



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado

LAS UNIONES AFECTIVAS DE HECHO CONSTITUYEN FAMILIA

Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

José Abelardo Sepúlveda Alvarado

Profesor Guía: Maricruz Gómez De la Torre Vargas.

**Santiago, Chile
2007.**

ÍNDICE

ÍNDICE	2
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I.....	11
EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA, CONCEPTO Y CLASIFICACIONES	11
1.1- Etimología.....	11
1.2- Evolución	12
1.2.1- La Familia en Grecia	14
1.2.2- La Familia en Roma.....	15
1.2.3- La familia Germánica	17
1.3- Concepto	19
1.4- Naturaleza jurídica de la familia.....	25
1.4.1- Persona Jurídica	25
1.4.2- Organismo Jurídico.....	26
1.4.3- Institución Social	28
1.5- Tipologías de Familias.....	28
CAPÍTULO II	33
LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA	33
2.1- Evolución Constitucional.....	33
2.1.1- Constitución Provisoria de 1818.....	34
2.1.2- Constitución Política de la República de 1822	34
2.1.3- Constitución Política de la República de 1823	35
2.1.4- Constitución Política de la República de 1828	35
2.1.5- Constitución Política de la República de 1833	36
2.1.6- Constitución Política de la República de 1925	37
2.2- Constitución Política de la República de 1980	37
2.3- Artículo 1, inciso 2°	38
2.3.1- Análisis del Artículo 1, inciso 2°	39
2.3.2- Familia Matrimonial	42
2.3.2.1-Historia Fidedigna de la Constitución	43
2.3.2.2- Discusión de los Comisionados	46
2.3.2.3-Texto de la Constitución.....	46

2.3.3- Familia no Matrimonial	47
2.3.3.1- Historia Fidedigna de la Constitución	47
2.3.3.2- Texto de la Constitución	48
2.4- Artículo 5, inciso 2º	51
2.4.1- Génesis.....	51
2.4.2- Análisis del Artículo 5, inciso 2º	54
2.4.3- Problemas en la Aplicación del Artículo 5, inciso 2º	59
2.4.3.1- Jerarquía de los Tratados Internacionales	59
2.4.3.2- Vigencia de los Tratados Internacionales	61
2.4.3.3- Tratados Incluidos en el Artículo 5, inciso 2º	62
2.4.3.4- Tratados Incorporados con la Reforma.....	63
2.4.3.5- Derechos Incorporados sólo en la Constitución y los Tratados Internacionales	64
CAPÍTULO III.....	66
UNIONES AFECTIVAS DE HECHO.....	66
3.1- Consideraciones Generales	66
3.1.1- Denominación.....	66
3.1.2- Concepto	69
3.2- Elementos de las Uniones Afectivas de Hecho	72
3.2.1- Cohabitación.....	73
3.2.2-Permanencia y Estabilidad.....	75
3.2.3- Singularidad	77
3.2.4- Notoriedad	78
3.2.5- Ausencia de Formalidades	79
3.2.6- Heterosexualidad	79
3.2.7- Affectio Maritalis.....	80
3.3- Naturaleza Jurídica de las Uniones Afectivas de Hecho	82
3.3.1- Unión Afectiva de Hecho como Hecho Ilícito.....	83
3.3.2- Unión Afectiva de Hecho como Contrato.....	84
3.3.3- Unión Afectiva de Hecho como Cuasicontrato	85
3.3.4- Unión Afectiva de Hecho como Hecho Jurídico	86
3.3.5- Unión Afectiva de Hecho como Hecho Simple.....	87
3.4- El Legislador Frente a las Uniones Afectivas de Hecho	87
3.4.1- Doctrina Sancionadora.....	88
3.4.2- Doctrina Abstencionista.....	89
3.4.3- Doctrina Reguladora	89
3.5- Uniones Afectivas de Hecho en el Derecho Comparado.....	90
3.5.1 Regulación de las Uniones de Hecho en Europa	90

3.5.1.1- Francia	90
3.5.1.2- España.....	93
3.5.1.2.1- Comunidad Autónoma de Cataluña.....	95
3.5.1.2.2- Comunidad Autónoma de Valencia.....	100
3.5.1.3- Dinamarca.....	102
3.5.1.4- Noruega.....	104
3.5.1.5- Bélgica	104
3.5.1.6- Holanda.....	105
3.5.1.7- Suecia.....	107
3.5.2- Regulación de las Uniones de Hecho en Sudamérica.....	109
3.5.2.1- Perú	109
3.5.2.2- Bolivia.....	112
3.5.2.3- Colombia.....	117
3.5.2.4- Argentina	119
CAPÍTULO IV.....	121
REGULACIÓN DE LAS UNIONES AFECTIVAS DE HECHO EN LA	
LEGISLACIÓN NACIONAL.....	121
4.1 Legislación Civil.....	121
4.1.1- Código Civil.....	121
4.1.1.1- Bien Familiar	122
4.1.1.2- Situación Preferente del Cónyuge Sobreviviente	124
4.1.2- Ley de Violencia Intrafamiliar.....	125
4.1.3- Adopción.....	126
4.1.3.1- Ley N ° 19.620	126
4.2- Legislación Penal	128
4.3- Legislación Laboral	130
4.3.1- Código del Trabajo	130
4.3.2- Decreto Ley N ° 3.500	131
4.4- Legislación Procesal	132
4.4.1- Legislación Procesal Civil	132
4.4.1.1- Código de Procedimiento Civil	133
4.4.1.2- Ley sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones de Alimento	134
4.4.1.3- Ley N ° 19.947 sobre Nueva Ley de Matrimonio Civil.....	134
4.4.2- Legislación Procesal Penal	135
4.4.2.1- Código de Procedimiento Penal.....	135
4.5- Proyectos de Ley que Regulan las Uniones Afectivas de Hecho	136
4.5.1- Proyecto de Ley de Fomento de la no Discriminación y de Contrato de Unión Civil entre Personas del Mismo Sexo	138

4.5.2- Proyecto de Ley que regula un Régimen Legal para las Uniones de Hecho	140
4.5.3- Proyecto de Ley que Establece Regulación para las Uniones de Hecho	142
4.5.4- Proyecto de Ley sobre Pacto de Unión Civil.....	143
CAPÍTULO V.....	157
LAS UNIONES AFECTIVAS DE HECHO EN LA JURISPRUDENCIA	157
5.1- Concepto Jurisprudencial.....	158
5.2 –Elementos de las Uniones Afectivas de Hecho.....	160
5.3 –Efectos de las Uniones Afectivas de Hecho, Solución de los Conflictos	162
5.3.1- Elementos.....	163
5.3.1.1- Convivencia	163
5.3.1.2- Trabajo en Común o en Forma Conjunta.....	165
5.3.2.1- Cuasicontrato de Comunidad.....	168
5.3.2.2- Sociedad de Hecho.....	169
CONCLUSIÓN.....	172
BIBLIOGRAFÍA.....	179

INTRODUCCIÓN

Desde los comienzos de la humanidad la familia ha sido de vital importancia para el hombre, pues es en ella en donde éste ha podido satisfacer las necesidades que le son propias, tales como el alimento, el afecto y la educación entre otras muchos otros roles que ésta cumple. En un inicio la familia no estaba compuesta de la manera como lo está hoy, ya que el grupo familiar se encontraba conformado por un sin número de personas, las que se encontraban unidas no necesariamente por un lazo sanguíneo, sino por un vínculo de subordinación a una persona, en quien recaía la titularidad de todos los derechos que le correspondían a los miembros de ella, generalmente esta autoridad recaía en el hombre más anciano del grupo familiar.

La familia ha sido desde sus orígenes la encargada de satisfacer las necesidades del hombre, además de cumplir con sus funciones propias de procreación, educación, crianza y transmisión de la cultura, por lo que constituye el elemento esencial y fundamental de toda sociedad, siendo además el origen del Estado y la encargada de entregar buenos ciudadanos a la sociedad.

La composición del grupo familiar se ha modificado con el transcurso de los siglos, pasando de una familia extensa a una familia nuclear, en ambos casos surgidas del cumplimiento de ciertas formalidades que dan origen al matrimonio, sin perjuicio de ello han surgido otras tipologías de familias entre las cuales podemos mencionar las familias unipersonales, ensambladas, de hecho, entre otras.

Es debido a la importancia que la familia tiene en la vida del hombre como individuo que los distintos pueblos, desde tiempos inmemoriales, han dictado legislaciones tendientes a protegerla y fomentarla. Sin embargo, a pesar de la importancia de la familia, los distintos ordenamientos jurídicos generalmente siempre se preocuparon de la protección de una sola tipología, la surgida como consecuencia del

matrimonio, en desmedro de aquella convivencia entre un hombre y una mujer con caracteres de publicidad, permanencia, notoriedad, es decir, las uniones o familias de hecho, esta situación fue cambiando en el derecho comparado desde el siglo pasado, equiparándose paulatinamente la protección de ambas familias, y pasando a reconocer la existencia de la familia de hecho, en una primera instancia a través de la equiparación de los derechos de los hijos, estableciéndose un estatuto igualitario sin importar en que familia nacían.

La comunidad internacional tampoco ha estado ajena a esta tendencia de protección a la familia, es así como a partir de la segunda mitad del siglo XX, con la dictación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, entre otros instrumentos internacionales, se comenzó a suscribir una serie de tratados internacionales que fueron ratificados con posterioridad por los distintos Estados, declaraciones que en principio contenían normas aisladas con respecto a la institución familiar, para luego pasar a dictarse declaraciones y pactos destinados a proteger únicamente a la familia o a alguno de sus integrantes, como en el caso de la Convención de los Derechos del Niño de 1990 o en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1981.

Chile no ha sido ajeno a esta tendencia destinada a proteger a la familia, ya que desde los comienzos de la república independiente, el legislador ha dictado normas tendientes al fortalecimiento de la familia y a otorgarle un lugar primordial en la sociedad, ya sea de manera directa o indirecta.

En el inicio nuestras cartas fundamentales se preocuparon de la familia de forma tangencial, sólo a propósito de otras instituciones, generalmente como requisito para obtener la nacionalidad y ciudadanía, fue sólo a partir de la dictación de la Constitución de 1925, que se estableció una clara protección a la familia de una manera directa. Sin embargo, fue como consecuencia de la dictación y promulgación de la Carta

Fundamental de 1980, que la familia pasó a tener un reconocimiento privilegiado en nuestro ordenamiento jurídico, pues la consideró como núcleo fundamental de la sociedad en su Capítulo I de “Bases de la Institucionalidad”, imponiendo el deber tanto al constituyente como al legislador de promoverla y protegerla mediante la dictación de las distintas normativas.

La Constitución Política de la República en su artículo 1° inciso 2°, otorga a la familia la calidad de núcleo fundamental de la sociedad, lo que a generado una serie de discusiones en doctrina, con respecto a que familia se debe proteger y promover como consecuencia del mandato constitucional, existiendo autores que aún consideran que la única familia protegida por el constituyente es la familia basada en el matrimonio, en desmedro de la familia de hecho, situación que actualmente podríamos señalar se encuentra superada por la mayoría de los autores que reconocen la existencia de la familia de hecho la cual también debe ser protegida, además del reconocimiento realizado por el propio legislador al señalar que el matrimonio es la base principal de la familia más no la única, según lo expresado en el artículo 1 de la Ley de Matrimonio Civil, el cual reconoce la existencia de otros tipos de familia. A pesar de ello, existen aún instituciones en que se establece una clara diferenciación entre la familia surgida del matrimonio y otros tipos familiares, tales como la sucesión por causa de muerte, en la que el conviviente súperlite queda totalmente desprotegido a la muerte de su pareja, debiendo recurrir a la justicia para poder obtener parte de su patrimonio que muchas veces a contribuido a formar, también se puede señalar la institución del bien familiar del cual que queda excluida totalmente la familia no matrimonial; entre otras instituciones legales.

Es relevante determinar la amplitud de la familia a nivel constitucional y legal, más aun cuando de acuerdo a nuestra realidad social están aumentando las uniones afectivas, en las cuales también se generan situaciones y efectos propios de la familia matrimonial, como lazos filiativos, vivienda familiar, derechos sucesorios, entre otros, correspondiéndole de igual forma al legislador proteger dichas uniones, ya que pesa

sobre él el deber constitucional de proteger y promover la familia. Además es necesario realizar un análisis a las uniones afectivas, a propósito de las tendencias extranjeras de reconocer a dichas uniones y determinar si en Chile es posible considerarlas una forma de familia.

Es por ello, que es necesario preguntarse ¿constituyen familia las uniones afectivas? Y si la respuesta es afirmativa, ¿cumple el legislador nacional con el deber constitucional de proteger este tipo de familia o deja sus efectos entregados al criterio de nuestros tribunales?

El presente trabajo consta de cinco capítulos, en el primero de ellos se tratará la familia en forma genérica, su etimología, concepto, evolución, y las distintas tipologías de familia.

El Capítulo Segundo se refiere a la familia a nivel constitucional, como han evolucionado los distintos textos fundamentales desde el inicio de la república independiente hasta nuestros días, en especial lo establecido por los artículos 1° y 5° de la Carta fundamental de 1980, que revisten especial importancia para este trabajo.

El Capítulo Tercero consta de dos partes, una destinada a especificar que se entiende por unión de hecho, los elementos que la componen, su naturaleza jurídica, para luego en una segunda parte analizar como el derecho comparado tanto a nivel europeo como latinoamericano han tratado el reconocimiento de las uniones afectivas de hecho.

En el Capítulo Cuarto me referiré a como se encuentran reguladas las uniones de hecho, en materia civil, en especial con respecto a la sucesión por causa de muerte, el bien familiar, la adopción. En materia penal, exclusivamente, nos referiremos al Código Penal; en materia laboral nos referiremos al Código del Trabajo y lo señalado por el Decreto Ley 3.500; y en materia procesal, nos referiremos a los tres cuerpos legales más importantes que dicen que regulan esta materia, así estudiaremos algunas disposiciones

referentes a las uniones de hecho que se encuentran contenidas en el Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal y el recientemente aprobado Código Procesal Penal.

Finalmente, en el Capítulo Quinto se analizarán algunos de los diversos fallos que han pronunciado nuestros tribunales de justicia, a propósito de la familia de hecho, para solucionar los problemas que la falta de regulación de esta realidad provoca. Debiendo recurrir a otras instituciones jurídicas para solucionar los conflictos sometidos a su conocimiento.

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA, CONCEPTO Y CLASIFICACIONES

1.1- Etimología

No existe certeza de cual es el origen de la palabra familia, es por ello que son diversas las teorías que los distintos autores han expresado al respecto. En palabras de VALVERDE “familia ha de expresar una mayor o menor extensión de relaciones, adquiriendo matices diversos en cada lengua y en cada pueblo, en los diferentes momentos de su historia jurídica, es esencialmente variable, hasta el extremo de resultar casi estéril la labor del filólogo”.¹

Sin embargo, es necesario revisar las distintas orientaciones que etimológicamente tiene la palabra familia:

La primera de ellas señala que “familia” tendría su origen en los vocablos sánscritos “Dha” -que significa asentar- y “Dhaman” -que significa asiento, morada, casa-, es así como la palabra familia según esta teoría expresa o designa la sociedad domestica, el estado de la casa.²

Por otra parte el origen de “familia”, según TAPARELLI³ proviene del vocablo Osco “famel”, el cual deriva del vocablo latino “fames” que significa “hambre”, la

¹ VALVERDE Y VALVERDE, CALIXTO, “Tratado de Derecho Civil”. 3 ° ed. Valladolid, Talleres Tipográficos Cuesta Macias, 1926, t. IV, p. 9.

² Ibídem, p. 9.

³ Citado por HAMILTON, EDUARDO. “Familia y Estado”. Santiago, Imprenta Walter Gnadt, 1933, p. 14.

relación entre estos vocablos residiría, en que es en la familia, en su seno en donde se satisfacía la necesidad de alimento.

