter general y obligatorio, por su importancia social, estatuye una de las bases esenciales del ordenamiento jurídico civil y de ahí que sea propio que la ley lo establezca;*

**SÉPTIMO:** *Que, a mayor abundamiento, cabe precisar que **los efectos y la regulación de las proyecciones del matrimonio son propios de la reserva***

*legal y no constitucional. Ello quedó en evidencia en la discusión de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, referida a la disolución del matrimonio, la que, por lo demás, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Carta de 1980 fue aceptada y regulada bajo la forma del divorcio vincular. Es así como las características de la institución, referidas a la protección y desarrollo de la misma, han podido mutar en virtud de diversas normas de rango legal, las que han efectuado cambios en lo que atañe, por ejemplo, al régimen de bienes, a la adopción y a la filiación, entre otros aspectos;*

**NOVENO:** *Que lo anterior implica que el requerimiento a que se refiere esta sentencia no pueda prosperar, toda vez que lo que se pretende por su intermedio es que se reformule un sistema de normas de modo integral y se regule positivamente una institución de modo distinto al actual. En efecto, si bien se ha efectuado una impugnación aislada de un artículo, **lo que verdaderamente se impugna es la aplicación de un estatuto jurídico complejo derivado del vínculo matrimonial entre hombre y mujer**, que se encuentra regulado en su estructura esencial en el Código Civil y en la Ley Nº 19.947, esto es, la Ley de Matrimonio Civil. En otras palabras, lo que pretenden los recurrentes es que se les reconozca la aplicación del mencionado estatuto, cuestión que no es de competencia de este Tribunal, pues éste no se encuentra facultado para modificar y regular las instituciones que contempla el ordenamiento jurídico mediante un pronunciamiento de inaplicabilidad. A mayor abundamiento, el requerimiento de autos tampoco puede considerarse bien formulado, toda vez que dos de las*

*parejas que son parte en la acción de protección sub lite se casaron en el extranjero, sin que la Corte de Apelaciones de Santiago solicitara la inaplicabilidad de diversas normas de la Ley de Matrimonio Civil y, en especial, del artículo 80 de aquel cuerpo normativo que establece que “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 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.”. De esta manera, el reproche al artículo 102 del Código Civil no resulta decisivo en la resolución de la gestión pendiente en lo que se refiere a las aludidas parejas.*

***Se resuelve: que se rechaza el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas uno.***

***Dejase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 54, debiendo oficiarse al efecto.***

***Voto particular concurrente del presidente del tribunal, ministro señor Raúl Bertelsen Repetto*** *previene que concurre a la sentencia que rechaza el requerimiento de inaplicabilidad en que se impugna la aplicación del artículo 102 del Código Civil, sin compartir su considerando séptimo, pues la introducción legal del divorcio vincular es una materia ajena a la que se debate en autos por lo que*

*no corresponde a esta Magistratura pronunciarse sobre la misma en esta oportunidad, y teniendo además presente las siguientes consideraciones:*

*1.- Que el artículo 102 del Código Civil dispone que “el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente”;*

*2.- Que, para la resolución del requerimiento interpuesto, debe examinarse si al reservar la ley la celebración del matrimonio a “un hombre y una mujer”, o si se quiere expresar con otros términos a una pareja heterosexual, y excluir por consiguiente para que lo contraigan entre sí a personas del mismo sexo, incurre en una diferencia arbitraria que en su aplicación resulta contraria a la garantía constitucional de igualdad ante la ley;*

*3.- Que, como es sabido, la igualdad ante la ley no exige un trato uniforme a todas las personas, sino que permite a la ley dar un trato diverso a las mismas cuando existe un hecho diferenciador relevante entre distintas personas, apto y proporcionado para la diferencia jurídica que se extraiga.*

*4.- Que el Código Civil al definir el matrimonio ha dado reconocimiento jurídico a una de las instituciones sociales más antiguas que siempre ha estado presente en los ordenamientos en los que el Derecho Chileno tiene sus raíces, los que tradicionalmente lo han concebido como una unión de vida entre hombre y mujer, siendo indiscutible hasta época muy reciente la imposibilidad de su celebración entre personas del mismo sexo.*



*5.- Que la doctrina, asimismo, ha entendido que el matrimonio sólo puede celebrarse entre un hombre y una mujer. En Chile Somarriva, en un libro que es clásico en la materia, al comentar la definición del artículo 102 del Código Civil, acota que a diferencia de los contratos patrimoniales en que no importa el sexo ni el número de contratantes, “en el matrimonio, las partes sólo pueden ser dos y de diferente sexo, dada la finalidad que se persigue. Y tan esencial es la diferencia de sexo, que ello constituye no sólo un requisito de validez, sino de existencia” (Somarriva Undurraga, Manuel: “Derecho de Familia”. Nascimento. Santiago de Chile, 1963, pág. 19).*

*6.- Que, acorde con lo establecido en el artículo 1º, inciso segundo, de la Carta Fundamental, que afirma que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, el artículo 1º de la Ley de Matrimonio Civil, de 17 de mayo de 2004, reitera a la letra esa declaración y luego añade que “el matrimonio es la base principal de la familia”.*

*Atendida, entonces, la importancia social del matrimonio, que se expresa en los fines que el artículo 102 del Código Civil le reconoce, entre los cuales incluye la procreación, es congruente que la ley reserve su celebración únicamente a personas de distinto sexo ya que sólo la unión carnal entre ellas es la que, naturalmente, puede producir la procreación, y excluya de su celebración a personas del mismo sexo;*

*8.- Que, teniendo en cuenta que es materia de ley la regulación del matrimonio, la definición del mismo contenida en el artículo 102 del Código Civil de 1855 y*

*mantenida en la nueva Ley de Matrimonio Civil de 2004, al reservar su celebración sólo a personas de distinto sexo, no puede estimarse que constituye una diferencia arbitraria o caprichosa, sino fundamentada en las diferencias entre varón y mujer, que la ley, legítimamente, ha considerado y puede seguir considerando relevantes para establecer que los contrayentes sólo pueden ser un hombre y una mujer, razón por la que se conforma con la garantía constitucional de igualdad ante la ley y de ahí que la aplicación judicial del precepto legal impugnado no resulte contraria a la Constitución Política.*

**Y TENIENDO PRESENTE** *Lo dispuesto en los artículos 19, N° 2, 63, N°s 3 y 20, y 93, inciso primero, N° 6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política de la República, así como en las normas pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,*

***Voto Particular redactado por el Ministro que lo suscribe.***

***Voto particular concurrente de los ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Enrique Navarro Beltrán e Iván Oróstica Maldonado.***

*Los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Enrique Navarro Beltrán e Iván Aróstica Maldonado dejan constancia de que estuvieron por pronunciarse derechamente sobre el fondo del requerimiento deducido por la Corte de Apelaciones de Santiago, declarando que no resulta contraria a la Constitución la aplicación del artículo 102 del Código Civil, en el proceso sobre Recurso de Protección N° 6787-2010.*

*5.- En cuanto al artículo 102 del Código Civil, único precepto legal efectivamente impugnado, si bien es cierto que, como lo sostienen quienes forman mayoría, el requerimiento de inaplicabilidad de autos puede estar falto de la precisión y fundamentación deseable en una acción constitucional de esta clase – motivo que a ellos les basta para llegar a calificarla de inidónea y desechar la acción deducida por la Corte de Santiago-, los jueces que suscribimos este voto particular creemos que, habiéndose declarado admisible el requerimiento de la Corte de Santiago resulta más apropiado que nos pronunciemos derechamente sobre la cuestión que se ha sometido a nuestra decisión, por estimar que ello resulta más compatible con el deber de inexcusabilidad que recae sobre esta Magistratura, y más coherente con su responsabilidad como titular del sistema nacional de solución de conflictos constitucionales, que le exige favorecer la mayor certeza jurídica sobre la interpretación de la Constitución, que la sociedad merece;*

*6.- Al emprender esta tarea es preciso, en primer término, constreñir el conflicto dentro los términos en que ha sido planteado, esto es, decidir si la aplicación del artículo 102 del Código Civil por la Corte de Apelaciones de Santiago, al resolver si es o no arbitraria la negativa de un Oficial del Registro Civil de celebrar el matrimonio entre dos varones entre sí, resulta efectivamente contrario al derecho a la igualdad ante la ley, asegurado por el N° 2 del artículo 19 de la Constitución, de modo tal que, pronunciada la inaplicabilidad, dicho precepto legal no pueda ser*

*aplicado por la Corte requirente y deba ésta resolver, prescindiendo de esa ley, si dichos varones pueden, o no, contraer matrimonio entre sí;*

*7.- Siendo el reproche constitucional que amenaza condenar la aplicación del artículo 102 del Código Civil en la gestión que se sigue en la Corte de Santiago, la arbitrariedad en que dicho precepto legal incurriría al reservar el contrato de matrimonio únicamente a personas de distinto sexo, excluyendo a las del mismo sexo, conviene tener presente que tal exigencia, respecto de la calidad de las partes que pueden celebrar dicho contrato, es una excepción a la regla general aplicable a toda clase de contratos, consagrada en su artículo 1.438 del citado cuerpo legal, según el cual en todo contrato **“cada parte puede ser una o muchas personas”**, sin distinción del sexo de ellas. Pero también dicha regla hace ostensible que el sexo de las partes no es la única excepción que el precepto cuestionado contiene respecto de las partes que pueden válidamente celebrar el contrato de matrimonio, pues también prohíbe que cada parte sea más de una persona: **“un hombre y una mujer”**, puntualiza el artículo 102, cuestión ésta que no debe resultar indiferente al resolver sobre la inconstitucionalidad de su aplicación en la decisión de gestiones judiciales;*