Por último, algunos autores señalan que familia deriva del vocablo “famulus”, que designa a los que moran con el señor de la casa y especialmente a los esclavos, vocablo que se relaciona con el verbo Osco “faamat” (habitar), el cual provendría del sánscrito “vama” (hogar, habitación), por lo que familia significaría hogar, el que se encuentra compuesto por la mujer, los hijos legítimos, y los esclavos domésticos, en oposición con los esclavos rurales o servi.⁴

De acuerdo a lo señalado anteriormente resulta poco útil la etimología del vocablo familia, para determinar su concepto puesto que dichas explicaciones se centran en el lugar físico (casa u hogar) que ocupaba la familia, sus integrantes y los elementos esenciales ligados a la casa u hogar como los esclavos.⁵

1.2- Evolución

En las sociedades arcaicas según MORGAN y antes de que se impusiera el matrimonio monogámico, la civilización humana transitó en una etapa de salvajismo y de barbarie. En el inicio de la etapa de salvajismo existía una promiscuidad sexual, la que derivó con posterioridad en los matrimonios por grupos, que consistía en que grupos enteros de hombres se unían con grupos enteros de mujeres, los que se pertenecían recíprocamente. Dichas uniones sufrieron variantes con el transcurso del tiempo, lo que trajo consigo el surgimiento de dos tipos de familias, la familia consanguínea, en la cual se excluían a madres e hijos del comercio sexual, y la familia punulúa en la que se eliminan no sólo los contactos sexuales entre los ascendientes y descendientes, sino también los matrimonios entre hermanos.

⁴ En este sentido VALVERDE Y VALVERDE, CALIXTO, Ob. Cit., y RAMOS PAZOS, RENÉ. “Derecho de Familia”, 3° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, t. I, p. 9.

⁵ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. “Derecho y Derechos de Familia”. Lima, Editorial Jurídica Griley, 2005, p. 22.

En el estado de barbarie, surge la familia sindiásmica, con ella aparece la vida en pareja, exigiéndose fidelidad exclusivamente a las mujeres, esto determina que la descendencia se estableciera por la línea materna, debido a la poca claridad que existe a la hora de determinar quién es el padre de los hijos.⁶ La incertidumbre de la paternidad existente en épocas pretéritas, como consecuencia de la promiscuidad de sexos y la poligamia, concepto que no necesariamente va unido al matriarcado, pues puede presentarse aún en la familia monogámica. MORGAN elabora su teoría del matriarcado; que es anterior al patriarcado, el que se presenta en una evolución superior del hombre. En el matriarcado, el parentesco es fijado por la línea materna, en desmedro del padre quien a pesar de ello, sigue siendo el jefe de la familia. Sin embargo, y al decir de DE COSSIO “la familia tanto en Roma como en Grecia se organizaba estrictamente sobre una base patriarcal”.⁷

Según lo expresado anteriormente la familia habría transitado por diferentes etapas en su evolución, estas son primero, la promiscuidad ilimitada, seguida de una familia en que el matrimonio está sólo prohibido entre padres e hijos más no entre parientes, la familia punulúa, la familia matriarcal, la familia patriarcal la que se presenta esencialmente poligámica, para finalmente llegar a una época en que la familia es monógama.⁸

Otros autores señalan que la primera de las teorías de la evolución de la familia tiene su origen en la Biblia que consagra una familia basada en la descendencia proveniente de una pareja única, con un grupo familiar extenso, que reconoce la autoridad del padre, el que tiene poder sobre su pareja, hijos, nietos, y esclavos, lo que

⁶ MORGAN “La Sociedad Primitiva” citado por MIZRAHI, MAURICIO L. “Familia, Matrimonio y Divorcio”. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001, p.11 y 12.

⁷ DE COSSIO, ALFONSO. “Instituciones de Derecho Civil”. Madrid, Alianza Editorial S.A., 1975, t. II, p. 714.

⁸ HAMILTON, EDUARDO. “Familia y Estado”. Santiago, Imprenta Walter Gnadt, 1933, p. 31.

da origen a la llamada familia patriarcal, que en palabras de A. FUSTEL DE COULANGES “la familia patriarcal de la antigüedad clásica, sobre todos los primeros tiempos de ésta se fundaba principalmente sobre el culto a los muertos, a los antepasados, el cual se practicaba privadamente en el hogar sólo por cada familia para sus propios muertos”.⁹ El patriarca o jefe de familia no sólo dirige el culto en ella, si no que también es el que imparte la justicia dentro del grupo familiar, por lo que se transforma en verdadero juez y sacerdote.

La familia patriarcal primitiva presenta las siguientes características:

- Trascendencia política acentuada;
- Potestad paterna vigorosa, considerada como suma de derechos, sin contrapeso de deberes;
- Autoridad absoluta sobre la mujer, sobre quien se ejerce una verdadera dominación;
- Desigualdad de sexos, tanto en lo social como en lo jurídico; y
- Reunión amplia de personas que componen la familia, todas las cuales dependen del padre de familia.¹⁰

Dentro de la evolución de la familia, es necesario analizar como se conformaron las familias de las principales civilizaciones antiguas, es así como a continuación se procederá a analizar la familia en Grecia, Roma, entre otras.

1.2.1- La Familia en Grecia

“En la antigua Grecia existían dos vocablos diferentes que dan cuenta del concepto de ‘familia’: El primero “oikos” quería decir, en sentido estricto, “casa” y por

⁹ Citado por RECASENS SICHES, LUIS. “Sociología”. México, Editorial Porma, 1964, p. 468.

¹⁰ FUEYO LANIERI, FERNANDO. “Derecho Civil. Derecho de Familia”. Santiago, Editorial Roberts, 1958, Vol. VI, t. I, p. 30.

extensión “patrimonio”. El segundo “oiketat” hacía alusión directa al conjunto de personas sujetas al señor de la casa: mujer, hijos y esclavos”.¹¹

La familia en Grecia “tiene un carácter civil, y no natural, siendo sus leyes más de Derecho Público que de Privado. Los matrimonios se celebraban no para la familia sino para la República; los hijos pertenecían al Estado antes que a los padres”.¹²

El Estado griego tiene una gran influencia sobre las directrices de las familias, fijando los criterios sobre los cuales se debe cimentar la educación de los hijos, a fin de ser útiles a éste, ya sea para la guerra o para actuar en sociedad, debiendo cumplir de buena manera con los deberes impuestos por la sociedad griega. El matrimonio cumplía la función de dar ciudadanos griegos en gran número al Estado, es por ello que se catalogó de infames a aquellos ciudadanos que se negaban a contraer matrimonio, pues éste era de vital importancia para las ciudades griegas, llegando incluso a reglamentarse las relaciones íntimas entre los esposos.¹³

El jefe de la familia al igual que en Roma, tenía un poder absoluto con respecto de los integrantes de ésta: la mujer, los hijos y los esclavos; pudiendo privar a los hijos de su vida en aquellos casos en que no fueran útiles a los propósitos del Estado.

1.2.2- La Familia en Roma

En la familia romana antigua el elemento sanguíneo no era un elemento determinante para formar parte de ésta, “lo que intervenía era la comunidad de culto; el

¹¹ PARRA M., VICTORIA y ZAVALA F., DINORA. “Familia: Cristalización de las Dinámicas de Poder”. Memoria para optar al título de Psicología, Universidad de Chile, Santiago, 2004, Profesor Guía: Foladori A., Horacio. p. 20.

¹² VALVERDE Y VALVERDE, CALIXTO. Ob. Cit., p. 25.

¹³ Ibídem, p. 26.

parentesco y, en consecuencia, el carácter familiar surgía en tanto se invocara el mismo hogar y se ofreciera la misma comida fúnebre a los mismos antepasados”.¹⁴

En esta época la familia gira en torno a la religión que profesa el grupo familiar, la cual posee sus propios dioses, al igual que sus cantos y rituales. La religión se caracterizaba por el culto y veneración de los antepasados comunes, existiendo una unidad religiosa entre todos los integrantes de la familia, incluso con respecto a los esclavos que se integraban a ella a través de una ceremonia especial, es esta la “familia gens”, “no entendida como una asociación de familias, sino como la familia misma, cuando hogar, tumba y patrimonio eran indivisible y que, hasta que se inició el proceso de desmembración, fue perpetuando de siglo en siglo su culto y nombre”.¹⁵

La familia se encontraba bajo la autoridad del “pater”, el cual gozaba de una serie de prerrogativas sobre los miembros que la componen, sobre la mujer ejercía un poder absoluto a través de la manus; la patria potestad sobre los hijos; y la potestas sobre los esclavos. Además de ejercer funciones de sacerdote, pues era el jefe supremo del culto familiar; de legislador, ya que era él quien dictaba las normas a las que debían someterse los demás miembros de la familia; de juez o magistrado siendo él quien aplicaba justicia dentro de su grupo familiar, ejerciendo el *ius puniendi*, que lo facultaba para incluso privar de la vida a alguno de los miembros del grupo familiar.

En lo que respecta a los bienes familiares el pater era el único dueño de todos ellos, no pudiendo ser titular del derecho de dominio sobre ningún bien los demás integrantes de la familia, ya que no tenían la calidad de sujetos de derecho, sin embargo, con el transcurso de los años se comenzó a admitir la institución del *peculio* a favor de

¹⁴ MIZRAHI, MAURICIO L. “Familia, Matrimonio y Divorcio”. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001, p.34.

¹⁵ *Ibidem*, p. 36.

los hijos. Además el jefe de la familia disfrutaba de los trabajos realizados por los miembros de ésta.

La mujer era considerada “*loco filiae*”, es decir, ocupaba una posición semejante a la de una hija de su marido, jurídicamente ocupaba el mismo lugar que sus propios hijos, por lo tanto, tenía la consideración de una hermana de ellos.

Al igual que en Grecia en Roma el concubinato tampoco era una situación ilícita jurídicamente, sobre la cual incluso se dictaron algunas leyes como, las leyes Julia de *aduleteris* y *Papia Poppaea*, a pesar de ello la concubina no tenía en derecho comparación alguna con la mujer legítima.¹⁶

Finalmente, como consecuencia del surgimiento del cristianismo muchos de los derechos que tenía el pater sobre la mujer y los hijos, fueron suavizándose en comparación a la forma como se habían originado e incluso algunos de ellos desaparecieron, de la misma manera que sucedió con alguna de las instituciones romanas.

1.2.3- La familia Germánica

El pueblo germano también se organiza sobre la base de dos tipos de familia uno amplio denominado “*Sippe*”, que es una comunidad representada por los agnados, cuyos vínculos se manifiestan a través del servicio militar de las armas, en la guerra, en la colonización, en el culto, en los efectos tutelares y de Derecho Sucesorio¹⁷, y la familia en un sentido estricto representado por la *Haus* (casa), erigida sobre la potestad del señor de la casa (*Munt*) que se extiende a la mujer, los hijos y los siervos o esclavos.

¹⁶ HAMILTON, EDUARDO. Ob. Cit., p. 66.

¹⁷ PUIG PEÑA, FEDERICO. “Compendio de Derecho Civil Español”. 3º ed. Madrid, Ediciones La Pirámide S.A, 1976, t. IV, p. 20.

El poder del señor de la casa o “mundium” no era un poder absoluto e ilimitado como lo es en Roma, sino como señala VALVERDE, “se concedía al marido, pero no con facultades absolutas, tampoco ilimitado, si no como un complemento a la capacidad de la mujer y los hijos, no se daba en beneficio del protector si no en interés de los protegidos”¹⁸, así el señor del hogar ejerce un poder tutelar sobre los miembros del grupo familiar. El poder que el padre tenía sobre los hijos no era con un carácter indefinido o perpetuo en el tiempo, como la patria potestas, sino que terminaba al llegar el hijo a cierta edad o al contraer matrimonio.¹⁹

A diferencia, de lo que sucede en el derecho romano la mujer y los hijos podían adquirir bienes y disponer libremente de estos, sin perjuicio de la tutela que el jefe de familia ejercía sobre ellos. El señor de la casa sólo ejercía funciones de administrador con respecto a los bienes que integraban la propiedad familiar (la casa y tierras que la rodeaban), la que pertenecía a la familia como conjunto, independiente de quien fuere el líder de ésta.

Es sólo con la aparición del cristianismo que la estructura patriarcal se atenúa, al igual que la patria potestad del marido sobre la mujer y los hijos, pasando de ser un poder absoluto e ilimitado en el mundo antiguo, a un poder de carácter tutelar, protector de los miembros de la familia, además de elevar el matrimonio al carácter de sacramento.

En la Baja Edad Media, y como consecuencia de los cambios sociales y económicos, la familia extensa común en el mundo antiguo comienza su transformación paulatina hacia una familia más pequeña o nuclear, en la que se incorpora sólo a los

¹⁸ VALVERDE Y VALVERDE, CALIXTO, Ob. Cit., p. 40.

¹⁹ HAMILTON, EDUARDO. Ob. Cit., p. 70.

parientes de grado más próximo, siendo los filósofos de la ilustración quienes concretan la composición del grupo familiar, circunscrita sólo al padre, madre e hijos.

1.3- Concepto

El concepto de familia no es unívoco, va a depender del lugar geográfico en el que nos encontremos, el tiempo y la sociedad, por lo cual se hace imposible dar un concepto de familia que trascienda en el tiempo y sea aplicable a todos los lugares y realidades sociales. Ello debido a que la familia es una realidad prejurídica, anterior al derecho, la que se presenta vinculada a la sociedad en la que surge, a sus convicciones sociales, culturales y religiosas.

Es como consecuencia de lo anterior que los autores han elaborado una multiplicidad de conceptos destinados a identificar a la familia, ya sea destacando las relaciones conyugales y de parentesco que surgen entre sus integrantes, otros acentuando la autoridad del jefe de la familia sobre la agrupación familiar y dando importancia a los vínculos de afecto y solidaridad familiar.²⁰

Debido a la necesidad de fijar el sentido y alcance de la palabra familia existen definiciones que amplían o restringen el número de integrantes de ésta. Los Códigos, por lo general, no definen a la familia, limitándose simplemente a conceder o desconocer derechos y obligaciones a los miembros de ella, y extendiendo o restringiendo las relaciones familiares de acuerdo al efecto jurídico que se desea producir.

Es por lo anterior necesario señalar algunas de las definiciones que los autores extranjeros y nacionales han señalado con respecto a la familia:

²⁰ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. Ob. Cit., p. 26 y sig.

DE COSSIO define la familia desde tres esferas, primero en un sentido restringido expresando que la familia se encuentra compuesta por los padres y los hijos, en un sentido amplio considerando miembros de la familia a todos los individuos que reconocen un antepasado en común, y finalmente en un sentido, podríamos decir amplísimo, en el que se considera parte de una familia a los individuos que se encuentran emparentados con cualquiera de los dos cónyuges.²¹

Para NIMKORFF familia es “una comunidad más o menos duradera de esposo y esposa, con o sin hijos, o de hombre y mujer solos o con hijos”²², para este autor la familia es una comunidad, que debe ser siempre estable, permanente, ya sea por más o menos tiempo, pero siempre duradera, además señala que esta comunidad más o menos duradera en el tiempo puede estar conformada por esposo y esposa o por un hombre y una mujer, con lo que se reconoce la existencia de una familia matrimonial y extramatrimonial, pudiendo en ambas existir o no descendencia.

Eduardo ZANNONI²³ distingue entre la familia desde el ámbito sociológico y el ámbito jurídico, señalando que familia es en el ámbito sociológico un “régimen de relaciones sociales institucionalizadas a partir de la unión sexual y la procreación”, así se destaca la unión sexual como un hecho biológico y como punto de partida de la familia, que trae como consecuencia la procreación de los hijos. En el ámbito jurídico la familia es “el conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos, interdependientes y recíprocos, emergentes de la unión sexual y la procreación”, en esta definición se mantiene el elemento biológico de la unión sexual y la procreación, pero se le agrega un elemento, el vínculo jurídico, vínculo sin el cual no existe familia, no existe la relación

²¹ DE COSSIO, ALFONSO. Ob. Cit., t. II, p. 713.

²² Citado por LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L. “Derecho de Familia”. 4° ed. Barcelona, José María Bosch Editor, 1997, p. 11.

²³ ZANNONI, EDUARDO. “Derecho de Familia”. 1° Reimpresión. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1981, t. I, p. 3 y 5.

familiar, aún cuando exista unión sexual y la consiguiente procreación. Esta familia considerada como una categoría jurídica puede tener un sentido amplio, en la que se incluyen todos los individuos entre los cuales existan vínculos de carácter jurídico, ya sean estos de parentesco o matrimonio, y en un sentido restringido entendiéndose por tal, la que comprende exclusivamente a los cónyuges (marido y mujer) y los hijos sin importar que ellos convivan con sus padres en el hogar común y bajo su patria potestad, o no convivan con éstos por haberse emancipado, como consecuencia de haber alcanzado la mayoría de edad o por haber contraído matrimonio.²⁴

El maestro italiano Antonio CICU, define familia como “conjunto de personas unidas por vínculos de consanguinidad o de afinidad”.²⁵ De la definición se desprende que para CICU sólo es familia aquella en que sus miembros se encuentren unidos por un vínculo jurídico de consanguinidad o afinidad, independiente de la concepción de familia y de la regulación que el legislador establezca.

DÍEZ-PICASO expresa que la familia en su ámbito espontáneo hace referencia a las personas que tienen un ascendiente común, la idea de familia desde este ámbito parece no ser exacto puesto que, agrega DÍEZ-PICASO, basta con considerar que existe familia aún cuando no existe consanguinidad y a la inversa puede existir consanguinidad más no relación familiar. Una segunda acepción de familia alude a aquellas personas que viven juntas y comparten un hogar y destino común. Finalmente, señala que existe familia entre aquellas personas que se encuentra sometidas a la potestad o autoridad que el jefe del grupo ostenta y que tiene por objeto las personas, tierras, ganados y aperos.

²⁴ ZANNONI, EDUARDO, Ob. Cit., p. 6.

²⁵ CICU, ANTONIO. “Derecho de Familia”. Buenos Aires, Editorial Sociedad Anónima Editores, 1947, p. 27.

Así llega a la conclusión de que más que hablar de familia en singular es preciso hablar de familias.²⁶

Finalmente PUIG-PEÑA señala que familia es “aquella institución que asentada sobre el matrimonio, enlazada, en una unidad total, a los cónyuges y sus descendientes para que presidida por los lazos de 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”, por tanto, la familia es una institución, porque es permanente y propia de la naturaleza del hombre, con sus principios y elementos que no cambian por los antojos de los individuos que la componen; y se basa exclusivamente en el matrimonio, ya que es este el que le da la existencia legal a la unión familiar. Sin perjuicio, del reconocimiento que el legislador realiza de otras uniones familiares, que también son consideradas como una familia más no como “la familia”; enlaza a cónyuges y descendientes, vincula a los cónyuges con los hijos o descendientes. Sin embargo, no forman parte de la familia, los parientes, aún cuando el ordenamiento jurídico le reconoce ciertos derechos como en materia sucesoria; satisface la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana, pues es en la familia en la cual sus miembros se desarrollan tanto física como intelectualmente, es en ella en donde se satisfacen las necesidades espirituales y físicas, formándose el carácter y la personalidad de sus miembros.²⁷

Entre los autores nacionales la familia es definida de las siguientes maneras:

Para SOMARRIVA familia es un “conjunto de personas unidas por el vínculo de matrimonio, del parentesco o de la adopción”.²⁸ En el mismo sentido la define FUEYO,

²⁶ DÍEZ-PICASSO, LUIS y GULLÓN, ANTONIO. “Sistema de Derecho Civil”. 7º ed. Madrid, Editorial Tecnos, 1997, t. IV, p. 30.

²⁷ PUIG PEÑA, FEDERICO. Ob. Cit., t. IV, p. 18 y sigs.

como aquella en que quedan comprendidos no sólo los individuos que resultan de relaciones conyugales autorizadas por la ley (familia legítima), sino también aquellos que proceden de uniones extramatrimoniales (familia natural), además de los que se unen por un efecto psicológico, que no es ni legal ni simplemente biológico (familia adoptiva)²⁹, como se puede apreciar ambos profesores consideran a la familia en una forma amplia, ya que consideran familia no sólo a aquella surgida como consecuencia del matrimonio, sino también a aquellas que surgen producto de un hecho, la convivencia entre un hombre y una mujer, además de la familia adoptiva.

CORRAL expresa que familia “es aquella que, iniciada o basada en la asociación 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 el 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”.³⁰ Como puede observarse la definición consagra los tres aspectos mencionados anteriormente y en los cuales se sostienen las distintas definiciones de familia, es decir, las relaciones conyugales y de parentesco, al decir que la familia es la que se inicia o se basa en la unión o asociación de un hombre y una mujer en forma permanente y con fines de generación. En segundo lugar, destaca la autoridad del jefe de familia, al señalar que las personas que componen la familia viven bajo la autoridad que se le concede a uno o más integrantes de ella. Finalmente, destaca que lo que las mantiene unidas, es su relación de afecto y parentesco de sangre. Hay que mencionar que CORRAL parte su análisis reconociendo como única familia a aquella surgida del matrimonio.

²⁸ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL. “Derecho de Familia”. 1º ed. Santiago, Editorial Nascimento, 1946, t. III, p. 10.

²⁹ FUEYO LANIERI, FERNANDO. Ob. Cit., p. 16.

³⁰ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. Ob. Cit., p. 32.

Como se puede apreciar tanto los autores nacionales como extranjeros no coinciden en un concepto único de familia. Lo que se presenta es un concepto, con mayor o menor amplitud, que depende de los efectos jurídicos que se pretenden obtener, además de verse influidos y sin poder dejar de lado los aspectos sociológicos que una institución como la familia generan. Es así como muchas definiciones pretenderán dar exclusividad al término familia, a fin de identificar con él, a la familia basada en el matrimonio. Para otros, el concepto de familia será más amplio incluyendo también a la familia de hecho o uniones afectivas de hecho, entre otras tipologías de familias.

Las autoridades nacionales tampoco han permanecido ajenas a esta discusión, así el Informe de la Comisión Nacional de la Familia, define familia como aquella compuesta por “un grupo social unido entre sí por vínculos de consanguinidad, filiación (biológica o adoptiva) y de alianza incluyendo las uniones de hecho cuando son estables”³¹, “por otro parte, el Ministerio de Panificación y Desarrollo del Gobierno de Chile, a través de la Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional (CASEN), define y plantea que el “núcleo familiar, agrupa a parte de los miembros de un hogar, y se conforma por la presencia de una pareja, legal o de hecho, con los hijos solteros dependan o no económicamente de la pareja y que no formen otro núcleo. También, están en el mismo núcleo otros menores de 18 años, parientes o no parientes, que dependan económicamente de la pareja o del jefe de familia reconocido por el núcleo y que no tengan ascendientes directos en el hogar. Otros núcleos familiares los constituirán personas que cumplan parcialmente algunas de las especificaciones de la definición anterior, por ej: padres solteros o separados con hijos, personas solas o con un pariente a su cargo”³², como se puede apreciar, mediante las definiciones anteriormente transcritas, queda de manifiesto que las autoridades nacionales reconocen la existencia

³¹ SERVICIO NACIONAL DE LA MUJER. “Informe Comisión Nacional de la Familia”. Santiago, 1993, p. 35.

³² MINISTERIO DE PALNIFICACIÓN Y DESARROLLO DEL GOBIERNO. Santiago, 2000. citado por PARRA M., VICTORIA y ZAVALA F., DINORA. Ob. Cit., p. 26.

de la familia de hecho conjuntamente con la familia surgida como consecuencia del matrimonio, aquello no significa que deba existir un estatuto jurídico idéntico para ambas familias lo que no impide que se dicte un conjunto de normas propias de este tipo de uniones, destinadas a regular la existencia y efectos de la familia de hecho.

En conclusión, el término familia como sucede con otros conceptos jurídicos se entrelaza con consideraciones de carácter sociológicas, por lo cual es imposible elaborar un concepto de familia de naturaleza único y universal. Por lo tanto, “más exacto que hablar de familia en singular, como institución universal y única, sería hablar de “familias” en plural para designar modelos con arreglo a los cuáles los grupos humanos se han organizado históricamente”.³³

1.4- Naturaleza jurídica de la familia

Determinar cual es la naturaleza jurídica de la familia no es una cuestión que resulte fácil, es por ello que han surgido entre los autores y a lo largo de los años distintas teorías, destinadas a explicar los derechos y obligaciones que nacen como consecuencia de la organización familiar. Tres son las teorías que han surgido para explicar su naturaleza, la familia como persona jurídica, como organismo jurídico, y finalmente como institución, a continuación se analizarán brevemente cada una de ellas.

1.4.1- Persona Jurídica

El principal exponente de esta concepción de la familia es el jurista francés SAVATIER, sostiene que la familia es una persona moral o jurídica, debido a que ella es titular de derechos tanto de carácter patrimoniales como extra-patrimoniales, derechos que tienen como único titular a la familia, como un ente colectivo, y no al o a los individuos que la componen. Dentro de los derechos patrimoniales de los cuales es

³³ DÍEZ-PICASSO, LUIS y GULLÓN, ANTONIO. Ob. Cit., p. 30.

titular la familia se encuentran aquellos que tiene sobre los bienes que componen el acervo familiar (los sepulcros de familia, las legítimas hereditarias). Entre los derechos extra-patrimoniales se encuentran principalmente el nombre patronímico de la familia y los derechos que surgen de la patria potestad que se tiene sobre los hijos, entre otros.³⁴

En Francia la doctrina de SAVATIER no ha sido unánimemente aceptada, sin embargo, juristas como los hermanos MAZEAU³⁵ sostienen que mediante una reforma legislativa debería consagrarse la personalidad jurídica de la familia en el Derecho Civil francés. La generalidad de la doctrina tanto en Chile como en el extranjero, no acepta esta tesis, basándose en que todas las personas jurídicas son sujetos capaces de ejercer derechos y de contraer obligaciones, situación que no sucede en la familia, puesto que esta carece de voluntad y de capacidad jurídica para obligarse frente a cualquier otro sujeto de derecho. Además los derechos o facultades que el legislador establece y que se pueden atribuir a la familia como una persona jurídica propiamente tal, en realidad no lo son, ya que ellos no son otorgados en favor de la familia como un ente colectivo, sino sólo a algunos de los individuos que la componen, personas individuales que los ejercen, por su propia voluntad y sin necesidad de actuar a través de la familia. A pesar de ello, es preciso reconocer que estos derechos surgen como consecuencia de que el individuo forma parte del grupo familiar.

1.4.2- Organismo Jurídico

El más importante propulsor de esta tesis es el maestro italiano Antonio CICU, quien plantea que la familia no es bajo ninguna circunstancia una persona jurídica, pero si es un organismo, puesto que existe entre los individuos que la componen una

³⁴ En este sentido CORRAL TALCIANI, HERNÁN. Ob. Cit., p. 37. y ZANNONI, EDUARDO, Ob. Cit., p. 14.

³⁵ MAZEAUD, HENRI, LEÓN, JEAN. "Lecciones de Derecho Civil". Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959-65, t. I, v III, p.10.

interdependencia y una dependencia a un fin de carácter superior, así “hay organismo aunque no exista personalidad, porque hay vínculo recíproco de interdependencia personal; lo que significa que falta en las relaciones familiares la independencia, la libertad, la autonomía, que distinguen las relaciones, especialmente las patrimoniales del Derecho Privado”.³⁶

El carácter de organismo que presenta la familia, se genera por la circunstancia de que los individuos que la componen no tienen derechos individuales, sino que entre ellos surgen vínculos de reciprocidad, interdependencia y de subordinación, destinados a un fin de naturaleza superior, el interés familiar, de igual manera que sucede en el Estado. Se señala además, que a pesar de no existir como ocurre en el Estado una organización permanente, estable y unitaria del poder, si existe una subordinación de los individuos que componen la familia, una relación de subordinación a un poder superior, que se presenta como un “poder organizado a un fin, y el investido del poder no es más que un llamado al ejercicio de una función, que esta es la posición del padre y del tutor en la familia”.³⁷

Sin embargo, el maestro CICU con motivo de la publicación en 1955 de su libro titulado “Principios Generales del Derecho de Familia”, enmendó su teoría original con respecto a la analogía planteada entre la familia y el Estado, expresando la imposibilidad de trazar esta similitud, en razón de que no existe en el derecho de familia el concepto de soberanía, pues la soberanía es ejercida por el Estado sobre todos los individuos y en forma ilimitada en el tiempo, a diferencia de lo que sucede con el poder en la familia que se ejerce sobre personas y por un tiempo determinado.

³⁶ CICU, ANTONIO. Ob. Cit., p. 119.

³⁷ *Ibidem*, p. 118.

1.4.3- Institución Social

La generalidad de la doctrina sostiene que la familia es una institución social. Entendida como una “institución que trasciende como un conjunto de pautas de conductas internalizadas que se aplican a una determinada categoría de relaciones sociales, en este caso, las familiares. No cabe duda de que la familia es, por tanto, una institución social que participa del concepto de institución”³⁸, definida como la “creación social permanente, subordinada a un fin duradero, históricamente adaptable, y en la que los individuos, jerárquicamente organizados, cumplen funciones preestablecidas”.³⁹ La familia es una institución que trasciende a las épocas y a los individuos, no se modifica por los meros caprichos de los miembros que la conforman, es decir, la familia considerada como institución no se encuentra sujeta a la voluntad de las personas que la componen.

1.5- Tipologías de Familias

La familia a pesar de ser una institución que emana de la naturaleza del hombre, y que como institución que es, no sufre cambios por la voluntad de los individuos que la conforman, ello no implica que la familia sea inmune a los cambios sociales que ocurren en las distintas sociedades a lo largo del tiempo, debido a factores económicos, como son la necesidad de aumentar los niveles de ingreso en la familia para que los miembros de ella tengan una vida mejor, lo que ha traído consigo el ingreso de la mujer al campo laboral, o a factores culturales, como lo es que el matrimonio ya no es indisoluble, por lo que surgen nuevas uniones, etc.

³⁸ ZANNONI, EDUARDO. Ob. Cit., p. 21.

³⁹ FUEYO LANIERI, FERNANDO. Ob. Cit., p. 18.

En palabras de Sandra Domínguez “la estructura tradicional de la familia, así como su interacción funcional se ven afectados por presiones externas, sociales, que llevan a modificar su formación. El auge del industrialismo, sacudió la estructura familiar ya no se necesita una familia extensa la cual jugaba un papel preponderante en la economía agrícola, sino una familia más pequeña, con menos hijos, con nuevos valores de una cultura urbana, donde por necesidades económicas en su mayoría las mujeres dueñas de su independencia son atraídas hacia el mercado laboral”⁴⁰, como consecuencia de lo anterior han surgido nuevos tipos de familia, formados con caracteres distintos y variados a aquellos que existieron en un momento histórico determinado, los que también desean protección por el legislador, tanto como la familia “clásica”, es decir, la conocida con el nombre de familia matrimonial.⁴¹

A continuación se examinan las diversas tipologías familiares que han surgido como consecuencia de los cambios sociales.

⁴⁰ DOMÍNGUEZ, SANDRA. “Diversas Formas Familiares Mutación Familiar”, obra contenida en los apuntes de GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ, “Diversas Formas de Familia (varios artículos)”, Universidad de Chile.

⁴¹ X CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE FAMILIA, El Derecho de Familia y Los Nuevos Paradigmas. Comisión N ° 1, Posprincipios Jurídicos en la Familia de Nuestros Días, 1998, Mendoza, Argentina. “I- La familia atraviesa hoy grandes transformaciones; ello exige una labor socio jurídica de prudente reflexión. porque si bien la familia, como realidad social, presenta íntima relación con las transformaciones sociales operadas, tales procesos no ocurren de manera simultánea en la comunidad internacional. En opinión creciente, tampoco hay un modelo susceptible de análisis que pueda construirle objeto genérico de reducción de las diversas y complejas estructuras familiares. II- Es posible hoy hablar de nuevos paradigmas en el derecho occidental. Porque los cambios sociales permiten proponer una sistematización de nuevos planteos que dinamizan al Derecho de Familia actual. Por eso se puede decir que el derecho de familia está en etapa de transición. Este emergente derecho de familia surge, en gran medida, como efecto obligado de la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos, ya que tales tratados corresponden a una concepción de familia que se hace cargo de las transformaciones sociales, políticas y culturales actuales” .

1.5.1- Familia Extensa

Esta familia se encuentra conformada por el padre, la madre y los hijos, junto con parientes consanguíneos y/o afines, los que pueden en algunos casos residir en un hogar común y sujetos a una misma autoridad, y en otros a través del contacto íntimo y continuo entre sus miembros, sin la existencia de una vivienda común.

1.5.2- Familia Nuclear

Es aquella compuesta por el padre, madre e hijos comunes y que desarrollan su convivencia en un mismo hogar, de manera separada e independiente de la de sus familias de origen.

1.5.3- Hogar Unipersonal, Estructura Unipersonal, Ciclo Individual

Generalmente corresponde a una persona adulta que no comparte el lugar en donde vive, sin perjuicio de la existencia de relaciones erótico afectivas o de pareja y filiales. Se presenta por opción o necesidad (viudez), se desarrolla en aquella parte de la sociedad que ha vivenciado procesos de conyugalidad y parentalidad, primando en los sectores altos de la población.

Este tipo de convivencia no es susceptible de ser considerada familia, ya que el término familia denota un grupo, es decir, debe estar conformada por dos o más personas, en consecuencia, no es factible considerar a una sola persona como una familia.