*9.- En esta perspectiva, la disposición objetada, al reservar la celebración del matrimonio sólo a personas de distinto sexo, no puede estimarse que consagre una diferencia arbitraria o caprichosa, pues es ostensible que su fundamento está en las diferencias naturales entre varón y mujer, que la ley legítimamente ha estimado relevantes para establecer diferencias, como ocurre, por ejemplo, en la*

*legislación laboral y previsional. Del mismo modo resulta claramente razonable, y no arbitrario o caprichoso, que quienes celebran el contrato matrimonial definido en el artículo 102 del Código Civil, sean, precisamente, un hombre y una mujer, habida consideración a las finalidades de dicho contrato, establecidas en la misma norma cuestionada;*

*10.- Cabe tener también presente que el legislador debe dar una respuesta normativa a las realidades sociales, respetando las características que las constituyen y configuran. En la especie la institución jurídica del matrimonio, si bien puede mutar en sus efectos, viene a regular la unión afectiva estable entre hombre y mujer. Esta es la realidad que, hasta ahora, ha debido abordar el legislador republicano desde que reguló el matrimonio en el Código Civil de 1855.*

*12.- Con lo razonado en los motivos precedentes podemos afirmar que el contrato de matrimonio definido en el artículo 102 del Código Civil, disciplinado además por otras numerosas disposiciones del mismo cuerpo legal y por la Ley de Matrimonio Civil, entre otras leyes que lo regulan desde diversas perspectivas es, por su concepción misma, por su origen histórico social, por su fisonomía y por sus finalidades propias, una institución aplicable únicamente a las relaciones de parejas formadas por un hombre y una mujer, no siendo admisible concluir, de dicha característica propia de la institución matrimonial tal y como está actualmente consagrada en la legislación civil chilena, que la aplicación del artículo 102 del Código Civil pueda resultar contraria a la Constitución cuando fundamenta la negativa de un Oficial Civil de celebrar el matrimonio de dos*

varones entre sí. Por el contrario, estimamos que su aplicación en tal caso no resulta contraria a la Constitución, y así debe declararlo este Tribunal Constitucional;

**13.-** Ahora bien, los jueces que suscribimos este voto particular desechando la inconstitucionalidad de la aplicación del precepto legal cuestionado por estimar que, tratándose de la celebración del contrato de matrimonio, la diferencia legal de trato entre parejas de distinto sexo y parejas homosexuales no puede considerarse, en sí misma, como una discriminación arbitraria contraria a la Constitución, creemos necesario precisar que nuestra decisión recae en un precepto legal concreto, el artículo 102 del Código Civil, que está inmerso en la regulación de una realidad enteramente diferente a la que conforman las parejas homosexuales. Por ello, no manifiesta juicio sobre el que, en definitiva, se trasunta como fundamento primario del reproche de arbitrariedad que los recurrentes de protección formulan a la diferencia consagrada en artículo 102 del Código Civil, el cual, en realidad, importa un cuestionamiento integral a la forma como está actualmente regulada, en la legislación civil chilena, la institución matrimonial. Dicho planteamiento revela que la cuestión de fondo es que, mientras **“en la práctica las parejas heterosexuales pueden decidir entre contraer matrimonio. Sin embargo, las parejas homosexuales solo pueden convivir pero sin gozar de ningún tipo de protección legal con la consiguiente desigualdad de derechos que ello conlleva”**. (En la copia del recurso de protección, a fs. 4 de este expediente constitucional);

*14.- Si bien nuestro voto descarta la inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil, no afirma ni niega que la Constitución acepte, promueva, impida o condene la posibilidad de que parejas homosexuales puedan convivir y realizar una vida afectiva en común protegida por el ordenamiento jurídico, pues corresponde al Legislador, y no a esta Magistratura Constitucional, dar forma a las nuevas instituciones legales que vengán a dar satisfacción a las necesidades de la marcha de la sociedad, teniendo en cuenta las mutaciones que ella experimenta en su constante evolución.*

*Sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las opciones legislativas que los Poderes Colegisladores eventualmente escojan en dicho propósito, se cuidarán estos jueces de adelantar opinión, pues la prudencia que debe gobernar el ejercicio de nuestro ministerio nos exige guardar silencio sobre conflictos futuros, aún más si son hipotéticos, ya que así procuramos ofrecer a la sociedad, más cumplidamente, la garantía de objetividad e imparcialidad que los jueces le debemos.*

***Voto Particular redactado por el Ministro señor Marcelo Venegas Palacios.***

***Voto particular concurrente de la ministra señora Marisol Peña Torres.***

*Se previene que la Ministra señora Marisol Peña Torres concurre a la sentencia, teniendo presente, además, las siguientes consideraciones:*

*1º. Que la regulación referida a la familia tiene, tal como se afirma en el considerando quinto de la sentencia, un fundamento constitucional en las materias reservadas a la ley de conformidad con los numerales 3º y 20º del artículo 63 de la Carta Fundamental.*

*No obstante lo anterior, y en concepto de esta previniente, el matrimonio tiene, al menos otros dos fundamentos constitucionales que resulta importante tener presentes a la hora en que el legislador cumpla con su labor de desarrollar la regulación de tal unión y de sus efectos;*

*2º. Que, en primer término, el inciso segundo del artículo 1º de la Constitución Política sentencia que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad” reafirmando la idea de que la vía a través de la cual una persona ingresa a la sociedad es, precisamente, a través de la familia. Desde ese punto de vista, la familia, como grupo intermedio natural, resulta fundamental para preservar el cuerpo social.*

*Adicionalmente, la familia cumple una serie de funciones que han llevado a concebirla como “núcleo fundamental de la sociedad” y a imponer al Estado el deber de darle protección y de propender a su fortalecimiento. Así se distingue, en primer lugar, “una función de equidad generacional, caracterizada por la promoción de la solidaridad diacrónica entendida como la corresponsabilidad intergeneracional entre ascendientes y descendientes. En segundo lugar, la función de transmisión cultural, pues se considera que la familia natural educa en la lengua, las costumbres, las creencias religiosas, las formas de relación*



*legitimadas socialmente y el trabajo. En tercer lugar, la función de socialización, que alude a la provisión de los conocimientos, habilidades, virtudes y relaciones que permiten a una persona la pertenencia a un grupo social más amplio, pues se tiende a coincidir en su apreciación como una comunidad, inserta en una red de comunidades. En cuarto lugar, cumple una función de control social, pues transmite e irradia el compromiso de sus integrantes con la vigencia de normas justas, con la observancia de preceptos que involucran asumir responsabilidades de interés colectivo y con la adscripción a códigos morales que promueven la virtud. En quinto lugar, cumple una función de afirmación de la persona por sí misma, ofreciendo a sus integrantes el respeto, el resguardo y la promoción de su valor como persona, al margen de consideraciones de edad, sexo, capacidad económica e influencia de su integridad moral.” (Jorge del Picó Rubio. “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.”. En: Revista Ius et Praxis, Año 17, Nº 1, Universidad de Talca, 2011, p. 38);*

**3º.** *Que el matrimonio entre un hombre y una mujer constituye base esencial de la familia amparada por la Constitución, porque muchas de las funciones atribuidas a ésta se relacionan con los fines que el legislador del Código Civil asigna al matrimonio, pero particularmente, con la de procrear. Así, la familia constituida por la unión matrimonial estable entre un hombre y una mujer no sólo contribuye al logro de las demás funciones del matrimonio –vivir juntos y auxiliarse*

*mutuamente-, sino que resulta decisiva para la supervivencia y proyección de la sociedad a través del tiempo, perspectiva que, sin duda, debe ser tenida en cuenta por el legislador al regular los efectos del matrimonio. Dicho, en otros términos, esta regulación no puede prescindir del hecho que el matrimonio entre un hombre y una mujer resulta fundamental para que la familia se consolide como verdadero núcleo fundamental de una sociedad que aspira a seguir existiendo a través de la renovación progresiva de las generaciones que se produce a partir de dicha unión.*

*Así, la importancia social del matrimonio, expresada en los fines que le asigna el artículo 102 del Código Civil, lo configura como una verdadera institución, a la cual está asignada, entre otras funciones, la de procrear, esto es, el proceso completo por el que se trae un nuevo individuo al mundo (Dorland, William. Diccionario Enciclopédico Ilustrado de Medicina. Editorial Elsevier, 30ª. Edición, Madrid, 2005), lo que sólo puede ser logrado a través de la unión de dos células, masculina y femenina, como las que se encuentran en el acto carnal entre un hombre y una mujer;*

**4º.** *Que un segundo fundamento constitucional adicional vinculado al matrimonio se encuentra en el artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental que señala que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. Ello, después de definir el fin del Estado o bien común, en el inciso*

*cuarto de su artículo 1º, que debe construirse “con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.”*