1.5.4- Familia Unipersonal o Monoparental

Se genera ya sea porque, desde su inicio se estructura en forma monoparental centrándose en la figura del padre o la madre, debido por ejemplo a la adopción de un menor por parte de una persona soltera (madre soltera) o viuda; o producto de la destrucción de la unión parental–conyugal, es decir, falta el padre o la madre, como consecuencia de una separación, fallecimiento, ausencia temporal o definitiva, entre otras causas, constituyéndose entre los habidos una familia incompleta.

1.5.5- Familia Matrimonial

Para muchos autores constituye la única forma de familia posible, la que tiene su origen y fundamento en el matrimonio. La familia matrimonial es aquella en que los miembros de la pareja se encuentran unidos por un vínculo jurídico que nace de la celebración del matrimonio, el que se realiza de acuerdo a las normas establecidas para el efecto por el Derecho de Familia.

1.5.5- Familia de Hecho o Uniones Consensuales

Son aquellas en las que existe una comunidad de hecho y techo, que tienen un carácter permanente y que se desarrolla como si se tratara de un verdadero matrimonio.⁴²

1.5.6- Familia Reestructurada, Recompuesta, Reconstituida, Simultánea

Tiene antecedentes en las segundas nupcias, por haberse desintegrado la unión parental–conyugal anterior, conformándose una nueva unión, ya sea a través del

⁴² En el Capítulo III del presente trabajo se analizarán en profundidad las uniones afectivas de hecho.

matrimonio o de una unión consensual. En otras palabras uno o ambos individuos que componen la nueva unión vienen de tener otras relaciones afectivas de pareja o de la disolución del vínculo matrimonial.

Esta familia también recibe el nombre de familia madrastral o padrastral dependiendo de si es la mujer o el hombre respectivamente, quien entra a cumplir funciones de madre o padre sobre los hijos de la nueva pareja.⁴³

1.5.7- Familia Agregada o Ensamblada

En palabras de QUIROZ⁴⁴ “es aquella unidad familiar formada por dos personas divorciadas, con hijos, que se casan entre sí, aportando los hijos de sus relaciones matrimoniales anteriores. En su dinámica se descubren “los hijos tuyos”; “los míos”; además, “los tuyos del primer matrimonio”; más “los del segundo”; “los míos del primero”; “los del segundo” y “los nuestros actuales”.

1.5.8- Familia Adoptiva

Es aquella que tiene su origen en un acto jurídico o en una resolución judicial emanada de un proceso de adopción, creando entre dos personas, vínculos de parentesco y filiación, personas entre las cuales no media necesariamente un vínculo de parentesco por consaguinidad.

⁴³ Para mayores antecedentes de este tipo de familias ver “Familias Ensambladas”. GROSAN, CECILIA P. y MARTINEZ ALCORTA, IRENE. Buenos Aires, Editorial Universidad, 2000.

⁴⁴ QUIROZ NEIRA, MARIO, Ob. Cit., p.15.

CAPÍTULO II

LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

2.1- Evolución Constitucional

Durante toda la historia constitucional de nuestro país, las constituciones se han preocupado de la familia, unas más que otras, algunas en términos implícitos, otras de manera explícita -Constitución de 1925-, sin embargo, ningún texto constitucional ha señalado que es lo que debe entenderse por familia.

En una primera época los textos constitucionales se refieren a la familia en forma tangencial, a propósito del comportamiento que debe tener un ciudadano o autoridad, como parte de los requisitos para obtener la nacionalidad por parte de los extranjeros, pues se tomaba en consideración las relaciones de familia que existieran para disminuir o aumentar los años de residencia en Chile requeridos para poder obtener la nacionalidad, o a propósito de los requisitos fijados para ser ciudadano con derecho a sufragio.

Es sólo a partir de la dictación de la Constitución de 1925 que se contempla en forma explícita referencias a la familia, en palabras del profesor Alejandro SILVA BASCUÑAN “por primera vez en Chile la Constitución de 1925 incorpora algunas referencias a la familia”⁴⁵, estas referencias son incorporadas en el Capítulo de Las Garantías Constitucionales (propiedad familiar, inviolabilidad del hogar, acceso al trabajo que asegure el bienestar de la familia).

⁴⁵ SILVA BASCUÑAN, ALEJANDRO. “El Divorcio ante el Derecho Constitucional”. Controversia sobre la Familia y Divorcio. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1997, p. 103. Citado por ROYER, DANIELA. Ob. Cit., p. 18.

A continuación se procederá a examinar las distintas Cartas Fundamentales del país, comenzando por el proyecto Constitucional de 1818, pasando por los textos Constitucionales de 1822, 1823, 1833, para finalizar con la Constitución de 1925. La Constitución de 1980 se examinará en el número siguiente en razón de su importancia.

2.1.1- Constitución Provisoria de 1818

El Proyecto Constitucional se refiere al término familia al regular en su capítulo segundo los deberes del hombre, señalando que el hombre debe comportarse como un buen padre de familia, también se menciona a la familia en su capítulo tercero a propósito de la Cámara de Apelaciones y de los montepíos que recibirían los funcionarios ahí señalados, finalmente la Constitución consagra la prohibición de declarar bajo juramento en las causas criminales de los reos, además de precisar que las penas a las que es condenado un delincuente no se transmiten o traspasan a su familia.

2.1.2- Constitución Política de la República de 1822

La Constitución de 1822 expresa, en su artículo 2, que la nación chilena es libre y no pertenece a ninguna familia. Esta Carta fundamental es la primera en la historia constitucional chilena en incorporar en sus disposiciones materias de nacionalidad, fijando los requisitos para que los extranjeros opten a ella, estableciendo distinciones basadas en sus relaciones de familia para acceder a ella. Es así como la Constitución fija un régimen más favorable a los extranjeros casados con chilena, ya que exige tres años de residencia en el país, a diferencia de lo que sucede en el caso de extranjeros casados con extranjeras, situación en la que se exige cinco años de residencia, sin perjuicio de cumplir con otros requisitos como son el realizar una actividad o poseer un determinado capital.

El artículo 9 no hace más que repetir casi en forma idéntica lo expresado por el artículo 5 del Proyecto Constitucional de 1818, con la salvedad que no se refiere ya

individuos si no al ciudadano chileno, señalando nuevamente que es su deber comportarse como un buen padre de familia.

Finalmente, el artículo 14 señala quienes son ciudadanos, precisando que lo son aquellos quienes cumplan con los requisitos del artículo 4 -ser chilenos-, saber leer, escribir, además de fijar un requisito de edad el cual se encuentra relacionado con las relaciones de familia, mas precisamente con el estado civil de los ciudadanos, pues si se encuentran solteros se requiere veinticinco años de edad para obtener la ciudadanía, pero en caso de encontrarse casados el requisito de edad disminuye a los veintiún años de edad para poder ser ciudadano.

2.1.3- Constitución Política de la República de 1823

La Constitución de 1823, incorpora en su artículo 6, los requisitos necesarios para obtener la nacionalidad, requisitos que nuevamente se encuentran relacionados con el estado civil de los extranjeros, pero a diferencia de la constitución de 1822, el extranjero casado con chilena no tiene la obligación de residir en Chile, con respecto a los extranjeros casados con extranjeras, deben tener un año de residencia y no cinco años como en la Constitución de 1822.

Existe un fondo destinado al premio de los ciudadanos que se declaren beneméritos, en relación con el listado elaborado por el Senado, referente a la moralidad de aquellos, destinando dichos fondos al alimento de las viudas, hijos o padres.

2.1.4- Constitución Política de la República de 1828

Su texto se encontraba integrado por 134 artículos, mencionando a la familia sólo en tres de ellos. La Carta Fundamental nuevamente y al igual que el artículo 2 de la Constitución de 1822, señala que la nación chilena no pertenece a familia alguna. Se modifican nuevamente los requisitos para obtener la nacionalidad, pero siempre

estableciendo un estatuto más favorable a los extranjeros casados con chilena, así sólo requieren dos años de residencia en el país a diferencia de los extranjeros casados con extranjera que requieren seis años de residencia.

Los ciudadanos con derecho a sufragio son los chilenos mayores de veintiún años, sin perjuicio de quienes se encuentren casados pueden ser ciudadanos con una edad inferior a los veintiún años.

2.1.5- Constitución Política de la República de 1833

La Constitución de 1833 se refiere como todos los textos anteriores de forma implícita a la familia, nuevamente con motivo de los requisitos para obtener la nacionalidad, sin embargo, se incorporan tres situaciones que dice relación con el estado civil de las personas que le permiten ser chileno. Así los extranjeros que fuesen solteros requieren diez años de residencia, los extranjeros casados con extranjeras tienen que residir seis años pero además se le exige que tengan familia en Chile, finalmente si se encuentran casados con chilena, los años de residencia sólo se extendían a tres años, fuera de los requisitos anteriores se exige además el ejercicio de una profesión o tenencia de un capital y una declaración formal de avecindarse en Chile.

Con respecto a la ciudadanía, son ciudadanos con derecho a sufragio los chilenos que tuvieren veinticinco años si son solteros y veintiún años si son casados, se fija la edad mínima que debe tener el chileno casado situación que no ocurría en los textos anteriores, además se exige saber leer, escribir y poseer un capital o ejercer una profesión.

Por último, la Constitución incorpora la prohibición de declarar bajo juramento en causas criminales tanto para el reo como para su familia –descendientes, marido, mujer y parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad-, norma

que es bastante similar al artículo 24 del proyecto constitucional de 1818 y al artículo 19 N ° 7 letra F de la actual Carta Fundamental.

2.1.6- Constitución Política de la República de 1925

La Constitución de 1925 es la primera en la historia constitucional chilena en incorporar menciones explícitas a la familia, ya no estableciendo garantías a los individuos que forman parte de ella, sino como un todo como una “institución”. Las menciones se consagran en el capítulo destinado a las Garantías Constitucionales, a partir del artículo 10 N ° 10, inciso 3°, que asegura el derecho de propiedad en sus diversas especies, entre estas especies de propiedad asegura aquella de carácter familiar. Se consagra en su numeral 12° la inviolabilidad del hogar, en su numeral 14° la libertad de trabajo. Trabajo que debe tener una remuneración suficiente que permita una vida digna a la familia; se consagra el derecho a la seguridad social a fin de que cubra la imposibilidad de trabajar del jefe de familia. Finalmente, se establece en el artículo 18, la prohibición de declarar bajo juramento del inculpaado y de su familia, remitiéndome a lo señalado a propósito de la misma disposición en la Constitución de 1833.

2.2- Constitución Política de la República de 1980

El texto de la Constitución fue promulgado el 21 de Octubre de 1980, publicándose el Decreto aprobatorio en el Diario Oficial el 24 de Octubre del mismo año. La Constitución según su propio articulado entraría en vigencia seis meses después de su aprobación, es decir, el 11 de Marzo de 1981.

Desde la perspectiva iusnaturalista que marca el neo constitucionalismo surgido con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, la Constitución de 1980 incorpora en su articulado varias disposiciones en las cuales existe explícitas referencias a la institución familiar, entre las cuales se encuentran los inciso 1° y 5° del artículo 1.

La Constitución además incorpora una serie de disposiciones normativas en que se consagran prescripciones que suponen a la familia, es así que “cada vez que aparece el término hogar, como ocurre en el derecho fundamental que reconoce la Constitución a “la inviolabilidad del hogar”, (...) como asimismo, al usarse el término “población” se está implícitamente haciendo alusión al “conjunto de familias”, que son quienes configuran y constituyen la población de un país”.⁴⁶ Ejemplo de lo anterior es el inciso 3° artículo 1, inciso 2° artículo 5, inciso 1° artículo 9, números 1, 2, 3 del artículo 10, inciso 2° número 1 artículo 19, letra f número 7 artículo 19, letra h número 7 artículo 19, inciso 3° número 10 artículo 19, inciso 4° número 11 artículo 19, número 18 artículo 19, inciso 2° artículo 22, letra b artículo 96.

Sin embargo, la gran innovación de la Constitución, con respecto a sus predecesoras fue el reconocer a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, en su Capítulo de Bases de la Institucionalidad.

2.3- Artículo 1, inciso 2°

El ordenamiento jurídico interno al igual como sucede con los tratados internacionales, no incorpora en sus disposiciones una definición de familia, lo que “conlleva una suerte de incertidumbre a todo el campo familiar; pues no es posible entender de buena forma una institución cuyo significado y estructuración elemental se desconocen”.⁴⁷

En el ámbito de los tratados internacionales, dicha situación, es totalmente aceptable, ya que estos instrumentos internacionales son suscritos por Estados que profesan distintas orientaciones en materias religiosas, económicas, culturales entre otras

⁴⁶ SOTO KLOSS, EDUARDO. “La Familia en la Constitución Política”. En *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 21 N ° 2, 1994, p. 218 y sig.

⁴⁷ ROYER, DANIELA. Ob. Cit., p. 71.

lo que genera que cada uno de los Estados, entienda por familia algo totalmente diferente, es por ello que se produce una imposibilidad de fijar en el texto de una declaración o convenio un concepto único e indiscutido de familia. De acuerdo con lo anterior resulta lógico que los tratados internacionales empleen el término familia en un sentido amplio, sin hacer primar una familia por sobre otra.

Lo que sucede en el ámbito internacional, no es aconsejable que suceda en el ámbito interno y en especial a nivel constitucional, pues la indeterminación del término familia, trae consigo confusión en el legislador, debido a que le impide dictar una normativa clara con respecto a ella. Esta indeterminación en el ordenamiento interno y más específicamente en nuestra Carta Fundamental ha provocado que la doctrina de nuestro país se encuentre dividida con respecto a cuál es la familia que se encuentra protegida por la Constitución Política. Dos son las doctrinas que se han planteado, la primera de ellas señala que el artículo 1, inciso 2° de nuestra Carta Fundamental, al referirse a la familia sólo protege a aquella familia surgida como consecuencia de la celebración del matrimonio. La segunda plantea que la Constitución no distingue el tipo de familia que debe ser protegida, es por ello, que debe entenderse incorporada en el término familia también a las distintas formas de constituir familias, familias monoparentales, familias de hecho o uniones afectivas.

2.3.1- Análisis del Artículo 1, inciso 2°

El inciso 2° dispone lo siguiente:

“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”

Familia

Según el Diccionario de la Real Academia Española define familia como “grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas bajo la autoridad de una de ellas”⁴⁸.

⁴⁸ Ver Capítulo I con respecto al Concepto de familia.

Núcleo

El núcleo constituye el “elemento primordial al que se van agregando otros para formar un todo”, “parte o punto central de alguna cosa material o inmaterial”.

Fundamental

Es el “principio y cimiento en que estriba y sobre el que se apoya un edificio u otra cosa”.

Sociedad

La sociedad puede ser definida como: “Universo de hombres (humano) reunidos por causa de su mundanidad y sociabilidad (y politicidad) en virtud de su propia conducción según las formas de mutuo reconocimiento y conciencia recíproca, para el objetivo inteligente que es la persecución del bien común, espiritual y temporal”.⁴⁹

De lo expresado anteriormente se puede inferir que la Constitución contempla otros núcleos en su texto⁵⁰, ejemplo de ello son los grupos intermedios, pero el núcleo fundamental de la sociedad en el que se apoyan todos los otros elementos que se unen a él, lo constituye la familia, pues a su alrededor la sociedad se forma, y es a la familia que la entidades menores se unen. “Que la familia sea el “fundamento” de la sociedad no puede significar más que ella es “el principio y cimiento en que estriba y sobre el que descansa” la sociedad, de manera que se constituye en su “raíz, principio y origen”, sin el cual no puede subsistir (...). Supuesto lo anterior, la familia no sólo es el principio de la sociedad, sino también es el núcleo que le garantiza su sostén y mantenimiento, de modo

⁴⁹ VARELA DEL SOLAR, JORGE L. “Estudio sobre el Artículo Primero de la Constitución de 1980”. En *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 11, N ° 2, 3, 1984, p. 392.

⁵⁰ SILVA BASCUÑAN, ALEJANDRO. “Tratado de Derecho Constitucional”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Vol. IV, 1997, p. 35.

que en ella se ve un cuerpo que, por sí mismo, está destinado a la conservación de la sociedad”.⁵¹

La mayoría de los textos de las declaraciones y tratados internacionales se refieren a la familia como el “elemento” fundamental de la sociedad, así lo expresan la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁵² Sin embargo, la Comisión optó por considerarla no como “elemento fundamental”, sino como “base fundamental”, la razón para ello lo señaló el comisionado don Jaime Guzmán en la sesión 191 “considero bastante desafortunada la Declaración Universal de los Derechos Humanos en esta materia (...), porque, sostiene, que el elemento natural y fundamental de la sociedad no es la familia, sino que es el hombre. Si se dijera que la familia es la comunidad básica de la sociedad, sería más exacto, pero es evidente que el elemento natural y fundamental de la sociedad es el hombre y no la familia”.⁵³

En la sesión 45 de la Comisión Ortúzar⁵⁴ y a propósito de la consagración de la familia como núcleo fundamental se señaló que otorgarle dicho carácter de fundamental se apoyaba en sólidos argumentos, en primer término, la familia cumple un papel

⁵¹ BARRIENTOS GRANDON, JAVIER y NOVALES ALQUÉZAR, ARÁNZAZU. “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno”. 2^o ed. Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2004, p. 13 y14.

⁵² La Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce la familia en su artículo 16 como “*el elemento natural y fundamental de la sociedad (...)*”, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas expresa en su artículo 23 “*la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y (...)*”, La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo 6 señala “*toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad (...)*”, finalmente el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala en su artículo 17 “*la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y (...)*”

⁵³ Actas Oficiales de la Comisión De Estudio, sesión 191, p. 7.

⁵⁴ Actas Oficiales de la Comisión De Estudio, sesión 45, p. 7 y 8.

fundamental como es el de procreación, el de perpetuar el género humano. Sin perjuicio de ello, el rol de la familia no se agota en la procreación, ya que cumple además con proveer de los medios necesarios para que el nuevo individuo pueda satisfacer sus necesidades al momento de venir al mundo, hasta el momento en que pueda satisfacerlas por sí mismo. En conclusión, la familia cumple un rol fundamental como es la de proporcionar nuevos individuos o ciudadanos a la sociedad, pero su función no se agota sólo con ellos, pues debe preocuparse de alimentar, proteger y educar a esta nueva persona para que sea un verdadero aporte a la vida social.

A continuación procederé a exponer las teorías y cada uno de sus argumentos, que se han elaborado por la doctrina como consecuencia de la indeterminación del término familia en la Constitución.

2.3.2- Familia Matrimonial

Los autores partidarios de esta postura señalan que la familia tendría como único origen el matrimonio⁵⁵, por tanto “familia y matrimonio 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 (como, por ejemplo, cuando el matrimonio carece de descendencia)”.⁵⁶ Es así como los partidarios de esta postura no conciben una familia sin matrimonio, puede que exista otro tipo de uniones o de relaciones afectivas, pero jamás podrán estas uniones constituir una familia.

Entre los argumentos que estos autores postulan para sostener que la Constitución considera familia sólo a aquella basada en el vínculo matrimonial se plantean los siguientes:

⁵⁵ En este sentido CORRAL TALCIANI y SILVA BASCUÑAN.

⁵⁶ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. Ob. Cit., p. 48.

2.3.2.1-Historia Fidedigna de la Constitución

A- Silencio de las Actas de la Comisión Constituyente

A pesar de haber sido prolífera la discusión que se produjo en torno a la familia en el seno de la Comisión y de ser un tema de gran importancia, los comisionados no se pronunciaron en sesión alguna con respecto al concepto de familia, ni de las circunstancias o situaciones que el término incorporaba. Este silencio acerca del contenido del término familia, ha sido usado como un primer argumento para sustentar esta postura, pues se ha expresado que el hecho de que los comisionados no se hayan referido al tema de cual es la familia protegida por la Constitución, es precisamente porque se consideró que era lógico entender que la familia protegida, por el texto constitucional era la familia constituida por el matrimonio.

Por lo tanto, si los comisionados hubiesen querido que la Carta Fundamental al hablar de la familia incorporase a las uniones de hecho, hubiese sido necesario e indispensable una aclaración en tal sentido, situación que así lo han realizados otras Constituciones, que han incorporado en forma expresa dentro del concepto de familia a las uniones de hecho. Es así como la Constitución del Salvador de 1983, expresa “El Estado fomentará el matrimonio, pero la falta de éste no afectará el goce de los derechos que se establezcan a favor de la familia” (artículo 32), más adelante en su artículo 133 señala “la ley (...) regulará asimismo las relaciones familiares resultante de la unión estable de un varón y de una mujer”. La Constitución de Haití de 1987, en su artículo 260, también señala que la familia debe ser protegida provenga o no del matrimonio. Asimismo, la Constitución de Nicaragua de 1986 se pronuncia en igual sentido en su artículo 72.⁵⁷ Finalmente, la Constitución de Colombia en su artículo 42,

⁵⁷ ROYER, DANIELA. Ob. Cit., p. 94.

expresa que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”, como se puede observar todas las constituciones citadas anteriormente concuerdan en reconocer y otorgar protección, expresamente en sus textos tanto a la familia matrimonial y a la familia de hecho, situación que los partidarios de esta doctrina no observan en nuestra Carta Fundamental, por lo que se pronuncian en el sentido de que nuestra Constitución sólo se refiere a la familia basada en el matrimonio.

B- Sentido Natural y Obvio

Un segundo argumento es que los comisionados omitieron la discusión del término, pues en su concepto la familia debía entenderse en su sentido natural y obvio, siendo en este caso su sentido, el de la familia que surge como consecuencia del matrimonio, es así que “no cabe más que entender que lo que se quiso fue utilizar el vocablo “familia” en su sentido tradicional y clásico, que era y es el que la legislación civil vigente mantiene al regular las relaciones familiares sobre el matrimonio y al privilegiar esta institución como modo social y jurídicamente deseable de constituir una familia”.⁵⁸

C- Declaración de Principios Inspiradores de la Nueva Constitución

Existe una serie de documentos y declaraciones que los comisionados realizaron y en los cuales se expresaba los principios que orientarían su trabajo, entre dichos documentos se encuentra el memorandum dirigido a la Junta de Gobierno, bajo el título de “Metas u objetivos Fundamentales para la Nueva

⁵⁸ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. Ob., Cit. p. 56

Constitución Política de la Republica”, en este documento remitido a la Junta de Gobierno se expresaban los grandes y más importantes principios que inspirarían el nuevo texto constitucional, bajo el N ° 1 se expresa que el nuevo texto consagrará la “afirmación de valores permanentes de la chilenidad”, expresando que la Constitución “fortalecerá y destacará el imperio de los valores esenciales de la chilenidad y cuidará de preservar la identidad histórico – cultural de la Patria”, además agrega que “La estructura constitucional descansará en la concepción humanista cristiana del hombre y de la sociedad (...)”. A un año de haber iniciado su trabajo la Comisión Ortúzar emitió un informe, en que se expresa que “la nueva Constitución será un documento moderno, auténticamente chileno, en el sentido de que no estará inspirado en esquemas foráneos, sino que, por el contrario, se fundará esencialmente en la realidad nacional y en la idiosincrasia de nuestro pueblo (...)” luego expresa “toda estructura constitucional descansará en la concepción humanista –cristiana del hombre y de la sociedad, (...)”, finalmente en el Acta Constitucional N ° 2 se reitera que la nueva Constitución se inspira en los valores del humanismo cristiano.⁵⁹

Por lo tanto, sobre la base de los textos citados son dos los principios que debemos considerar para realizar el análisis, el primero de ellos lo constituyen los valores permanentes de la chilenidad, quienes sostienen esta postura señalan que la única familia que cumple con estos valores es la familia legítima, las otras formas de familia ofrecen dudas. El segundo de los principios es el de la Concepción Humanista Cristiana- en palabras de don Enrique Ortúzar expresadas en la sesión 162 de la comisión señala que “esta concepción reconoce únicamente como familia a la basada en el vínculo matrimonial, es más sólo a la familia matrimonial, monogámica e indisoluble”⁶⁰, por tanto si la Constitución

⁵⁹ SOTO KLOSS, EDUARDO. Ob. Cit., p. 219 y Sigs.

⁶⁰ Actas Oficiales de la Comisión De Estudio, sesión 162, p. 4.

esta inspirada en los principios del humanismo cristiano la cual reconoce como única familia aquella basada en el matrimonio, es lógico concluir que la Carta Fundamental reconoce y ampara única y exclusivamente a la familia surgida del matrimonio, en desmedro de la familia de hecho.

2.3.2.2- Discusión de los Comisionados

Con respecto a la discusión que se planteó en el seno de la comisión⁶¹, por parte de los comisionados, ésta versó única y exclusivamente sobre la integridad de la familia y la disolución del matrimonio (lo que trae consigo la desintegración de la familia), mediante la dictación de una posible ley de divorcio. Para que ello ocurra debe necesariamente existir como presupuesto fundamental el matrimonio, considerándose sólo a la familia legítima o matrimonial como la auténtica y única familia con la exclusión de cualquier otra forma de familia.

2.3.2.3-Texto de la Constitución

Artículo 5, inciso 2°

Los tratados internacionales- según los partidarios de esta postura-, también regulan a la familia legítima, pues consagran al matrimonio como la causa única y excluyente generadora de la familia, dedicando algunos artículos al derecho que tienen los individuos para contraer matrimonio. Así Corral expresa “los textos internacionales en ningún caso hablan de familia como una realidad abierta y de carácter descriptivo. Más bien, coinciden con el texto constitucional en que la familia es una institución fundamental y fundada en la misma

⁶¹ Actas Oficiales de la Comisión De Estudio, sesión 191, p. 15.

naturaleza humana e íntimamente relacionada con el derecho a contraer matrimonio”.⁶²

2.3.3- Familia no Matrimonial

2.3.3.1- Historia Fidedigna de la Constitución

Silencio de las Actas

Al igual que los autores que defienden a la familia legítima, como la única que el texto constitucional protege, los partidarios de esta doctrina también ven en el silencio de las Actas Constitucionales un argumento para considerar que los comisionados, cuando trataron el tema de la familia, no sólo se referían a la familia matrimonial, sino también a la familia de hecho.

Durante todo el proceso de génesis de la nueva Constitución, jamás hubo pronunciamiento alguno con respecto al concepto de familia que permitiera conocer claramente el pensamiento de los comisionados, para sostener que la única familia protegida por el constituyente haya sido aquella surgida como consecuencia del matrimonio, es así que no puede argumentarse que los comisionados hayan excluido a la familia de hecho, de la protección otorgada por la Constitución. Es más, no hubo pronunciamiento alguno con respecto a las uniones no matrimoniales, pero tampoco hubo un pronunciamiento destinado a excluirlas o prohibirlas.

De acuerdo a lo anterior, nuestra Carta Fundamental no se pronunció a favor de la familia legítima o matrimonial, ni se pronunció tampoco con respecto a la familia no matrimonial, no le corresponde al intérprete distinguir, ni discriminar a esta última, “al no distinguir la Constitución entre familia legítima e ilegítima, le esta prohibido al intérprete hacerlo. Debemos concluir, en

⁶² CORRAL TALCIANI, HERNÁN. Ob. Cit., p. 56.

consecuencia, que nuestra Constitución considera que tanto la familia legítima como la familia ilegítima constituyen el núcleo fundamental de la sociedad, y que es deber del Estado dar protección y propender al fortalecimiento de una y otra. Agréguese que no se encuentra en la Carta Fundamental mención alguna al matrimonio, que es la base de la familia legítima”.⁶³

Si la constitución protegiese sólo la familia legítima, los comisionados hubiesen expresado claramente su criterio al respecto, tomando partido por considerar a la familia matrimonial como la única forma de familia, núcleo fundamental de la sociedad como así lo han realizado otras cartas fundamentales, como las Constituciones de Irlanda, Italia de 1947, Costa Rica, Guatemala, Perú y Paraguay.

2.3.3.2- Texto de la Constitución

A- Artículo 5, inciso 2°

El inciso 2° del artículo 5, contempla como límite de la soberanía los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, debiéndose proteger y promover los derechos contemplados en la Constitución y los tratados internacionales, la mayoría de los tratados internacionales contemplan a la familia como un derecho esencial que surge de la naturaleza del hombre. Los sostenedores de esta postura plantean que los textos internacionales contemplan a la familia en un sentido amplio, pues no especifican que se entienda por ella, además no distinguen ni dan preeminencia a ninguno de los tipos de familia, ya sea legítima o ilegítima, lo que es bastante acertado y justificado, ya que como señale anteriormente los tratados internacionales son suscritos por un número de Estados, que poseen distintas orientaciones en el ámbito cultural, económico y religioso, por lo que resulta imposible fijar un

⁶³ FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO. “Persona, Pareja y Familia”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 72.

único y exclusivo concepto de familia, entendiéndola en un sentido amplio, sin que prime una familia sobre otra. En consecuencia, y en razón de lo señalado por el artículo 5, inciso 2° debe entenderse en el ámbito interno a la familia en un sentido amplio, comprendiendo a la familia legítima y a la familia de hecho.

B- Artículo 19 N ° 2

Nuestra Carta Fundamental establece en su artículo 19 N °2 la igualdad ante la ley en los siguientes términos:

“La Constitución asegura a todas las personas:

N ° 2.

La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados (...)

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;

El artículo citado anteriormente, consiste en que a todas las personas que se encuentren en una misma circunstancia se les debe aplicar el mismo estatuto jurídico, sin que se pueda establecer derechos o privilegios o imponer obligaciones en favor de algunas y en desmedro de otras, cuando se encuentren en circunstancias similares. En otras palabras, debe tratarse de manera idéntica a personas que se encuentran en situaciones similares, y distinto a aquellas en circunstancias diferentes. Sin embargo, dicha igualdad no es absoluta, pues el legislador no se encuentra en la imposibilidad de establecer estatutos diferentes para aquellas personas que se encuentran en situaciones distintas, siempre y cuando dichas distinciones no tengan el carácter de arbitrarias, es decir, se pueden dictar estatutos diferentes para individuos en situaciones diferentes, siempre que la distinción se funde en los criterios de razón, justicia o bien común.⁶⁴

⁶⁴ VERDUGO MARINCOKOVIC, MARIO. PFEFFER URQUIAGA, EMILIO y NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. “Derecho Constitucional”. 2º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999.

Por lo tanto, y de acuerdo a lo anterior podemos señalar que nuestra Constitución protege de igual manera tanto a aquella familia surgida como consecuencia del matrimonio como también a la familia de hecho, puesto que no existe antecedente suficiente que basado en criterios de razón, justicia o bien común, permita establecer una diferenciación en la aplicación de las normas legales entre una y otra tipología de familia, es decir, a pesar de que tengan un origen distinto ambas familias comparten elementos que las transforman en instituciones, si no iguales a lo menos similares, sin que su origen diverso pueda ser considerado suficiente argumento de distinción para incluir a una en la protección constitucional y excluir a la otra de ella. Así cualquier discriminación de la familia de hecho de la protección constitucional vulneraría el precepto de igualdad ante la ley, ya que se establecería una distinción arbitraria entre una y otra familia.

Defiende esta doctrina el profesor Carlos Peña González quien señala que el inciso 2º del artículo 1 de nuestra Carta Fundamental, fue tomado de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Dispone dicha declaración en su artículo 16 N° 3 que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”, disposición que debe ser relacionada con el artículo 2 y 7 del mismo texto que prohíbe todo tipo de discriminación, incluida aquella basada en el nacimiento. Asimismo, el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 17, establece la igualdad de los hijos y la protección de la familia. Por lo tanto, “la familia en cuestión no es la legítima, puesto que el pacto ordena no discriminar entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio”. Finalmente el profesor Peña expresa que “aun cuando aceptáramos que, en efecto, el precepto constitucional alude a la familia legítima, ello habría sido objeto de una reforma constitucional secundaria prevista por la

reforma al inciso 2º del artículo quinto de la Constitución y la posterior incorporación del Pacto de San José”.⁶⁵

Actualmente existe la convicción entre la mayoría de los juristas de que la Carta Fundamental, protege a las distintas clases o tipologías de familia, en otras palabras la Constitución protege tanto a la familia basada en el matrimonio como también a las familias de hecho o uniones de hecho o convivencia afectiva. Más aun el propio legislador con motivo de la dictación de la Nueva Ley de Matrimonio Civil reconoce la existencia de la familia de hecho, ya que el artículo 1 de dicha ley expresa “*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia*”, además la “historia fidedigna aclara expresamente que la declaración del matrimonio como “base principal” no tenía por finalidad “excluir a las familias que tengan otro origen” y, por ende, no puede entenderse que tal carácter de “base principal” sea equivalente a “base única” de la familia”.⁶⁶ Así, la familia surgida del matrimonio es la principal familia, más no es la única, existiendo familias que no tienen su origen en el matrimonio, pero no por ello dejan de ser familia.