*5º. Que el carácter de derecho esencial del matrimonio no puede ser discutido, ni sociológica ni jurídicamente. Desde el primero de estos puntos de vista, porque el matrimonio permite al hombre y a la mujer la natural complementariedad de dos naturalezas diferentes en pro de la proyección del vínculo afectivo que lo genera, como también del logro de las funciones de la familia a que dicho matrimonio dará lugar.*

*6º. Que si el matrimonio entre un hombre y una mujer, además de ser una institución, constituye un derecho humano esencial, su configuración o regulación debe realizarse atendiendo a los valores y fines constitucionales (María Martín Sánchez. “El derecho constitucional al matrimonio homosexual en España. Ley 13/2003, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.”. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Nº 13, enero-julio 2010, p. 261). En Chile, entre dichos principios fundamentales, se encuentra el de que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad;*

*7º. Así, esta previniente considera que la regulación del matrimonio fue remitida por el Constituyente al legislador, teniendo presente no sólo su dualidad de derecho-institución, sino en base a los valores y principios constitucionales que llevan a considerar la estrecha unión entre el matrimonio entre un hombre y una*

*mujer y las funciones de la familia concebida como “núcleo fundamental de la sociedad”.*

*De lo antes señalado se desprende, pues, que aun cuando el legislador está facultado para desarrollar un derecho fundamental como el de contraer matrimonio, no puede hacerlo al margen de los valores y principios expresamente consagrados en la Constitución, por imperativo de los incisos segundo y tercero del artículo 6° de la misma Carta Fundamental.*

***Voto Particular redactado por la Ministra que lo suscribe.***

***Voto particular concurrente de los ministros señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino.***

***Se previene que los Ministros señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino concurren a la sentencia, teniendo presentes, además, las siguientes consideraciones:***

***1° Que diversos países han enfrentado decisiones como la que corresponde emitir a esta Magistratura. Lo han hecho considerando, por una parte, su marco constitucional y, por otra, la existencia o no de alguna regulación sobre las uniones de hecho;***

## ***El matrimonio frente a la Constitución***

*Que corresponde, entonces, en primer lugar, examinar lo establecido en nuestra Constitución.*

*5° Al respecto, debe señalarse que la Constitución no se refiere al matrimonio: no lo define ni fija sus características. Incluso cuando se intentó consagrar su indisolubilidad en el seno de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (Sesión N° 191, de 18 de marzo de 1976), luego de un amplio debate se decidió dejar fuera del texto constitucional el tema. Tampoco se pronuncia la Constitución sobre si los contrayentes deben ser sólo un hombre y una mujer, como sí lo hacen otras constituciones de Sudamérica, tales como la de Bolivia (artículo 63), Paraguay (artículo 49), Ecuador (artículo 67), Colombia (artículo 42) y Venezuela (artículo 67)*

*Marca una diferencia con las constituciones de otros países como Alemania (artículo 6.1) o Brasil (artículo 226), pues nuestra Constitución no vincula el matrimonio con la protección de la familia. Tampoco la Constitución reserva a contrayentes heterosexuales el matrimonio, como sí lo hacen otras Constituciones de Sudamérica, según se ha ejemplificado;*

*6° Que, por otra parte, la noción de matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico ha ido evolucionando con el tiempo.*

*En efecto, bajo la Constitución de 1980, es posible apreciar importantes modificaciones a la regulación legal del matrimonio y sus efectos. Ya en 1989,*

*mediante la Ley N° 18.802, se terminó con la autoridad del marido sobre la persona de la mujer y se le dio aun más intervención a ésta en la administración de los bienes de la sociedad conyugal, permitiéndosele trabajar sin pedir autorización del marido; en 1994, mediante la Ley N° 19.335, se redefinieron los derechos y deberes entre los cónyuges y se permitió pactar el régimen de participación en los gananciales como alternativa a la sociedad conyugal; en 1998, mediante la Ley N° 19.585, se consagró la igualdad jurídica entre todo tipo de hijos, con independencia del matrimonio de sus padres, y en lo relativo a los derechos y deberes respecto de los hijos, se afirmó el “interés superior del niño” como principio rector; en 1999, mediante la Ley N° 19.611, se consagró la igualdad constitucional entre hombre y mujer; en 2004, con la Ley N° 19.947, de Matrimonio Civil, se permitió y reguló el divorcio vincular, se cambiaron las causales de nulidad del matrimonio y se reguló la separación; en 2008, mediante la Ley N° 20.286, se eliminó la mediación obligatoria y se simplificó la conciliación en los procedimientos para pedir el divorcio o la separación.*

*Todo lo anterior demuestra los importantes cambios experimentados por el Derecho de Familia, procurando relaciones más igualitarias entre los cónyuges, en lo referente al régimen de bienes, a los derechos de todos los hijos, al reconocimiento de la disolubilidad del vínculo, ya sea por culpa, por mutuo acuerdo o por voluntad de uno de los cónyuges, según lo establece la Ley N° 19.947, de 17 de mayo de 2004. Lo mismo se concluye al analizar la legislación*

*relativa a la adopción, los alimentos y los bienes familiares y el establecimiento de los Tribunales de Familia, entre otras materias.*

*La evolución también se observa a nivel constitucional. Así, la Constitución de 1823 señalaba que la calidad de ciudadano estaba reservada para “todo chileno natural o legal que habiendo cumplido veintiún años, o contraído matrimonio, tenga alguno de” ciertos requisitos (artículo 11). Asimismo, la Constitución de 1828 exigía como requisito para ser electo diputado el estar casado o haber cumplido veinticinco años (artículo 28). Además, las constituciones de 1822 (artículo 4º), 1823 (artículo 6º), 1828 (artículo 6º) y 1833 (artículo 6º) exigían como requisito para obtener la nacionalidad chilena por naturalización, el estar casado.*

*Todas estas referencias desaparecieron en las constituciones de 1925 y de 1980;*

*7º Que, como se ha dicho anteriormente, nuestra Carta Fundamental no vincula el matrimonio con la protección de la familia. La propia Ley de Matrimonio Civil, en el inciso primero de su artículo 1º, señala que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia.” Al indicarse que el matrimonio es la base principal de la familia, se reconoce –a contrario sensu- que no es la única, como queda claro de la historia del establecimiento de esa disposición. Todo matrimonio da origen a una familia, pero no todas las familias tienen su origen en un matrimonio;*

*8º Que si bien nuestra Constitución no consagra en forma explícita el derecho fundamental a contraer matrimonio, sí lo hacen los Tratados Internacionales sobre*

*Derechos Humanos vigentes en Chile. El artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe: “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”. El artículo 17.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por su parte, 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”. Lo mismo ocurre en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 16 señala que “los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio”.*

*Al interpretar tales instrumentos debe tenerse presente, en primer lugar, que en ellos se reconoce el derecho tanto a hombres como a mujeres y se señala que la regulación de cada Estado no puede ser discriminatoria. En ninguno de ellos se señala que el matrimonio sólo se reconozca a hombres “con” mujeres o viceversa, aun cuando una interpretación originalista niegue tal diversidad.*

*En segundo lugar, que la determinación de estos derechos se debe regular por las leyes internas de cada país, estando en la esfera del legislador establecer las*



*reglas de capacidad, consentimiento, demás requisitos, forma de celebración y efectos del matrimonio.*

*En tercer término, que para desarrollar tal legislación, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos obligan al reconocimiento de un estándar que los Estados no pueden ignorar al adoptar regulaciones sobre la materia. En tal sentido, ha de tenerse presente que los derechos reconocidos en tales instrumentos deben interpretarse conforme al principio pro homine y pro libertatis y, en ningún caso, en forma que signifique una limitación a ampliaciones de los mismos derechos que los Estados puedan establecer;*

*9° Que, consecuente con dichos tratados, el legislador ha concebido al matrimonio como un derecho subjetivo esencial. Es así como el artículo 2° de la Ley N° 19.947 dispone que “la facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello. Las disposiciones de esta ley establecen los requisitos para asegurar el libre y pleno consentimiento de los contrayentes”. En tal sentido, es indudable que todos tienen derecho de contraer o no matrimonio;*

*10° Que, al estar regulado en la ley, el matrimonio adquiere el rango y la fuerza de este tipo de normas. Ello implica, por de pronto, que una ley puede modificarlo. Las leyes, de acuerdo al artículo 63 de nuestra Constitución, se aprueban, modifican o derogan por otras leyes.*

*Enseguida, esto implica que no podemos constitucionalizar lo establecido en preceptos legales. El Tribunal Constitucional interpreta la Constitución, pero no la*

*crea. No puede darle rango constitucional a normas dictadas por el Poder Legislativo, no por el poder constituyente. La Constitución establece su propio mecanismo de incorporación de normas a su texto. Dicho mecanismo debe ser acatado por todos los órganos del Estado, incluido el Tribunal Constitucional, quien también debe “someter su acción a la Constitución” (STC Rol 1284/2009)*

*Asimismo, como se ha sostenido en esta sentencia, no podemos desnaturalizar el recurso de inaplicabilidad. El Tribunal no resuelve una inaplicabilidad en base a una norma legal; el precepto legal es el objeto de su examen, pero no su referente. Las leyes que examina no pueden ser, a la vez, norma examinada y norma examinante. En este recurso se enjuicia una norma legal en su confrontación con la Constitución, no con una ley (STC Rol 1284/2009)*