2.4- Artículo 5, inciso 2º

2.4.1- Génesis

El artículo 5, inciso 2º, presenta gran importancia para el presente trabajo, ya que a partir de 1948, y mediante la dictación de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, se incorpora en el ámbito internacional a la familia, como un Derecho Esencial que emana de la propia naturaleza humana, anterior y superior al Estado y a toda

⁶⁵ PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS. “¿Hay Razones Constitucionales Fuertes a Favor de un Estatuto Igualitario?”. En Homenaje al Profesor Fernando Fueyo Lanieri. “*Instituciones Modernas de Derecho Civil*”. Santiago. Editorial Conosur Ltda., 1996, p. 148.

⁶⁶ BARRIENTOS GRANDON, JAVIER y NOVALES ALQUÉZAR, ARÁNZA. Ob. Cit., p. 16 y 17.

organización jurídica, el que se concretizó en términos en que todo individuo tiene derecho a constituir una familia y de pertenecer a ella.

En la Carta fundamental de 1980 el inciso 2° del artículo 5 en su texto original⁶⁷, tuvo su origen en lo esencial en la indicación del comisionado don Sergio Díez, quien propuso la siguiente redacción para el inciso 2° del artículo 5 “En el orden interno, la soberanía no reconoce otras limitaciones que las que impone esta Constitución, especialmente en lo relativo a las garantías fundamentales (...)”⁶⁸, producto del debate surgido en el interior de la Comisión se aprobó la siguiente redacción para dicho inciso “La soberanía no reconoce otras limitaciones que las relativas al régimen democrático y a las garantías fundamentales que esta Constitución contempla”⁶⁹, luego el comisionado don Jaime Guzmán señaló en la sesión posterior que “La soberanía tiene un sólo límite fundamental, que es el derecho natural. Concuerta en no decirlo como tal, porque es una expresión vaga, para muchos doctrinaria y tal vez innecesariamente conflictiva. Pero si se podría hablar del respeto a “los derechos fundamentales que arrancan de la naturaleza humana”. Ese le parece que es un límite de la soberanía, porque tiene que ser algo que esté por encima del derecho positivo para que límite la soberanía (...). Por eso, no estima adecuado referirse a las “garantías que la Constitución establece” sino al concepto más amplio antes enunciado. Sugiere que el inciso diga: La soberanía no reconoce otra limitación que los derechos fundamentales que arrancan de la naturaleza humana”⁷⁰, la norma así redactada fue aprobada con la disidencia del comisionado don Jorge Ovalle.

En la sesión 54, nuevamente el comisionado don Jaime Guzmán- a propósito de la mención que la limitación a la soberanía deberían ser los Derechos Fundamentales

⁶⁷ “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”

⁶⁸ Actas Oficiales de la Comisión De Estudio, sesión 40, p. 23.

⁶⁹ Actas Oficiales de la Comisión De Estudio, sesión 48, p. 19.

⁷⁰ Actas Oficiales de la Comisión De Estudio, sesión 49, p. 17 y sig.

que se incorporan en la Declaración de los Derechos del Hombre- expresó que “la soberanía no reconoce otra limitación que el respeto a los derechos que arrancan de la naturaleza humana”. Se precisa que la limitación para el ejercicio de la soberanía es la naturaleza humana y no la declaración de los derechos del hombre, porque ésta es una manifestación de la voluntad de un conjunto, muy respetable, de ciudadanos que puede haber omitido algunos derechos o considerado algunos equivocadamente y que incluso posteriormente puede ser reformada. En cambio, la naturaleza humana es algo muy superior, que no la han creado los hombres, que la transmiten, pero no la pueden modificar.

Así, un hombre y una mujer no pueden vivir y tener un conejo, tienen que concebir un niño que tendrá la misma naturaleza humana que Ramsés II, un habitante de Finlandia o un esquimal”⁷¹ en esta misma sesión se acordó por parte de los comisionados reemplazar el término “arrancan” por “emanan”.

En la sesión 402⁷², se reemplazó la primera parte del inciso 2° que expresaba “La soberanía reconoce como limitación (...)” por la frase “el ejercicio de la soberanía reconoce (...)”, finalmente el proyecto de la Comisión reemplazó el calificativo que acompañaba al término derechos “fundamentales” por “esenciales”.

El texto promulgado en 1980, se mantuvo con su redacción original hasta el plebiscito de 1989, año en que se le agregó mediante Ley de Reforma Constitucional N ° 18.825 de 17 de Agosto, una segunda parte al inciso 2° del artículo 5.⁷³ Disposición que fue el resultado de una proposición formulada por una comisión técnica que se

⁷¹ Actas Oficiales de la Comisión De Estudio, sesión 54, p. 10.

⁷² Actas Oficiales de la Comisión De Estudio, sesión 402.

⁷³ “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”

encontraba conformada por la Concertación de Partidos por la Democracia y el Partido Renovación Nacional, la que fue aprobada por el Gobierno militar y posteriormente sometida a plebiscito.⁷⁴

A continuación se procederá a analizar el inciso 2° del artículo 5, en su parte formal, es decir, el sentido y significado de los términos empleados por el constituyente para la redacción de dicho artículo, para luego proceder al análisis de los principales problemas que han surgido, desde su entrada en vigencia en el año 1989, como consecuencia de su aplicación e interpretación.

2.4.2- Análisis del Artículo 5, inciso 2°

La segunda parte del inciso 2° del artículo 5 dispone:

“(...) Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Del examen del precepto anterior se desprende lo siguiente:

Deber

El verbo deber en su primera acepción significa “estar obligado a algo por la ley divina, natural o positiva.

⁷⁴ CUMPLIDO CERECEDA, FRANCISCO. “Alcance de la Modificación del Artículo 5 de la Constitución Política Chilena en Relación a los Tratados Internacionales”. En *Revista chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 23 N ° 2 y 3, tomo I, 1996, p. 255.

Respetar y Promover

Los órganos del Estado tienen como finalidad respetar y promover los derechos que emanan de la naturaleza humana. Dentro del ámbito de la reforma del precepto constitucional se tenía como objetivo primordial el fortalecer la protección de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico nacional.

El respeto que deben tener todos los órganos del Estado; y no sólo los órganos legislativos, sino también los órganos administrativos y judicial⁷⁵, con los derechos humanos se traduce en la obligación que pesa sobre ellos de no vulnerar dichos derechos mediante sus acciones u omisiones, además de la obligación de reconocerlos, para que su goce y ejercicio sean posibles, estableciendo por el ordenamiento jurídico todos los recursos y acciones posibles destinadas a protegerlos de cualquier infracción por parte de las autoridades.⁷⁶

Sin embargo, no es suficiente que los órganos del Estado, se limiten a tomar una actitud simplemente pasiva con respecto a los derechos esenciales, sino que deben adoptar una serie de medidas que los fortalezcan y que contribuyan a estructurar un ordenamiento fuerte en la protección de ellos, es decir, el Estado debe tomar una actitud eminentemente activa en la protección de los derechos esenciales, dictando una serie de disposiciones normativas y fijando políticas públicas para su fortalecimiento.

Garantizados por la Constitución

Los derechos esenciales se van a entender garantizados por la Constitución, en la medida de que su texto incorpore dichos derechos, ya sea en forma explícita como de

⁷⁵ BERTELSEN, RAÚL. "Rango Jurídico de los Tratados Internacionales". En *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 23, N °2 y 3, tomo I, 1996, p. 221.

⁷⁶ MEDINA, CECILIA. Ob. Cit., p. 52.

manera implícita. La Constitución debe garantizar el respeto de estos derechos estableciendo una serie de recursos y acciones destinadas a protegerlos de las posibles vulneraciones que puedan sufrir, por último debe establecerse un Poder Judicial capaz de ejercer su facultad de imperio destinada a reestablecer los derechos al momento anterior a su vulneración.

Garantizados por los Tratados Internacionales

El término “Tratado Internacional” debe entenderse en el sentido de aquel acuerdo que posee dicha calidad conforme al derecho internacional, por pertenecer a una esfera distinta de la Carta fundamental y ser producto de los procesos generados en las relaciones de los distintos Estados y de la comunidad internacional.⁷⁷

En razón de lo señalado la definición más adecuada para el término tratado internacional, es la expresada por la Convención sobre Derecho de los Tratados, la que fue suscrita en Viena el 23 de mayo de 1969, promulgada en Chile por el Decreto N ° 381 del Ministerio de Relaciones Exteriores y publicada en el Diario Oficial del 22 de Junio de 1981, ratificada el 26 de Febrero de 1981. El artículo 2 N ° 1 letra a) define tratado como “Un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”, de la definición transcrita se desprende que la Convención de Viena definió los tratados sólo desde el punto de vista formal sin pronunciarse con respecto a las materias que puedan regularse a través de ellos.

En Chile las normas que se refieren a los tratados son el artículo 32 N ° 17, 50 N ° 1 y 82 N ° 2 e inciso 4° de la Constitución Política de la República, entregando al

⁷⁷ SILVA BASCUÑAN, ALEJANDRO. Ob. Cit., p. 113.

Presidente de la República la conducción de las relaciones internacionales, debiendo éste concluirlos y firmarlos, y correspondiendo al Congreso Nacional sólo la facultad de aprobar o rechazar en su conjunto el tratado internacional, debiendo someter su aprobación o rechazo al trámite de elaboración de la ley, para luego poder ser ratificado por parte del Presidente de la República.

Ratificado

La Convención de Viena define “ratificación” en su artículo 2 letra b) el cual expresa que “se entiende por “ratificación”, “aceptación”, “aprobación”, “adhesión” según el caso, al acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado”. Mediante la ratificación el Estado respectivo comunica a los otros Estados o a la comunidad internacional su intención o consentimiento de obligarse, dicho consentimiento se expresa a través del depósito o canje del tratado o de la notificación a los Estados contratantes.⁷⁸ Por tanto, para que un Estado se obligue en el ámbito internacional, no basta la aprobación del tratado por parte del Congreso Nacional, sino que además es necesaria su ratificación de acuerdo a las formas señaladas por la Constitución, por parte del Presidente de la República.

Vigente

No existe actualmente en nuestro ordenamiento jurídico ninguna norma que se refiera a cuando un tratado internacional se encuentra vigente⁷⁹, a diferencia de lo que ocurría con el Decreto Ley N ° 247 de 31 de Diciembre de 1973, derogado por la Ley N ° 18.903 de 19 de Enero de 1990, dicho Decreto Ley establecía reglas sobre la suscripción, ratificación y promulgación de los tratados, su artículo 5 disponía que “Una

⁷⁸ Artículo 16 de La Convención de Viena.

⁷⁹ ROYER, DANIELA. Ob. Cit., p 50.

vez que se haya efectuado el canje o deposito de los instrumentos de ratificación o de adhesión, según el caso, el tratado deberá ser promulgado por decreto supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores, que ordenará que éste se cumpla y lleve a efecto como ley de la República y que tanto dicho decreto supremo como el texto del tratado se publiquen en el Diario Oficial”, como se observa este decreto establecía claramente cual eran los tramites necesarios para que un tratado se incorporara como ley de la República, requiriendo para ello dos tramites, la promulgación por decreto supremo del tratado y la publicación tanto del tratado como del decreto supremo. Actualmente, no existe norma similar que regule la materia de la incorporación de los tratados al ordenamiento jurídico. A pesar de lo anterior, los autores y la jurisprudencia⁸⁰ han visto en el artículo 50 N ° 1⁸¹ de la Carta Fundamental, la norma que regula dicha incorporación fijándose como requisitos para ello, la aprobación del tratado por parte del Congreso Nacional, la promulgación de éste por decreto del Presidente de la República y la publicación en el Diario Oficial tanto del texto del tratado como del respectivo decreto promulgatorio. Existen autores como Cecilia Medina que no concuerdan con la interpretación que se ha realizado del artículo 50 N ° 1, pues, señala que “Este fundamento no es, en mi opinión, apropiado, porque aparece más razonable leer dicho artículo en la forma señalada anteriormente, es decir, como una norma que regula solamente la manera como el Estado de Chile puede obligarse internacionalmente y no la manera como el tratado

⁸⁰ La Corte Suprema expreso:

“Que (...) encontrándose establecido en autos que ni el decreto promulgatorio del Pacto que ordenó cumplirlo como ley de la República, ni el texto mismo han sido hasta la fecha publicados en el Diario Oficial, es fundado que el Pacto carece de fuerza obligatoria en Chile, al igual que, en idéntica situación, carecería de ella una ley promulgada pero no publicada.”

Caso Leopoldo Ortega Rodríguez y Jaime Insunza Becker, en *Revista Fallos del Mes*, N ° 311, Octubre, 1984, Pág. 588 y 589. sentencia citada por SILVA BASCUÑAN, ALEJANDRO. Ob. Cit. p. 118 y sig.

⁸¹ Artículo 50. son atribuciones exclusivas del Congreso:

1.- Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la Republica antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los tramites de una ley”.

internacional se introduce en el ordenamiento jurídico chileno”.⁸² Sin perjuicio, de la opinión disidente, es aceptada como una practica normal que el tratado para incorporarse al ordenamiento jurídico chileno sea promulgado y luego publicado en el Diario Oficial.

En consecuencia, si se cumplen las etapas del proceso de incorporación del tratado, estamos en frente de un tratado celebrado validamente y debe entenderse incorporado al ordenamiento jurídico interno, no pudiendo modificarse o derogarse, sino por las normas establecidas en el mismo tratado o por las disposiciones de la Convención de Viena.

2.4.3- Problemas en la Aplicación del Artículo 5, inciso 2º

Desde la entrada en vigencia del inciso 2º del artículo 5, de nuestra Carta Fundamental, a propósito de la reforma introducida por la Ley N° 18.825, se han planteado una serie de dificultades en su interpretación y aplicación, en el presente trabajo nos referiremos brevemente a ellos, a las teorías adoptadas y a sus argumentos, pues no corresponde al presente trabajo ayudar a dilucidar estos problemas.

2.4.3.1- Jerarquía de los Tratados Internacionales

No existe unanimidad entre la doctrina con respecto a la jerarquía normativa de los tratados referentes a los derechos humanos en el ordenamiento jurídico nacional, con posterioridad a la reforma de 1989, sin embargo, dos son las posturas que priman entre los autores, una parte de la doctrina señala que los tratados tiene el rango normativo de una ley⁸³ y por lo tanto sus normas poseen dicha condición, para otra parte de la doctrina

⁸² MEDINA, CECILIA, Ob. Cit., p. 38.

⁸³ En este sentido ORREGO SÁNCHEZ, CRISTOBAL. “Vigencia de los Derechos Esenciales que Emanan de la Naturaleza Humana y su Reconocimiento en el Ordenamiento Jurídico Chileno”. En *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 20, 1993.

el rango de dichos tratados sería el de una norma constitucional.⁸⁴ Sin perjuicio, de lo anterior se plantean otras tesis con respecto a este tema, una de ellas plantea la superioridad de los tratados de derechos humanos incluso por sobre la Constitución, es decir, la “supra constitucionalidad” de estos.⁸⁵ Además se ha planteado por otros autores como Troncoso y Vial⁸⁶, que lo tiene un rango constitucional son los derechos esenciales que emana de la naturaleza humana independiente de la fuente material en la cual se plasmen, fuente que tendrá el status interno que determine el modelo de incorporación de los tratados que se acoja por el ordenamiento jurídico, en este mismo sentido Cumplido expresa “lo que deseamos incorporar con rango constitucional fueron los derechos sustantivos contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos, ya que no teníamos tiempo para hacer una revisión exhaustiva del artículo 19 de la Constitución. Si en todo tratado es posible distinguir las normas sustantivas de las organizacionales y las de procedimiento, nuestra intención no fue darle rango constitucional a todo el tratado, sino exclusivamente a los derechos humanos del tratado”.⁸⁷

Se ha señalado como argumento por quienes sostienen que los tratados internacionales de Derechos Humanos tienen el rango jurídico de una ley, el artículo 50 N ° 1 de la Carta Fundamental que expresa “la aprobación de un tratado se someterá a los tramites de una ley”, por tanto si todos los tratados deben someter su aprobación a los mismos tramites de una ley, luego todos los tratados tienen rango legal.

En oposición a esta doctrina se plantea que los tratados internacionales tienen rango Constitucional, posición que se sustenta en que si estos antes de la reforma ya eran

⁸⁴ En este sentido MEDINA, CECILIA. y NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO.

⁸⁵ TRONCOSO REPETTO, CLAUDIO. y VIAL SOLAR, TOMAS. Ob. Cit., p. 695.

⁸⁶ *Ibidem.*, p. 696 y Sigs.

⁸⁷ CUMPLIDO CERECEDA, FRANCISCO. Ob. Cit., p. 257 y sig.

considerados en la misma categoría que la ley y teniendo la reforma como finalidad elevar la protección de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza del hombre, no cabe más que concluir que los tratados debieron ser elevados a un rango jerárquico superior al de la ley, es decir, a rango constitucional.

Es así como dependiendo de la teoría que se acoja con respecto al rango que poseen los tratados en el ordenamiento jurídico nacional, serán las dificultades que se planteen cuando existan contradicciones entre las disposiciones del tratado y las normas constitucionales.

2.4.3.2- Vigencia de los Tratados Internacionales

Dos son las posturas o teorías que se han planteado con respecto a la vigencia requerida por los tratados internacionales, para que se entiendan incorporados al ordenamiento jurídico nacional.

La primera de ellas plantea que se requiere que el tratado se encuentre vigente tanto a nivel nacional e internacional⁸⁸, debiendo cumplir para ellos los tramites de ratificación en ámbito internacional y de promulgación y publicación según lo expresado anteriormente en el ámbito nacional, se sustenta esta posición en un argumento de texto, ya que el artículo 5 inciso 2º señala que el tratado debe estar “ratificando y vigente”, en consecuencia no basta con la sola vigencia internacional, sino que además de requiere la vigencia nacional, pues dicho artículo distingue los términos “ratificación”, con lo cual se refiere a la vigencia internacional del tratado, y “vigencia” palabra con la cual se expresa la necesidad de ser incorporado al ordenamiento nacional cumpliendo con los tramites necesario para ello. Para otra parte de la doctrina basta con la vigencia internacional del tratado, es decir, un tratado debe ser respetado desde el momento en que entra en vigencia en el ámbito internacional- lo que va ha depender de lo expresado

⁸⁸ En este sentido NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. Ob. Cit., p. 352.

por el propio tratado-, sin importar de si se cumplen o no con los tramites necesarios para su entrada en vigencia a nivel nacional, el argumento para sostener esta afirmación deriva de que el límite a la soberanía son los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana sin importar si se encuentran consagrados en un texto o no- sin perjuicio de la dificultad de probar que dicho derecho corresponde a un derecho esencial que emana de la naturaleza humana-, por lo tanto, si el Estado tiene el deber de respetar y promover un derecho esencial propio de la naturaleza del hombre aun cuando no se encuentra reconocido en algún texto constitucional o en un tratado, con mayor razón tendrá el deber de respetar y promover un derecho que se encuentra consagrado en el texto de un tratado internacional vigente sólo a nivel internacional.⁸⁹

2.4.3.3- Tratados Incluidos en el Artículo 5, inciso 2º

La Constitución plantea que debe incorporarse como límite a la soberanía “los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (...), garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales (...)”, luego y según se desprende de esta disposición, los derechos esenciales deben ser protegidos y promovidos por los órganos del Estado por el sólo hecho de estar incorporados al texto constitucional o en un tratado internacional, sin importar que este tratado no regule específicamente el tema de los derechos humanos, pues el texto de la disposición no distingue el tipo de tratado en el cual deben ser regulados, ya que se refiere en forma general a los “tratados internacionales” y si el legislador no distingue no le es válido al interprete distinguir. Apoya esta opinión el profesor Alejandro Silva Bascuñan⁹⁰ y Cecilia Medina⁹¹ quien expresa “si lo que se pretende reforzar por la Constitución son los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, el inciso 2º del artículo 5 debe incluir a todos los tratados que contengan alguna disposición que proteja a estos

⁸⁹ ROYER, DANIELA. Ob. Cit., p. 43.

⁹⁰ SILVA BASCUÑAN, ALEJANDRO. Ob. Cit., p. 116 y sig.

⁹¹ MEDINA, CECILIA. Ob. Cit., p. 49.

derechos. Por lo demás, el sentido de la norma es, en este aspecto, inequívoco, al hablar de “tratados internacionales”, sin hacer distinción alguna. La posición de los órganos de supervisión del sistema interamericano también apoyan esta respuesta.” La dificultad en este sentido radicara en un tema probatorio, pues el hecho de que un derecho se encuentre contemplado en un tratado que regule el tema específico de los derechos humanos, hará gozar a todos los derechos que se encuentren contemplados en su texto de una presunción de esencialidad, situación que no ocurre en un tratado en el cual se traten otros temas distintos a los derechos esenciales, ya que en dicho caso la persona que quiere gozar de ellos deberá probar su carácter de esencial.

2.4.3.4- Tratados Incorporados con la Reforma

La dificultad que se plantea consiste en si debe aplicarse la norma del inciso 2º del artículo 5 sólo a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes al momento de la reforma de 1989 o también a los tratados que entren en vigencia con posterioridad a ella, lo que se relaciona con el tema de la reforma constitucional.

Con respecto a la primera situación no existe problema puesto que los derechos contemplados en los tratados ratificados y vigentes con anterioridad a la reforma, se entienden que pasan a formar parte de ella, como consecuencia de la propia reforma. Sin embargo, con los tratados ratificados y vigentes con posterioridad se ha planteado la dificultad puesto que según algunos autores, entender que dichos tratados se incorporen a la Constitución, implicaría la existencia de un procedimiento secundario de reforma a la Constitución, como es el de la incorporación de los tratados al ordenamiento interno, procedimiento que es distinto al contemplado por el propio texto constitucional para su reforma, lo que no parece posible. “Es cierto que ello admite un procedimiento secundario de revisión o reforma de la constitución más sencillo que los estipula el Capítulo XVI, pero no es menos cierto que los artículos 32 N ° 17, 50 N ° 1 y 5 inciso 2º

son, igualmente normas constitucionales, siendo, por tanto, el propio constituyente, la propia Carta Orgánica, la que posibilita la utilización de este procedimiento secundario de revisión”.⁹²

La dificultad que plantea esta discusión consiste en determinar que sucede en el caso de existir contradicción entre los tratados ratificados y vigentes y la Constitución, en este caso y teniendo presente que la razón de la reforma constitucional fue la de fortalecer la protección de los derechos humanos, debe preferirse la disposición que contemple una mayor protección a dichos derechos.

2.4.3.5- Derechos Incorporados sólo en la Constitución y los Tratados Internacionales

Se ha discutido si el límite a la soberanía son sólo los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que se encuentran contemplados en la Constitución o en un tratado internacional, o sólo basta que sean derechos esenciales, sin importar en que texto se encuentren consagrados.

Considero que los límites del ejercicio del poder lo constituyen los derechos esenciales propios de la naturaleza humana, sin importar el documento en el que se encuentren contemplados, pues la finalidad de la reforma de 1989 fue fortalecer la protección de los derechos esenciales y no disminuir dicha protección, sin embargo, que un derecho se encuentre contemplado en los textos mencionados por la Constitución y en algún tratado internacional de derechos humanos hace indiscutible su carácter de esencial, es así como todos los órganos del Estado tienen la obligación de respetar y promover dicho derechos por el sólo hecho de encontrarse contemplados en los textos que señala la Constitución, es decir, no se produce la dificultad para quien lo invoca de probar su carácter de esencial propio de la naturaleza humana, dificultad que si va a

⁹² NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. Ob. Cit., p. 344.

tener aquel que invoque un derecho esencial de la naturaleza humana, pero que no se encuentre contemplado en los textos mencionados por la disposición.⁹³

Para concluir el presente capítulo es preciso señalar que en Chile se encuentran vigentes algunos Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que dicen relación con la familia estos son:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes Del Hombre de 1948.
- Declaración de los Derechos del Niño de 1959.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.
- Declaración Sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer de 1967.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976.
- Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas De Discriminación Contra La Mujer de 1981.
- Convención Sobre los Derechos del Niño de 1990.

⁹³ MEDINA, CECILIA. Ob. Cit., p. 44 y sig.

CAPÍTULO III

UNIONES AFECTIVAS DE HECHO

3.1- Consideraciones Generales

3.1.1- Denominación

El término que se ha usado tradicionalmente para denominar a estas relaciones es el de concubinato, término que etimológicamente se lo deriva del vocablo latín “concubinatus”, que quiere decir “comunidad de lecho” (Cum: con y Cubare: acostarse), “sustantivo verbal del infinitivo concumbere, que literalmente significa “dormir juntos”, utilizado ya en el derecho romano”⁹⁴, es así como este vocablo evoca esencialmente las relaciones sexuales que se mantienen fuera del matrimonio.

Sin embargo, a pesar de ser este término el que se usa para identificar, en forma mayoritaria, a las uniones de hecho, existe tanto en la doctrina nacional como a nivel de derecho comparado, una multiplicidad de palabras para identificar a estas uniones.

En Alemania el concubinato es identificado con el término latinizado de “konkubinat”, además de las expresiones germánicas como “kebsehe” (amancebamiento), “wilde-eche” (concubinato), “renten-konkubinat” (rentas del concubinato), entre otras. En Italia se emplea el término “convivencia more uxorio” o “familia de hecho”, pues la palabra concubinato se utiliza por el Código Penal, para identificar el adulterio del marido. En Francia el término concubinato no fue incorporado en el Código de 1804, fue con motivo de una reforma a su texto que se hace referencia al “état de concubinage notorie”, “Los tribunales franceses suelen utilizar generalmente la expresión “concubinage”; pero, con sentido analógico, se emplean otras denominaciones

⁹⁴ BOSSERT, GUSTAVO A. “Régimen Jurídico del Concubinato”, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999, p. 33

tales como “vivre mari talemant” (vivir maritalmente), “lien extramatrimonial” (vínculo extramatrimonial), “unión illegitime” (unión ilegítima), “chef du ménage” (jefe del hogar aparente), entre otras”.⁹⁵

En América Latina tampoco existe uniformidad con el término empleado a pesar de que prima el término concubinato, sin perjuicio de la utilización de otros términos como “unión libre”, “unión de hecho”, “unión marital de hecho”⁹⁶ o el de “familia no tradicional”, término que es empleado en Argentina.⁹⁷ Chile no es excepción al resto de los países de Latinoamérica pues se sigue utilizando la palabra “concubinato” es así como el Código Civil antes de ser modificado por la Ley N° 19.585 de 1999,- sobre nuevo régimen de filiación- , en su artículo 280 número 3⁹⁸ hablaba de concubinato notorio, también la Ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y pago de Pensiones Alimenticias, en su artículo 18⁹⁹, antes de ser modificado por la Ley N° 20.152 de 9 de Enero de 2007, empleaba igual término, a pesar de ello se utiliza también por la legislación nacional el término de “conviviente”. El Código Procesal Penal en su artículo

⁹⁵ BENQUIS MONARES, JACQUELINE. “El Concubinato”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 1991, Profesor Guía: Fueyo Lanieri, Fernando., p. 7.

⁹⁶ Término empleado en Chile por Fueyo, pues en sus palabras “tiene por ventaja ser ciertamente explicativo y claro, y superar la denominación, más corriente sin duda, con ascendencia romana de concubinato. En efecto, esta última empieza por ser muy restrictiva del contenido afectando, además, por su propia etimología, al aspecto sexual de la unión entre dos seres de diferente sexo, que es sólo un ángulo”. FUEYO LANIERI, FERNANDO. “Derecho Civil”, Ob. Cit., p.278.

⁹⁷ BENQUIS MONARES, JACQUELINE. Ob. Cit., p. 8

⁹⁸ Artículo 280 C.C. “El hijo ilegítimo que no tenga la calidad de natural sólo tendrá derecho a pedir alimentos del padre o madre, o de ambos, según el caso:

3°. Si hallándose comprobada la filiación del hijo respecto de la madre, se acreditare en la forma establecida en su número 1.° que ella y el presunto padre han vivido en concubinato notorio y durante él ha podido producirse legalmente la concepción;”.

⁹⁹ Artículo 18. “Serán solidariamente responsables del pago de la obligación alimenticia quien viviere en concubinato con el padre, madre o cónyuge alimentante, (...)”.

108¹⁰⁰, señala como titular de la acción penal, en el caso de morir o estar impedido la víctima de ejercer dicha acción, al conviviente del ofendido, asimismo la nueva ley de violencia intrafamiliar emplea igual término en su artículo 5¹⁰¹, a propósito de determinar sobre quienes se ejerce la violencia intrafamiliar. De lo anteriormente señalado queda claro que no existe uniformidad entre los autores y las legislaciones de los distintos países, para determinar cual es el término correcto que se debe utilizar para denominar a estas relaciones afectivas, sin perjuicio de ello considero que la denominación de concubinato debe ser abandonado debido a su connotación peyorativa, ya que no contiene todos los elementos propio de estas uniones, centrándose sólo en las relaciones sexuales que se mantienen fuera del matrimonio por los cónyuges.

Estimo que el término que más se aproxima a la realidad de estas uniones es el de uniones afectivas de hecho, pues denota de mejor manera dos elementos esenciales de aquellas, la afectividad y la *affectio maritalis*, puesto que sin estos elementos, es decir, sin la existencia de relaciones sexuales entre los miembros de la pareja y sin la voluntad de conformar una unión estable que perdure en el tiempo, jamás existirá una relación afectiva entre los individuos que la componen, puede existir una relación de amistad pero de ninguna manera una unión afectiva. Sin perjuicio de lo señalado, en el presente trabajo se emplearán de manera indistinta los términos unión afectiva de hecho, convivencia *more uxorio* o unión de hecho.

¹⁰⁰ Artículo 108. "Para los efectos de este Código, se considerara víctima al ofendido por el delito.

En los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiere ejercer los derechos que en este código se le otorgan, se considerara víctima (...)

C) al conviviente;".

¹⁰¹ Artículo 5 de la Ley N ° 20.066 "Violencia intrafamiliar. Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consaguinidad 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."

3.1.2- Concepto

Luego de haber analizado las diversas denominaciones que se han planteado para identificar una misma situación, como lo son las relaciones afectivas. En doctrina las uniones de hecho o “concubinato” han sido definidas de diferentes formas.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el concubinato como la “relación marital de un hombre con una mujer sin estar casado.”, de esta definición se desprende que el concubinato se conceptúa a partir de su similitud con el matrimonio, pues los individuos que forman esta unión deben vivir como si estuviesen casados, pero sin que exista entre ellos dicha unión marital.

Graciela MEDINA define el concubinato como “la unión libre de un hombre y una mujer que, sin estar unidos por el matrimonio, mantienen una comunidad de habitación y de vida, de modo similar a la que existe entre los cónyuges”.¹⁰² En igual sentido se pronuncia PINTO ROGERS que define el concubinato como “la situación en que se encuentran dos personas que viven como marido y mujer, aparentando estar casadas, pero sin haberse sometido a las formalidades previstas para la celebración del matrimonio”.¹⁰³

Para SOMARRIVA “Es la unión de un hombre y de una mujer que mantienen relaciones sexuales y que comparten una vida en común”.¹⁰⁴

¹⁰² MEDINA, GRACIELA. “Las Uniones de Hecho Homosexuales”. Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2001, citado por OYARZUN VALENZUELA, JORGE. “Las Uniones de Hecho entre Homosexuales en Chile y el Derecho Comparado”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2004, Profesor Guía: Infante Caffi, María T., p. 111.

¹⁰³ PINTO ROGERS, HUMBERTO. “El Concubinato y sus Efectos Jurídicos”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 1942, p. 22.

Federico PUIG PEÑA señala que el concubinato es “La unión duradera y estable de dos personas de sexo opuesto, que hacen vida marital con todas las apariencias de un matrimonio legítimo”¹⁰⁵, definición que ha sido aceptada por nuestra jurisprudencia.

A pesar de ser el término concubinato una denominación peyorativa, muchos de los autores denominan a estas relaciones afectivas con dicho término, es por ello que alguna parte de la doctrina ha abandonado tal denominación, en este sentido MARTINIC y WEINSTEIN, quienes prefieren denominarlas “unión conyugal de hecho” estas existen “cuando hay comunidad de lecho, mesa y techo, asidua y duradera y en donde la vida de la pareja se desarrolla a los ojos de los demás como si se tratara de un verdadero matrimonio”.¹⁰⁶

De igual manera LÓPEZ DE CARRIL, quien distingue entre unión de personas libres y concubinato, identificado con este término sólo a aquellas uniones en la que algunos de los individuos posea un impedimento para contraer matrimonio, así define el concubinato como la “unión irregular, adulterina, incestuosa y siempre de carácter y orden inmoral”, luego a contrario sensu podemos señalar que en aquellos casos en que no existe impedimentos para contraer matrimonio por ninguno de los individuos estamos en presencia de una unión de personas libres entendiéndose por ésta, “la comunicación o trato de la mujer que habita con algún hombre como si fuera su marido, siendo ambos libres y solteros, y pudiendo contraer entre sí legítimo matrimonio”.¹⁰⁷

¹⁰⁴ SOMARRIVA, MANUEL. Ob. Cit., p. 150.