*Tampoco podemos darle un valor absoluto a una norma legal, en circunstancias que puede haber otras que apunten en un sentido distinto o contradictorio. No existe una opción del constituyente por erigir un modelo determinado de unión heterosexual. Si el constituyente se mantiene neutral frente a las preferencias del legislador al momento de definir el matrimonio, esta Magistratura no puede cerrar esa opción. Si el matrimonio hoy es entre un hombre y una mujer, no es porque lo diga o lo establezca la Constitución, sino la ley.*

*Finalmente, no podemos igualar un concepto constitucional con uno legal. Ello puede rigidizar lo que el constituyente dejó abierto a la configuración legislativa, impidiendo su adaptación en el tiempo;*

*13° Que, por último, no puede estimarse que nuestra Constitución consagre una garantía institucional sobre el matrimonio, pues, como se ha dicho, la Constitución no contiene una norma constitucional sobre el matrimonio con determinados contenidos y porque no protege un modelo determinado de familia en desmedro de otros.*

*La garantía institucional se invoca para preservar la inmutabilidad de un estatuto jurídico o la inalterabilidad de aspectos esenciales de aquél.*

*Sin embargo, cabe señalar, en primer lugar, que en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio tiene un estatuto jurídico complejo que está sustentado sobre derechos fundamentales de las personas que, en nuestro derecho, fueron configurados otorgándole un amplio espacio de determinación al legislador.*

*En segundo lugar, en un contexto como el actual, se ha entendido que las “garantías institucionales” son aquellas que la Constitución otorga a una organización o institución, para resguardarla limitando la injerencia del poder legislativo (Baño León, José María, “La distinción entre el derecho fundamental y la garantía institucional en la Constitución española”, *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 24 (septiembre-diciembre), 1988, p. 155 y ss.), lo que no ocurre en este caso.*

*Frente a ello, cabe señalar –siguiendo a Peter Habermas– que “la familia y el matrimonio necesitan también de muchos otros derechos fundamentales. Bastaría recordar, en particular, la propiedad y el derecho sucesorio como garantías de la base material de ambas. Familia y matrimonio son, por otra parte, instrumentos de*

*realización y de protección de la personalidad, a la cual dan una dirección y un sostén más allá de la seguridad”. (Haberle, Peter, La libertad fundamental en el Estado Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 65).*

*Por ello, nos encontramos frente a la idea de que la protección de los elementos nucleares de una institución como el matrimonio, no se puede lograr sino a través de cautelar el contenido esencial de los derechos de sus integrantes. Por tanto, el legislador, en su regulación del matrimonio, si afectare derechos fundamentales, en tal caso, más que vulnerar una garantía institucional, faltaría al deber de respetar el contenido esencial de esos derechos, al tenor de lo dispuesto por el artículo 19 N° 26 de la Constitución;*

### **La familia en la constitución.**

**14°** *Que, por otra parte, la Constitución tampoco define un modelo de familia. Al referirse a ella, en el artículo 1°, incisos segundo y quinto, señala: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. (...) Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.” (Énfasis agregado)*

**15°** *Que, como se desprende del tenor literal de los preceptos transcritos, la Carta Fundamental reconoce que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad” y que “es deber del Estado (.....) dar protección a la población y a la*

*familia (...)*”. La primera disposición es una constatación sociológica, antropológica e histórica, mientras que la segunda importa la formulación de un principio jurídico que se traduce en un deber del Estado. Ninguno de los dos preceptos se refiere a un solo tipo de familia de contornos bien determinados. No se establece una suerte de discriminación entre la familia fundada en un matrimonio legalmente celebrado y las diversas formas de familias de hecho. La Constitución protege todos los tipos de familia;

**16°** Que lo mismo se concluye al analizar el artículo 19 N°4° de la Constitución, que consagra el derecho al respeto a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia. La protección de este derecho no está supeditada a la celebración legal de un matrimonio. Un criterio de tal naturaleza vulneraría la esencia del derecho al establecer un requisito que privaría de un derecho fundamental a una parte de la población. La honra familiar que se protege es amplia y sin fronteras;

**17°** Que lo anterior es razonable, considerando que la familia es una unión de individuos en la cual los sujetos desarrollan su intimidad en común. Además, como enseña la historia, la familia ha evolucionado profundamente hasta nuestros días, como se puede advertir, por ejemplo, de la simple lectura del artículo 815 del Código Civil. El concepto de familia que reconoce la Constitución trasciende al acuñado por el Código Civil. Así es reconocido por las ciencias sociales y jurídicas y, en especial, por los estudiosos del Derecho de Familia.

Los enunciados constitucionales referidos a la familia están estructurados de forma indeterminada y abierta, dejando a la ley la tarea de ir configurando la

*institución conforme al devenir social y cultural de la sociedad. Ello obedece a que las sociedades cambian y la familia siendo el núcleo basal de la misma, también evoluciona. La familia aparece universalmente como una realidad cotidiana cuyo significado, si bien resulta evidente, presenta características que varían en el espacio y en el tiempo. Ello, explica por ejemplo, por qué las normas civiles que la regulan han evolucionado frente a las exigencias constitucionales (Tapia Rodríguez, Mauricio: “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 Fernando Fueyo Laneri, N°8, 2007). De lo contrario, esas normas pueden quedar obsoletas o perder vigencia;*

*18° Que ello, además, es coherente con una interpretación sistemática de la Constitución. Las normas citadas deben complementarse con lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 1º de la Ley Suprema, que dispone que “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.” (Énfasis agregado); y con lo que la Constitución señala al estipular que el Estado debe “promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.*

A su vez, el Derecho de Familia desarrolla los principios y normas constitucionales y regula las relaciones que la constituyen: el parentesco, la alianza y los derechos y deberes entre sus integrantes. Al hacerlo establece un equilibrio entre la privacidad de la institución y el interés público comprometido en su protección;

**19°** Que los tratados internacionales sobre derechos humanos tampoco consagran un modelo único de familia. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha señalado que “el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto...” (Observación General N° 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, 1990, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7 at 171);

**20°** Que así como hemos señalado que no es posible reconocer rango constitucional al matrimonio, tampoco es posible hacerlo respecto de un determinado modelo de familia.

Ello explica que el legislador y el administrador chileno hayan reconocido diversas modalidades de familia.

Por una parte, está la familia tradicional fundada en el matrimonio, a la cual se refieren en forma lata el Código Civil y, en general, la legislación.

En segundo lugar, están las familias de hecho o convivientes. Respecto de ellas existe un conjunto de normas legales que les brindan reconocimiento y amparo. Por ejemplo, el Código Penal utiliza esta figura en los artículos 11 N° 4,

259, 367 bis, 369 y 390. Asimismo, el Código Procesal Penal se refiere a la convivencia en los artículos 108, 177 y 302. Pero, más allá de la dinámica penal, también pueden postular a un subsidio de vivienda para comprarla o construirla, según lo dispone el Decreto Supremo N° 174, de 2005, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

En tercer lugar, están las familias monoparentales reconocidas en la Ley de Adopción (N° 19.620), en su artículo 21, o en el artículo 195 del Código del Trabajo. También son familias susceptibles del derecho al subsidio de vivienda o son sujetos activos de programas públicos como el Programa de Mujeres Jefas de Hogar. Y, en cuarto término, están las familias reconstituidas, formadas luego de quiebres matrimoniales o de convivencias anteriores y en el marco de nuevas relaciones de pareja reconocidas legalmente. Respecto de ellas también el legislador se ha encargado de regular aspectos como la tuición de los hijos, cuestiones patrimoniales, etc.

Lo mismo hacen algunas convenciones internacionales. Así, por ejemplo, la Convención de los Derechos del Niño habla de la “familia ampliada” (artículo 5°);

**21°** Que, además, no debe olvidarse que en la actualidad la mayoría de los hijos nacen en el marco de uniones no matrimoniales. Asimismo, el porcentaje de personas que conviven ha crecido en las últimas décadas y han aumentado las familias monoparentales. Por su parte, las relaciones entre los miembros de una familia han ido cambiando: mientras antes se observaba una marcada jefatura del hombre, hoy se ha incrementado la jefatura femenina y el mismo Código Civil ha



*sido reformado para reconocer la paridad de derechos entre hombres y mujeres en el matrimonio.*

*22° Que, en consecuencia, el Estado debe proteger no sólo a la familia fundada en el matrimonio, sino que tal deber también abarca a las familias de facto, sea que se constituyan por una pareja heterosexual o no.*

*Por ello, existiendo diversos modelos de familia protegidos por la Constitución y considerando que el matrimonio no es la única forma de conformar una familia, no hay, entonces, razones para sostener que se afecta el deber del Estado de proteger a la familia si la ley restringe el matrimonio sólo a personas de sexos diferentes;*

#### ***La igualdad y el artículo 102 del Código Civil***

*23° Que nuestro análisis no sería completo si no diéramos un paso más en nuestro examen de constitucionalidad. Además de la regulación de la familia y del matrimonio y de la constatación de falta de regulación de las uniones de hecho, a continuación examinaremos el asunto sometido a nuestro conocimiento a la luz de la igualdad ante la ley y del derecho a la privacidad y al libre desarrollo de la personalidad;*

*24° Que la igualdad es un principio informador de todo el ordenamiento jurídico, en donde se “configuran principios y valores básicos de fuerza obligatoria que impregnan toda la Constitución de una finalidad humanista” (STC 1185, C.11). Por tanto, la igualdad constituye una presión permanente sobre el sistema legal y*

*social; es un desafío constante por consagrar una mayor justicia material en un contexto social y cultural donde todavía subsisten desigualdades significativas.*

*A su vez, se trata de un derecho fundamental que “reconoce la titularidad de toda persona sobre el bien jurídico igualdad, que es oponible a todo destinatario y que implica el derecho a no ser discriminado por razones de carácter subjetivo u otras que resulten relevantes, con el consiguiente mandato correlativo respecto de los órganos o autoridades estatales y los particulares de prohibición de discriminación.” (Nogueira, Humberto: *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Tomo 2, Librotecnia, Segunda Edición, 2008, p. 223);*

**25°** *Que el derecho a no ser discriminado arbitrariamente engendra una cuestión básicamente relacional: el test de igualdad debe realizarse en consideración con otras personas, casos, situaciones u otros derechos fundamentales. Al respecto se ha señalado que: “La igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal) o de una situación, cuya existencia pueda ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones.” (Rubio Llorente, Francisco: *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 640). “En efecto, la igualdad sólo es posible entenderla y conceptualizarla a partir de la existencia de otros sujetos titulares del mismo derecho, de modo que se deba determinar con ello quiénes entran en la categoría de la igualdad y quiénes en la de la desigualdad.” (Ministerio Secretaría General de la Presidencia: *Doctrina**

*Constitucional del Presidente Ricardo Lagos Escobar (2000-2006), Tomo I, LOM, 2010, p. 389);*

*26° Que de acuerdo a lo sostenido reiteradamente por esta Magistratura, el parámetro de control de la igualdad es el juicio de razonabilidad. “La razonabilidad es el cartabón o estándar que permite apreciar si se ha infringido o no el derecho a la igualdad ante la ley asegurado por el artículo 19 N° 2° de la Constitución. De esta manera, la garantía de la igualdad ante la ley no se opone a que la legislación contemple tratamientos distintos para situaciones diferentes, siempre que tales distinciones o diferencias no importen favores indebidos para personas o grupos (STC 1365, C. 29; STC 28; STC 53; STC 219; STC 1138, C. 24; STC 1140, C. 19)”*

***Privacidad, Sexualidad y libre desarrollo de la personalidad.***

*33° Que el ejercicio de la sexualidad y la vida en familia no sólo deben ser objeto de protección en el ámbito de la vida privada, sino que su manifestación es más profunda, puesto que hunde sus raíces en la personalidad, o sea, en la constitución de una persona en cuanto tal y su expresión concreta debe dar origen al reconocimiento público que haga el legislador cuando se trate de una unión libre y estable. Ese es el mandato del artículo 19 N° 7° de la Constitución.*

*En esa dimensión la introducción de un juicio cultural adverso sobre grupos minoritarios históricamente vulnerables, como es el caso de los homosexuales, importa desconocer que se trata de una libertad que se ejerce sin daño a terceros.*

*El propio legislador ha concurrido a cambiar esta realidad discriminatoria transformando en corto tiempo acciones que eran definidas como delito, a ser hoy parte de un derecho.*

*En tal sentido, cabe recordar la argumentación de esta propia Magistratura en orden a considerar las diferencias normativas a la luz del principio del bien común. “Las diferencias o discriminaciones entre las personas no tienen, de suyo o per se, inconveniente o contradicción en el texto de la Constitución si es que ellas tienen un sólido fundamento en el bien común, objetivo principal de la existencia del Estado. Es más, en algunos casos tales diferencias, algunas previstas por el propio constituyente, pueden resultar una saludable solución a conflictos, emergencias o requerimientos del bienestar general” (STC 280, C. 20°)*

#### **COROLARIOS.**

*34° Que, al determinar el artículo 102 del Código Civil que el matrimonio es un contrato solemne que sólo puede celebrarse entre un hombre y una mujer, establece una definición legal. Nada obsta a que, desde el punto de vista constitucional, el legislador cambie esta regla;*

*35° Que para efectuar tal modificación o para regular la convivencia de personas del mismo sexo, el legislador debe considerar que todas las personas, más allá de su orientación sexual, gozan de dignidad y de la libertad necesaria*

*para desenvolver su personalidad, así como de la protección que el Estado debe brindar a su vida privada personal y familiar.*

**36°** *La sexualidad forma parte de la privacidad y es una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional de Alemania al afirmar que toda persona tiene derecho a determinar su definición sexual y su relación con la sexualidad, respetando la dignidad y libertad de los demás.*

*Las personas son libres de vivir en pareja y constituir lazos familiares. El Estado debe reconocer esa realidad, respetarla y brindarle amparo, guardando consideración de los derechos de las personas y los principios constitucionales y, por consiguiente, sin establecer ninguna diferencia que pudiera ser arbitraria;*

**37°** *Que legislar sobre la materia resulta aún más imperioso en nuestro país frente al vacío normativo que hoy existe. Ello deja en una incertidumbre jurídica a las uniones de hecho, especialmente a las parejas del mismo sexo, exponiéndolas a situaciones de menoscabo y desamparo. Existe en este punto una omisión legislativa y un déficit de protección que es preciso remediar con prontitud. Existe una clara tendencia a regular estas situaciones en los diversos países;*

**38°** *Que, sin embargo, debemos dejar en claro que compete al Parlamento –y no a esta Magistratura– dictar las normas legales correspondientes, regulando alguna forma de unión civil entre dos personas, independientemente de su orientación sexual, e incluso abriendo la institución matrimonial a personas del mismo sexo, si así lo estima conveniente.*

***Voto Particular redactado por los Ministros que lo suscriben.***

*Voto disidente del ministro señor Hernán Vodanovic Schnake.*

*Acordada la sentencia con el voto en contra del Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake, quien estuvo por acoger la acción de inaplicabilidad interpuesta, por las siguientes razones:*

*I. Sobre la forma.*

*No comparto la tesis que descalifica la admisibilidad o procedencia de la acción, en cuanto –por su ejercicio- se reformularía un sistema de normas de modo integral, redefiniéndose el instituto del matrimonio, así como pecaría de no decisiva la aplicación del precepto objetado por la ausencia de impugnación constitucional de otras normas que regulan la materia.*

*Desde luego, el primer efecto se produce usualmente al excluir la aplicación de una norma –al constatar que provoca consecuencias inconstitucionales-, si la misma es el núcleo de una institución. De qué otra manera se explica, por ejemplo, la declaración de inconstitucionalidad del D.L. 2695 –que trae aparejada la exclusión del régimen de regularización de títulos de dominio- o de la norma del artículo 206 del Código Civil, sobre aspectos de la filiación, que permite ejercitar una acción privada por la aplicación del precepto. Siempre que es declarada inaplicable una disposición base de un ordenamiento hay una reformulación del sistema de normas, en relación a la situación jurídica específica a que el caso se refiere. Por la naturaleza de la inaplicabilidad, cuya declaración sólo atañe a las*

*partes del juicio, esa reformulación se da respecto de una relación jurídica particular, subsistiendo el estatuto jurídico impugnado en el régimen general.*

*Por otra parte, debe considerarse que la aplicación decisiva de la norma, que recaba la Constitución, implica considerarla fundamental, importante, pero no única, como parece reclamarse. Si otros preceptos atinentes al caso no son reprochados, el juez de la instancia aplicará el criterio interpretativo que le permitirá decidir el asunto. No es esta Magistratura la encargada de excluir previamente la aplicación de una norma singular porque no se ha denunciado otra, tarea que le incumbe a las partes o interesados dentro de un procedimiento no inquisitivo.*

*Por último, el carácter consultivo que a menudo asume el requerimiento del juez –en este caso de la I. Corte de Apelaciones de Santiago- y que doctrinariamente se prefiere, invita entrar a resolver la materia de fondo propuesta, prescindiendo del rigorismo formal, máxime si se atiende a la trascendencia social mayúscula del asunto.*

## **II. Sobre el fondo.**

*Comparto y suscribo los fundamentos de la prevención de los Ministros Fernández, Carmona, Viera-Gallo y García, con excepción de lo expuesto en los numerales 2, 3 y 22 (acápito final). Sin embargo, por dichas motivaciones y las que se manifiestan a continuación, estimo que el requerimiento debe ser acogido y declararse inaplicable el artículo 102 del Código Civil en la gestión sublite.*

1).- En 1857 (Scott v. Sandford), el Tribunal Supremo norteamericano, con una interpretación originalista, declaró la esclavitud conforme a la doctrina de sus textos fundamentales. Sólo transcurrieron algunas décadas para considerar lamentable esa decisión, que contradijo la conciencia cívica de su época.

Una disposición legal puede acomodarse perfectamente al sistema jurídico constitucional del momento en que es dictada, como ocurre con el artículo 102 del Código Civil, perteneciente al texto que data de 1855. Pero siglo y medio después puede contradecir los valores, principios y derechos fundamentales que la Constitución consagra, tal cual son entendidos en este otro momento.

En el derecho de familia, en particular, se observan institutos cuya contrariedad a los principios constitucionales progresivamente se ha dejado entrever (diferencias entre hijos legítimos y naturales, tuición exclusiva para uno de los padres, incapacidad de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal, etcétera).

Para comprobar, una vez más, cómo cambia con los tiempos la percepción del derecho, transcribamos estos pasajes –sin duda penosos en una lectura contemporánea- del Mensaje de nuestro reputado Código Civil:

**“La calidad de hijo legítimo es una de las más importantes que el derecho civil ha creado. ¿Cómo, pues, dejarla a la merced de pruebas testimoniales, tan fáciles de fraguar, si no en la vida de los padres, a lo menos después de sus días? ¿Penetrará la ley en las tinieblas de esas conexiones clandestinas, y les conferirá el derecho de constituir por sí solas la presunción de paternidad, que es el**



*privilegio del matrimonio? **Un comercio carnal, vago, incierto, en que nada garantiza la fidelidad de una mujer que se ha degradado, ¿será un principio de legitimidad, aunque no lo corrobore el juicio del padre?** Y suponiendo que éste crea suya la prole ilegítima, ¿será obligado a legitimar un hijo o hija de malas costumbres, y se le pondrá en la alternativa de no casarse o de introducir en su familia un germen de inmoralidad y depravación? Y el hijo por su parte, ¿irá contra su voluntad a participar del envilecimiento ajeno, y a poner la administración de sus bienes en manos de un hombre perdido?”.*

*No hay que olvidar que el análisis no debe centrarse en el concepto de matrimonio de 1855, sino en el de hoy día, y en su compatibilidad no con la Constitución de 1833, sino con el texto político de 1980, reformado sustancialmente varias veces –en particular en 2005-, tal como se aprehende actualmente su contenido y significado.*

*2).- Si se analiza la argumentación fundante de la exclusión del matrimonio entre iguales, se advertirá que el único principio constitucional (o bien jurídico protegido) invocado es la intangibilidad de la familia.*

*De contrario, los principios y derechos que se esgrimen para su defensa son la libertad, igualdad y dignidad de las personas, así como el conjunto de derechos de la personalidad.*

*Por un lado se consideran como básicas prescripciones constitucionales que merecerían resguardo privilegiado, tales como “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, “el Estado reconoce y ampara los grupos intermedios y les*

*garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines” y “es deber del Estado dar protección a la familia” y propender a su fortalecimiento.*

*Por el otro, se califican como vitales los mandatos relativos a que **“las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, que “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” y que “es deber del Estado promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.***

*No hay duda que, para sus protagonistas, el matrimonio entre personas del mismo sexo expresa la plena realización de los valores de libertad, igualdad y dignidad humanas. Si se entendiera que hay oposición entre el ejercicio de tales derechos y la protección de la familia, una ponderación razonable del conflicto no puede sino dar preeminencia a la dignidad y derechos humanos de las personas por sobre los intereses de una institución social.*

**3).- Dígase lo que se diga, la resolución del asunto pasa por la consideración de la homosexualidad. Es ésta, como toda orientación sexual, digna de ser reconocida y protegida o, por el contrario, una condición negativa, objeto de censura y reproche. En el largo recorrido histórico de la discriminación, a lo menos se ha pasado ya de su calificación como delito (sodomía) a su estimación como**

*simple cualidad indeseable, un virus social que no debe propagarse. En sociedades culturalmente atrasadas, no adviene aún el momento de la tolerancia con la pura diferencia. **Por eso, la regla jurídica es tan importante para afirmar positivamente esta distinción, como se ha hecho ya con la llamada raza, el género y la discapacidad***

*En esta materia, subyacen prejuicios y motivaciones que no se explicitan, de antigua data. Por debajo de la argumentación lógica, se esconde una cierta idea de la homosexualidad, que sucesivamente la ha configurado como una deformación pervertida, una enfermedad o, finalmente, un “desorden” de la naturaleza. Por ello, para no dejar flanco alguno descubierto, se arremete incluso en contra del concepto “orientación sexual” –de amplio reconocimiento en el derecho internacional de los derechos humanos-, atribuyéndole una “ambigüedad (que) ha derivado, en otras naciones, en una distorsión de la sexualidad y de las bases de la familia, así como en un serio peligro para el ejercicio de numerosas libertades, entre otras la religiosa” (reciente declaración de las Iglesias Cristianas de Chile).*

*Sin ambages (ver escrito de ONG. ISFEM, a fojas 212 y siguientes), se califica la homosexualidad como una “anomalía que consiste en la desviación de la atracción afectivo-sexual”, el resultado “de una evolución psico-sexual deficiente, donde la persona no alcanza su madurez psico-afectiva”; **como una patología “curable”**; y se proclama que se ha llegado a conclusiones alarmantes sobre el vínculo entre la actividad sexual y la pedofilia, advirtiendo “que las personas*

*homosexuales experimentan con más frecuencia que la población en general una salud más deteriorada” (mayor tasa de enfermedades mentales, enfermedades de transmisión sexual y tendencia al suicidio), y “mayores conductas de riesgo en sus relaciones afectivas” (más promiscuidad, mayor tasa de ruptura de relaciones, alta tasa de relaciones con menores de edad).*

*En el mismo sentido, se considera como una posición errada y discriminatoria sujetar la homosexualidad a un trato moral distinto (positivo), “dado que cierra toda posibilidad de revertir la tendencia”. Se sostiene que “el derecho no debe proteger cualquier relación humana, sino las que implican valores imprescindibles para la organización comunitaria”, negando al homosexual la libertad fundamental que caracteriza a la persona humana y que le confiere su particular dignidad.*

*Como puede verse, toda este razonamiento ofende la dignidad humana y asigna al sujeto de una orientación sexual diversa, un trato vejatorio.*

*Es tal el peso del prejuicio discriminatorio que el homosexual, en cualquier época, ha tendido a recluirse y no asumir explícitamente su condición, por el fundado temor a la agresión (casos paradigmáticos son los del poeta Federico García Lorca, que hizo ostensible su orientación sólo en los últimos años de su corta vida, y de Gabriela Mistral, que sólo viene a develarse –no sin trémulas protestas- en la posteridad). En el presente se ha acuñado la frase “salir del clóset” para describir la asunción pública de la condición homosexual; un sector la aplaude por la reciedumbre moral que demuestra, y otro la reprueba, por la incomodidad que le produce su publicidad.*

*En una reciente encuesta (Estudios de Opinión Pública, de la Universidad del Desarrollo, de junio de 2011), se establece que para el 71 por ciento de los varones encuestados, en Chile se discrimina mucho a los homosexuales. **El punto central -en lo que interesa a esta causa- es determinar si la prohibición del matrimonio entre iguales evita o refuerza la citada discriminación. La respuesta parece obvia.***

*5).- El punto esencial no reside en las características estructurales del matrimonio, como se verá, sino en determinar si la exclusión de las parejas del mismo sexo en el acceso a dicha institución constituye o no una discriminación arbitraria.*

*No obstante, ya que el único fundamento de la tesis contraria descansa en la supuesta naturaleza existencial de la heterosexualidad como fundamento del matrimonio, habrá que referirse al mismo.*

*En primer término, no debe desatenderse que la institución matrimonial, como cualquier otra, es una construcción social histórica. Sus elementos esenciales no son, necesariamente, los de ayer ni serán forzosamente los de mañana. Ha sido tradicionalmente una forma de institucionalizar la vida en común de una pareja heterosexual, pero nada impide -desde una visión secular- que acoja a parejas homosexuales o del mismo sexo (ambas cuestiones no son lo mismo; así, dentro de la actual legislación chilena no hay impedimento para que celebren el acto matrimonial uno o ambos contrayentes homosexuales)*

*En el matrimonio actual se ha perdido la función relevante de procrear (la mayoría de los hijos nacen fuera del matrimonio y la aptitud para generar descendencia no es un requisito para celebrarlo), en desmedro de las finalidades propias de la vida en común. El objetivo esencial, más bien, expresa fines de solidaridad, afecto y asistencia recíproca.*

*Siendo así las cosas, debe invertirse la carga de la argumentación. Son los postulantes de la exclusividad heterosexual en el matrimonio quienes deben exponer las razones que la sostienen. Desde luego, procede descartar el razonamiento circular de que ello es así porque debe serlo y siempre lo ha sido. Tal aseveración simplemente nada explica. En definitiva, se aprecia la inexistencia de una justificación racional, de un fin lícito en la interdicción del matrimonio entre iguales.*

*El matrimonio “ideal” exige, de toda forma, probar que la exclusión de parejas del mismo sexo protege la unión heterosexual; sin embargo, no hay perjuicio alguno en la ocurrencia de ello. La prohibición no es necesaria para proteger los derechos de aquellos que sí pueden casarse. Aún mas, los detractores no han meditado que –en vez de verse debilitado por la inclusión de otros actores- la incorporación de parejas hoy excluidas a la institución matrimonial, la amplía y probablemente la fortalece.*

*La búsqueda de supuestos de hecho diversos no debe realizarse mediante una comparación entre las diferencias fácticas de ambos, sino a través del fundamento*

*de la norma, es decir, mediante la comprobación de si los distintos supuestos tienen diferente significación jurídica o no respecto a dicho fundamento.*

*La indagación establece que se trata de supuestos de hecho similares, pues en ambos casos se trata de la unión de dos personas plenamente capaces, que pretenden formar una comunidad de vida para construir un proyecto común. Así, el fundamento último de la norma, que es formalizar y legitimar el vínculo de dos personas para ejercer libremente su derecho a formar una comunidad de vida, es plenamente cumplido.*

*Por último, la regulación legal de las parejas del mismo sexo –ciertamente una mejoría en el maltrato social que les concierne- no borra la discriminación denunciada. Como se ha reiterado, ésta se produce por la exclusión del matrimonio.*

### **III. Conclusiones.**

**7).-** *Esta disidencia hará suya las conclusiones del informe presentado por Libertades Públicas AG, consignadas a fojas 189 y 190, y que se transcriben:*

*1. Nuestra Constitución no recoge un concepto de matrimonio, limitándose a establecer un mandato amplio de protección a la familia, grupo intermedio que debe ser, a su vez, entendido (sic) en términos amplios, acorde con las funciones que desempeña en una sociedad pluralista y democrática como la chilena, cuya Constitución parte afirmando la igual dignidad de todas las personas.*

2. *Nuestra Constitución Política reconoce una serie de derechos que exigen conferir un tratamiento igualitario a todas las personas y una interpretación inclusiva de las instituciones sociales, como el matrimonio.*

3. *En primer lugar, el derecho a la igualdad ante la ley, necesaria consecuencia del reconocimiento de la misma dignidad intrínseca de que está dotada cada persona, impone al estado el deber de tratar con el mismo respeto a todas las personas, permitiéndoles desarrollar sus planes de vida autónomamente configurados, garantizando un igual acceso a las instituciones sociales.*

4° *La existencia de este deber de tratamiento igualitario y respetuoso de las diversas concepciones del bien que pueden desarrollar seres autónomos, como son las personas, es complementada en nuestra Carta por el principio de servicialidad, que impone al estado el deber de proteger y promover estas distintas opciones de vida, compatibles con el bien común.*

5° *Privar a un grupo de personas de la posibilidad de acceder a la institución matrimonial importa negarles la dignidad que la propia Constitución les reconoce, impidiéndoles el acceso a una institución considerada socialmente indispensable para el pleno desarrollo de una vida buena; e implica desconocer toda dimensión pública a la relación construida por los miembros de la pareja, desde el momento que se les niega la posibilidad de comprometerse públicamente ante sus semejantes, tratamiento discriminatorio en perjuicio de las parejas del mismo sexo que no cuenta con ninguna justificación razonable en una República democrática que acepta la diversidad de formas de vida.*



6° Finalmente, la señalada discriminación no sólo tiene efectos en el ámbito simbólico. En nuestro ordenamiento, el matrimonio desarrolla sus consecuencias mucho más allá del ámbito de las relaciones familiares, siendo considerado en innumerables disposiciones como condición o preferencia para el goce de ciertos derechos. Pues bien, desde el momento que se priva a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de acceder a esta institución social, el Estado también les está vedando el acceso a una serie innumerable de ventajas asociadas al estatus de casado, confiriéndoles de esta forma un tratamiento discriminatorio, que dificulta o incluso impide la realización de un plan de vida que consideran indispensable para su propia felicidad.

7° Todo lo señalado precedentemente nos permite arribar a una única conclusión: El Estado, cuando niega a las parejas del mismo sexo la posibilidad de participar en una de nuestras más gratificantes y preciadas instituciones comunitarias, está incurriendo en una exclusión que es incompatible con el respeto de la dignidad humana, la autonomía individual y la igualdad ante la ley, al tiempo que incumple con el mandato constitucional de protección a la familia, entendido en términos amplios. La demanda de las parejas del mismo sexo no persigue que se les confiera un tratamiento especial, sino simplemente poder participar de los beneficios de la vida en sociedad, accediendo en términos de igualdad a una institución considerada indispensable para el desarrollo de los propios planes de vida, como es el matrimonio. Por estas razones, el artículo 102 del Código Civil debe ser declarado inconstitucional.

*Voto Disidente redactado por el Ministro que lo suscribe.*

*Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben, y los votos particulares concurrentes y el voto disidente, los Ministros que se indican en cada uno de ellos.*

*Comuníquese, notifíquese, regístrese y archíves.*

*Rol N° 1881-10-INA.*

## BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO X, Las Siete Partidas, Edición de Ernesto Livacic, Santiago, Chile, Editorial Andrés Bello, 1982.
- ARISTÓTELES, La Política, 1252b, trad DE AZCARATE, P, Madrid, España, Espasa Calpe, 19 ed, 1997.
- BARRIENTOS, Javier y NOVALES, Aranzazú, Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, 2 ed, Santiago Chile, Lexis Nexis, 2004.
- BARRIENTOS, Javier, De las Uniones de Hecho: Legislación, Doctrina y Jurisprudencia, Santiago, Chile, Lexis Nexis, 2008.
- BARRIENTOS, Javier, Régimen Jurídico de las Personas y la Familia, Santiago, Chile, Legal Publishing, 2012.
- BELLUSCIO, Augusto, Manual de Derecho de Familia, 7 ed, Buenos Aires, Argentina, Astrea, 2004.
- BOSSERT, Gustavo, y ZANNONI, Eduardo, Manual de Derecho de Familia, 6° ed, Buenos Aires, Argentina, Astrea, 2004.
- BOSSERT, Gustavo. Régimen jurídico del concubinato. Buenos Aires, Argentina, Astrea, 2007.
- BRAVO, Bernardino. Historia de las Instituciones Políticas de Chile e Hispanoamérica, 2 ed, Santiago, Chile, Editorial Andrés Bello, 1993.
- CARRASCO, Sergio, Alessandri su Pensamiento Constitucional Reseña de su Vida Pública, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1987.

CARBONNIER, Jean, Derecho Civil, Relaciones Familiares y Cuasi Familiares, trad ZORRILLA RUIZ, M, Barcelona, España, Editorial Bosch, t1, Vol. 2, 1991.

CARRODEGUAS, Celestino, La Sacramentalidad del Matrimonio, Madrid, España, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 2003, 50-54 pp.

CEA, José Luis. Derecho Constitucional Chileno, Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica, t1, 2004.

CLARO, Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, vol 6, 1979.

CÓRDOBA, Marcos, VANELLA, Vilma, VÁSQUEZ, Ángela, Derecho de Familia Parte General, Buenos Aires, Argentina, La Ley, 2005.

CORRAL, Hernán, Familia y Derecho Estudios Sobre la Realidad Jurídica de la Familia, Santiago, Chile, Colección Jurídica Universidad de Los Andes, 1994.

CORRAL, Hernán, Regulación legal de las uniones de homosexuales, Un contrasentido para el derecho de familia, en Estudios jurídicos en homenaje a los profesores Fueyo y otros, Santiago, Chile, Editorial Universidad del Desarrollo, 2007.

COSTA José Carlos, El Derecho de familia y de las Personas en Roma, Buenos Aires, Argentina, Estudio SA, 1997.

DONOSO, Florencia y RIOSECO, Andrés, El Concubinato Ante La Jurisprudencia Chilena, Santiago, Chile, Lexis Nexis, 2007.

DIEZ PICAZO, Luis Y GULLÓN, Antonio, Sistema de Derecho Civil, 10° ed, Madrid, España, Tecnos, 2004.

DUTTO, Ricardo, Daños Ocasionados en las relaciones de familia, Buenos Aires, Argentina, Hammurabi, 2006.

ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, Derecho Sucesorio, 2 ed, Santiago, Chile, Abeledo Perrot Legal Publishing, 2010.

EYZAGUIRRE, Jaime. Historia de las Instituciones Políticas y Sociales de Chile, 18 ed, Santiago, Chile, Editorial Universitaria, 2004.

FIGUEROA, Gonzalo, Persona, Pareja y Familia, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1995.

FIGUEROA, Gonzalo, El pacto de convivencia: una alternativa al pacto de matrimonio, en Estudios de Derecho civil. Jornadas nacionales de Derecho Civil, Valdivia. Santiago, Chile: Editorial LexisNexis, 2005.

FUEYO, Fernando, Derecho Civil, Santiago, Chile, Editorial Universo, tVI, vol I, 1959.

GARCÍA, M, El Patrimonio de la Mujer casada en el Derecho Civil, Barcelona, España, Ceac, 1982.

GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. El Sistema Filiativo Chileno, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007.

GROSMAN, Cecilia y MARTÍNEZ, Irene, Familias Ensambladas, Buenos Aires, Argentina, Universidad, 2000.

GROSMAN, Cecilia y HERRERA, Marisa, Familia Monoparental, Buenos Aires, Argentina, Universidad, 2008.

GUZMÁN, Alejandro, Derecho Privado Romano, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

GRUPO ELEUSIS, La Familia la Familia en Grecia y Roma, Madrid, España, Áurea Clásicos, 2008.

HERNÁNDEZ Gabriel, Uniones afectivo sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo, Santiago, Chile, Editorial Arcis, 2004.

HOMERO, La Odisea, 9 ed, Santiago, Chile, Zig Zag, 2008.

IGLESIAS, Juan, Derecho Romano, Historia e Instituciones, 11° ed, Barcelona, España, Editorial Ariel SA, 2007.

JOSSERAND, Louis, Derecho Civil, trad CUNCHILLOS, S, Y MANTEROLA, Buenos Aires, Argentina, Editorial Jurídica Europa-América, t1, Vol. 2, 1952.

LACRUZ, José Luis y ALBALADEJO, Manuel, Tratado Teórico y Práctico de Derecho Civil, Derecho de Familia. El Matrimonio y su Economía, Barcelona, España, Bosch, 1963, t4, vol 1.

LACRUZ, José Luis, Manual de Derecho Civil, Barcelona, España, Bosch, 1979.

LARRAÍN, María Teresa, La Adopción un Análisis Crítico y Comparado de la Legislación Chilena, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1991.

LEPIN, Cristián, La Compensación Económica, Efecto Patrimonial de la Terminación del Matrimonio, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010.

LÓPEZ, Carlos, Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia, Santiago, Chile, Librotecnia, 2005.

MARX, Karl y ENGELS, Friedrich, El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado, trad ACL, Madrid, España, Fundamentos, 13° ed, 1996.

MAZEAUD, Henry Y León, Lecciones de Derecho Civil, trad ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO L, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, t3, N° 686, 1959.

MELLAFE, Rolando y ORTIZ, Jorge. Historia de Chile, 7 ed, Santiago, Chile, Editorial Universitaria, 1994.

MENDEZ, María Josefa y otros, Derecho de Familia, Santa Fe, Argentina, Rubinzal y Culzoni, 1982.

MÉNDEZ, María Josefa, Los Principios Jurídicos en las Relaciones de Familia, Buenos Aires, Argentina, Editorial Rubinzal Culzoni, 2006.

MESSNER, Johannes, Ética Social, Política y Económica a la luz del Derecho Natural, trad BARRIOS, J, y otros, Madrid, España, Rialp, 1967.

MIRALLES, Antonio, El Matrimonio Teología y vida, Madrid, España, Colección Pelícano, 1999.

MONTERO, Sarah, Derecho de Familia, Ciudad de México, México, Editorial Purrúa SA, 1984.

PANERO, Ricardo, Derecho Romano, 2 ed, Valencia, España, Tirant lo Billanch, 2000.

PLANIOL, Marcel Y RIPERT, Georges, Tratado Elemental de Derecho Civil, trad CAJICA CAMACHO, J, Ciudad de México, México, Editorial Cárdenas Editor, 1981.

PETIT, Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, 23° ed, trad FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, J, Ciudad de México, México, Editorial Porrúa, 2007.

PUIG BRUTAU, José, Compendio de Derecho Civil, Barcelona, España, Bosch, t IV, 1991.

PUIG PEÑA, Federico, Compendio de Derecho Civil Español, 3° ed, Madrid, España, Ediciones Pirámide, 1976, tV.

RAMS, Joaquín, DE AMUNATEGUI, Cristina, SERRANO, Eduardo, ANGUITA, Luis, Autonomía de la Voluntad y Negocios Jurídicos de la Familia, Madrid, España, Dykinson SL, 2009.

RAMOS, René, Derecho de Familia, 2 ed, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1999.

RAMOS, René, Derecho de Familia, 5 ed, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

RAMOS, René. Derecho de Familia, 6 ed, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, t2, 2007.

RIVERO, Mabel y RAMOS, Beatriz, Unión Concubinaria, 3 ed, Montevideo, Uruguay, Fundación de la Cultura Universitaria, 2008.

ROSSEL, Enrique, Manual de Derecho de Familia, 7 ed, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1994.

ROUDINESCO, Elizabeth, La Familia en Desorden, Buenos Aires, Argentina, Fondo de Cultura Económica Argentina SA, ed en Español, 2005.



SAMPER, Francisco, Derecho Romano, 2 ed, Santiago, Chile, Editorial Universidad Católica de Chile, 2007.

SILVA, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, 2 ed, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, t3, 1997.

SANTO TOMÁS DE AQUINO, Suma Teológica, 4° ed, Madrid, España, Biblioteca de Autores Cristianos, 2001.

TAPIA, Muricio, Código Civil 1855-2005 Evolución y Perspectivas, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

TRONCOSO, Hernán, Derecho de Familia, 12° ed, Santiago, Chile, Legal Publishing, 2009.

VALVERDE, Calixto, Tratado de Derecho Civil Español, 4 ed, Valladolid, España, Talleres Tipográficos Cuesta, 1938.

ZANNONI, Eduardo, Derecho de Familia, Buenos Aires, Argentina, Astrea, 1981

## REVISTAS

DEL PICÓ, Jorge, 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 Universidad de Talca, año 17 (1): 31-56, Enero 2011.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, Principios Sucesorios del Código de Bello y su Estado Actual, Revista de Derecho Universidad de Concepción: 219-220, Diciembre 2006.

HERRERA, Héctor, *Res Privata-Res Pvblica-Imperium*, en Semanas de Estudios Romanos, Santiago, Chile, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1977.

HERVADA, Javier, La Identidad del Matrimonio, IV Jornadas Chilenas de Derecho Natural, en Revista Chilena de Derecho, Junio 1980.

NIZAMA VALLADOLID, Medardo, La Familia en el Derecho Romano y en el Ordenamiento Actual, Revista de Derecho y Ciencia Política Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Vol. 66 (1 y 2): 275-295, Junio 2008.

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, El Principio de la igualdad en el Derecho Sucesorio, Revista de Derecho Universidad de Concepción: vol (143) 58-109, Marzo 1968.

SOTO KLOSS, Eduardo, La Familia en la Constitución Política, Revista Chilena de Derecho, Vol. 21 (2): 217-225, Junio 1994.

VELOSO VALENZUELA, Paulina, Nuevos Principios del Derecho de Familia en Función, Principalmente, de la Normativa Internacional que Emanan de los Tratados de Derechos Humanos, Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XIX: 35-56, 1998.

VIAL Manuel, Familia, Muerte y Matrimonio, de la familia nuclear extensa de extensa de la roma Arcaica a la familia nuclear de la antigüedad tardía, Revista Chilena de Historia del Derecho, (22): 312, Julio 2010.

## PÁGINAS WEB

<<http://www.proel.org/index.php?pagina=mundo/indoeuro/italico/osco>>  
<[http://www.elportaldelaindia.com/El\\_Portal\\_de\\_la\\_India\\_Antigua/Sanscrito.html](http://www.elportaldelaindia.com/El_Portal_de_la_India_Antigua/Sanscrito.html)>  
<<http://lema.rae.es/drae/> >  
<[http://fci.uib.es/Servicios/libros/articulos/di\\_nasso/Historia.cid220290](http://fci.uib.es/Servicios/libros/articulos/di_nasso/Historia.cid220290)>  
<[http://www.forumlibertas.com/frontend/forumlibertas/noticia.php?id\\_noticia=22855  
&id\\_seccion=21](http://www.forumlibertas.com/frontend/forumlibertas/noticia.php?id_noticia=22855&id_seccion=21)>  
<<http://etimologias.dechile.net/?nu.cleo> >  
<[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_239\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_239_esp.pdf)>  
<<http://blogs.elmercurio.com/columnasycartas/2012/12/30/importancia-de-la-familia.asp> >

## TEXTOS LEGALES

Reglamento Constitucional de 1811.  
Reglamento Constitucional de 1812.  
Reglamento Constitucional de 1814.  
Constitución Política de 1818.  
Constitución Política de 1822.  
Constitución Política de 1823.  
Constitución Política de 1828.

Constitución Política de 1833.

Constitución Política de 1925.

Constitución Política 1980.

Decreto Ley 1551

Decreto Ley 1552

Código Civil.

Ley de Matrimonio Civil 19.947

Ley de violencia intrafamiliar 19.325

ley de Violencia Intrafamiliar 20.066.

Ley sobre Tribunales de Familia 19.968.

Ley sobre Adopción 7.613.

Ley sobre Legitimación Adoptiva 16.346.

Ley sobre Adopción de Menores 18.703.

Ley sobre Adopción de Menores 19.620.

## **INSTRUMENTOS INTERNACIONALES**

Declaración Americana de derechos y deberes del hombre.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Convención de los Derechos del Niño.

### **ANTECEDENTES LEGISLATIVOS**

Boletín 3283-18 en Biblioteca del Congreso Nacional.

Boletín 3494-07 en Biblioteca del Congreso Nacional.

Boletín 4153-18 en Biblioteca del Congreso Nacional.

Boletín 7011-07 en Biblioteca del Congreso Nacional.

Boletín 6735-07 en Biblioteca del Congreso Nacional.

Boletín 5623-07 en Biblioteca del Congreso Nacional.

Boletín 6846-07 en Biblioteca del Congreso Nacional.

Boletín 7873-07 en Biblioteca del Congreso Nacional.

Boletín 3847-18 en Biblioteca del Congreso Nacional.

Boletín 3863-07 en Biblioteca del Congreso Nacional.

Boletín 7198-07 en Biblioteca del Congreso Nacional.

Boletín 7099-07 en Biblioteca del Congreso Nacional.

Metas u Objetivos Fundamentales para la Nueva Constitución Política de la República

Declaración de Principios del Gobierno de Chile

Sesión 57° Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile.

Objetivos Nacionales del Gobierno de Chile.

Sesión 191° Comisión de Estudios Nueva Constitución Política de la República.

Proposiciones e ideas precisas relativas al futuro texto Constitucional.

Sesión 410° Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República,

## **OTROS TEXTOS**

NUEVO TESTAMENTO

MANIFIESTO COMUNISTA

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Buenos Aires, Argentina, Driskill SA, 1987.

DICCIONARIO RAE 22° Edición.