¹⁰⁵ Citado por RAMOS PAZOS, RENE. Ob. Cit., t. II, p. 594.

¹⁰⁶ MARTINIC GALETOVIC, MARIA DORA y WEINSTEIN, GRACIELA. “Concubinato y Uniones de Hecho”. Apuntes de Clase, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 195.

¹⁰⁷ LOPEZ DE CARRIL, JULIO. “Derecho y Obligación Alimenticia”, p. 289. citado por BOSSERT, GUSTAVO. Ob. Cit., p. 30.

A pesar de que los conceptos señalados en los párrafos anteriores, no se refieren de igual manera a las uniones de hecho, se pueden extraer dos elementos que son esenciales en estas uniones como son la cohabitación, y la estabilidad o permanencia, además se agrega por las definiciones anteriores como elemento esencial la heterosexualidad de los individuos que la componen, aun cuando actualmente dicho elemento ha sido cuestionado por la doctrina a partir del reconocimiento en algunos países de las uniones de hecho entre homosexuales. En efecto, actualmente el elemento de la heterosexualidad de los individuos que conforman las uniones de hecho, ha sido objeto de discusiones, es así como han surgido definiciones que no incorporan la heterosexualidad como elemento esencial de estas relaciones afectivas, entre estas definiciones se pueden mencionar la señalada por MONTÉS, LÓPEZ y ROCA quienes expresan que la “familia de hecho” es aquella que “consiste en la unión sexual de dos personas del mismo o distinto sexo, que con vocación de permanencia mantienen una convivencia estable, diferenciándose de aquel -matrimonio- en que su fundamento está en la voluntad constante de convivencia y no en la declaración formal de contraer un vínculo”.¹⁰⁸ En igual sentido se pronuncia Talavera que señala que las “uniones de hecho estables” son “aquellas constituidas por dos personas, mayores de edad, sin vínculo de parentesco en línea recta o segundo grado en línea colateral, que convivan “more uxorio”, con independencia de la orientación sexual de su relación, de manera libre, pública y notoria”.¹⁰⁹

El Tribunal Supremo español definió la convivencia more uxorio, en sentencia dictada el 18 de Mayo de 1992, de la siguiente manera “La convivencia more uxorio ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con

¹⁰⁸ LÓPEZ, A. M, MONTÉS, V. L y ROCA, E. “Derecho de Familia”. 3° ed. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 1997, p. 33.

¹⁰⁹ TALAVERA FERNÁNDEZ, PEDRO A. “Fundamentos para el Reconocimiento de las Uniones Homosexuales: Propuestas de Regulación en España”. Madrid, Editorial Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé De Las Casas, 1999, p. 67.

acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunidad de vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar”.¹¹⁰

Estas últimas definiciones parten conceptualizando a las uniones de hecho, sin hacer mención al matrimonio, como sucede con los conceptos mencionados al comienzo, es decir, parten definiendo estas uniones a partir de su propia naturaleza, de sus elementos constitutivos, sin considerarlas a imagen o semejanza del matrimonio, como sucede con la mayoría de los autores tanto nacionales como extranjeros, es por ello que se plantea la diferencia al momento de elaborar una definición de unión afectiva de hecho.

3.2- Elementos de las Uniones Afectivas de Hecho

La gran mayoría de la doctrina civilista tanto a nivel nacional como extranjera han coincidido en que los elementos de las uniones de hecho son:

- Cohabitación.
- Permanencia y Estabilidad.
- Singularidad.
- Publicidad y Notoriedad.
- Ausencia de Solemnidades.
- Affectio Maritales.
- Heterosexualidad.

A continuación se procederá a examinar cada uno de los elementos que componen estas uniones, dedicando especial mención al elemento de la diferencia de sexo entre los individuos que componen estas relaciones afectivas.

¹¹⁰ Ibídem., p. 26.

3.2.1- Cohabitación

Uno de los elementos esenciales de las uniones de hecho y que las diferencian de cualquier otro tipo de relaciones afectivas, como lo es por ejemplo la amistad, es la cohabitación, esta implica la existencia de dos elementos que la configuran, la comunidad de vida y la comunidad de lecho.

- **Comunidad de Vida**

Esta comunidad de vida se presenta, cuando los sujetos que componen la unión, comparten en su ámbito íntimo de la misma manera que lo hacen los cónyuges, en el matrimonio, es decir, deben compartir aquellos aspectos personales de sus vidas, que de alguna forma puedan producir consecuencias para el derecho, así lo entiende BOSSERT quien señala que “la comunidad de vida; posibilita que la pareja, en mayor o menor medida, comparta la vida en todos esos aspectos que determinan situaciones que exigen consideración y solución por parte del derecho; por ejemplo, derechos sucesorios, responsabilidad solidaria ante los proveedores del hogar común, etcétera.”¹¹¹

La doctrina no es unánime, pero se ha señalado que para que exista comunidad de vida, debe existir un hogar común¹¹², donde se desarrolle ésta, por lo que para que exista convivencia entre los miembros de la unión afectiva debe existir comunidad de techo, mesa y cama, es decir, un hogar y vida en común. Sin embargo, existe un sector de la doctrina¹¹³ que manifiesta que esta comunidad no necesita de un hogar común para que se desarrolle, sino sólo la continuidad de las relaciones.

¹¹¹ BOSSERT, GUSTAVO. Ob. Cit., p. 35.

¹¹² En este sentido BOSSERT, GUSTAVO. Ob. Cit., p.36.

No obstante que el requisito de la comunidad de lecho se acepte, ésta no implica que los convivientes deban vivir siempre y en forma permanente en el mismo hogar, puesto que pueden darse situaciones en que alguno de los convivientes tengan que abandonar el hogar en el cual se desarrolla la vida en común, como también sucede en el matrimonio, por razones de carácter laborales o presidiarios entre otras, sin que por ello se entienda disuelta la unión, salvo que exista el ánimo de producir este efecto.¹¹⁴

- **Comunidad de Lecho**

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define cohabitar en una de sus acepciones como “realizar el acto sexual”. De acuerdo con esta definición la comunidad de lecho implica que los miembros de la unión, mantengan relaciones sexuales, o, al menos, exista apariencia de que ellas son mantenidas, es así que mientras se mantengan la comunidad de lecho, la cohabitación, hará presumir la existencia de las relaciones, aun cuando ellas hayan cesado, “careciéndose de este elemento, la cohabitación puede implicar otras situaciones muy distintas, que frente a concretos problemas jurídicos, pueden determinar distintas soluciones”¹¹⁵, por tanto si dicha comunidad de lecho no existe entre la pareja, podrá haber otro tipo de relación afectiva, como puede ser la amistad, el compañerismo, pero jamás una unión de hecho estable.

¹¹³ en este sentido MARTINIC GALETOVIC, MARÍA DORA. y WEINSTEIN, GRACIELA. Ob. Cit., p. 196 y sig.

¹¹⁴ TALAVERA FERNÁNDEZ, PEDRO. Ob. Cit., p. 27 y sig.

¹¹⁵ BOSSERT, GUSTAVO. Ob. Cit., p. 36.

3.2.2-Permanencia y Estabilidad

Este elemento permite que las uniones de hecho se distingan de cualquier otra unión o cualquier otra relación afectiva, que tenga el carácter de pasajera, esporádica o accidental. “La relación entre los convivientes debe ser estable; es decir, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años. Por tanto, sólo el paso del tiempo, puede calificar una convivencia de more uxorio. No cabría calificar de esta manera el supuesto de quienes, por ejemplo, pasan juntos unas vacaciones de verano, o realizan un crucero por el Egeo”.¹¹⁶

En efecto, es el transcurso del tiempo el que otorga a la relación de pareja, la calidad de convivencia more uxorio, ya sea consciente o inconscientemente esta unión nace como una situación de carácter provisional, es por ello que la única prueba fehaciente que permite diferenciarla, de cualquier otra relación transitoria, y presumir que se estableció con una voluntad de permanencia es el transcurso del tiempo.

A diferencia de lo que sucede con el matrimonio, el que contraído con las formalidades exigidas por la ley, hace presumir desde su celebración la permanencia y estabilidad de la relación, en las uniones more uxorio, el legislador presume la transitoriedad y provisionalidad de la unión, siendo sólo el paso del tiempo el que la consolida, pudiendo sólo así el Derecho conceder efectos jurídicos.

En consecuencia, quedan al margen todo tipo de relaciones pasajeras o accidentales que los convivientes puedan tener. Es por ello que para que exista convivencia more uxorio, esta debe ser constante y duradera en el tiempo, con lo cual “se excluye toda idea de relación carnal accidental o meramente circunstancial. La permanencia en las relaciones, la asiduidad en la aproximación, son elementos y factores esenciales para su integración. El encuentro fortuito, la coincidencia momentánea o,

¹¹⁶ TALAVERA FERNÁNDEZ, PEDRO. Ob. Cit., p. 29.

incluso, el pequeño período de convivencia, no son eficaces para configurar una unión extramatrimonial relevante jurídicamente. En estas últimas relaciones, falta un elemento anímico que da el tono afectivo del concubinato”.¹¹⁷

Es unánime en doctrina que es el tiempo el que da la estabilidad y permanencia a las uniones de hecho, pero ¿cuanto es el tiempo necesario para ello?, a esta interrogante han surgido varias soluciones. Una de ellas es establecer, claramente, por parte del legislador la cantidad de años que se requieren para configurar estas relaciones. Así existen legislaciones que regulan el concubinato y fijan un plazo mínimo de duración de las uniones de hecho para que ella produzca efectos jurídicos. En efecto, el Código de familia de 1994 de Panamá, exige cinco años consecutivos de singularidad y estabilidad, el Código Civil de Colombia exige un período de dos años de permanencia de la convivencia, en igual sentido el Código Civil peruano en su artículo 326 que expresa “*la unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos(...)*”. Una segunda solución es no regular la cantidad de años necesarios para entender que existe estabilidad y permanencia, fijando sólo los criterios generales al respecto para que sean los tribunales de justicia, quienes deben evaluar caso a caso las situaciones, de acuerdo al mérito de los antecedentes.

A pesar de la exigencia de que la estabilidad y la permanencia se mantengan en el tiempo, puede suceder que así como sucede en el matrimonio, existan alejamientos temporales entre los convivientes, es decir, posibles rupturas o separaciones momentáneas seguidas de un pronto reencuentro, sin afectar por ello la permanencia y estabilidad de la relación.

¹¹⁷ ALCAINO TORRES, RODRIGO. “Proyecciones de las Uniones Extramatrimoniales en el Derecho Civil”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Gabriela Mistral, Santiago, 1991, Profesor Guía: Schmidt Hott, Claudia., p. 20.

3.2.3- Singularidad

Para que la unión de hecho pueda producir los efectos jurídicos deseados, es necesario que la pareja mantenga la fidelidad entre ella y haya singularidad en la relación. En efecto, para que la unión pueda producir efectos jurídicos deben darse sólo entre los miembros de la pareja los requisitos de fidelidad y singularidad, por lo que quedan excluidas todas las uniones formadas por más de dos personas, es decir, aquellas uniones grupales o comunales.

Muchos autores¹¹⁸ han coincidido que para que se cumpla con este elemento, debe darse la fidelidad de la mujer sin que se exija lo mismo a los hombres. Considero que la fidelidad debe ser recíproca entre los convivientes, los que deben mantener una conducta honesta y fiel entre ellos. A pesar de ello, la infidelidad de uno de los individuos que la componen, no afectan la unión, al igual que la infidelidad de uno de los cónyuges no afecta la calidad del matrimonio.¹¹⁹ “Sin embargo, este elemento va más allá de la mera fidelidad, por cuanto lo esencial es que todos los requisitos de la unión de hecho, concurren en forma estable sólo respecto de los sujetos integrantes de dicha unión. Esto significa que la singularidad no se destruye por la sola circunstancia de que alguno de los elementos tipificadores se de, en forma momentánea, fuera de la pareja. Por ejemplo, si uno de los sujetos tiene una relación accidental con un tercero extraño a la relación, no necesariamente deja de existir la singularidad en la unión”.¹²⁰ Luego, el requisito diferenciador de este elemento, no es la fidelidad, sino la exclusividad, puesto que se exige que la relación se presente con todos sus elementos en forma exclusiva entre sus dos miembros. “la singularidad no se destruye, si el concubino mantiene una, momentánea, relación sexual con otra mujer, o si la concubina le es infiel, en un

¹¹⁸ En este sentido PINTO ROGERS, HUMBERTO. Ob. Cit., p. 23

¹¹⁹ BOSSERT, GUSTAVO. y ZANNONI, EDUARDO. “Manual de Derecho de Familia”. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1993, p. 437, citado por ALCAINO TORRES, RODRIGO. Ob. Cit., p. 21.

¹²⁰ BAEZ AGUIRRE, DANIELA. y CONTRERAS SEPÚLVEDA, CLAUDIA. Ob. Cit., p. 20.

momento dado, al concubino”.¹²¹ Este elemento tiene una vital importancia puesto que el hecho de que se presente uno de los elementos del concubinato fuera de la pareja, no destruye la singularidad, ya que si así fuere la unión tendría un alto grado de precariedad. Así los terceros podrían evitar los efectos jurídicos de la relación de pareja estable, por el sólo hecho de demostrar que se ha dado alguna relación aislada con un tercero en desmedro de la unión estable y que reúne todos los elementos que le dan la significación a la unión.

3.2.4- Notoriedad

Para que la unión de hecho sea considerada como una verdadera convivencia *more uxorio*, es presupuesto necesario la publicidad de la unión, en otras palabras, la relación de pareja estable debe traspasar el ámbito de la vida privada de sus integrantes, debe trasuntarse al ámbito público. En consecuencia, quedan al margen de estas uniones aquellas que tengan el carácter de ocultas o clandestinas (relaciones adulterinas), así los miembros de la unión deben comportarse frente a terceros como un verdadero matrimonio, como marido y mujer, “es imprescindible que el concubinato presente visos de notoriedad, creadora de una verdadera situación de apariencia jurídica: los convivientes pasan frente a terceros como marido y mujer, toda vez que concurren a su respecto, los elementos constitutivos de la posesión de estado como son el nomen, tractus, fama, lo que implica que los convivientes se hayan tratado como marido y mujer en sus relaciones domésticas y sociales y en haber sido tratados en ese carácter en ellas y por el vecindario de su domicilio en general”.¹²² En efecto, dándose a conocer la unión de hecho a la sociedad, traerá como consecuencia que se presenten los elementos constitutivos de posesión de estado, creándose la apariencia de un verdadero matrimonio, produciendo la unión de hecho los efectos jurídicos, que el ordenamiento

¹²¹ BOSSERT, GUSTAVO. Ob. Cit., p. 38.

¹²² ALCAINO TORRES, RODRIGO. Ob. Cit., p. 20.

jurídico les concede, ejemplo de ello es lo señalado en el antiguo artículo 18 de la Ley N° 14.908 y el artículo 5 de la Ley N° 20.066.

3.2.5- Ausencia de Formalidades

A diferencia de lo que ocurre con el matrimonio, que esta sujeto a requisitos de carácter imperativo, regulados por la ley tanto en su constitución, como en su disolución, no pudiendo modificar sus efectos por parte de los contrayentes según su voluntad, las uniones de hecho se fundan en su libertad de constitución y disolución. Es decir, no se encuentran sujetas a ningún requisito, a lo menos en los términos que han sido formulados para el matrimonio, así la unión de pareja estable tiene su origen en la voluntad libre y espontánea de sus miembros, con toda ausencia de solemnidades, expresión que debe tomarse un sentido estricto¹²³, sin embargo, su libertad al constituirse no quiere decir que no se necesite cumplir con requisitos a fin de poder constatar su nacimiento y existencia, como lo son por ejemplo el hecho de vivir en una comunidad de vida, de lecho, existir elementos de notoriedad en la relación, etc. Elementos todos necesarios para comprobar la existencia de la relación.

La unión afectiva de hecho queda sujeta al albedrío, a la voluntad de los individuos que la componen, esta relación se va a mantener en el tiempo en la medida en que la voluntad que le dio origen se mantenga y se vaya renovando continuamente.

3.2.6- Heterosexualidad

Las uniones de hecho son analizadas, por muchos de los autores señalando su similitud o semejanza con respecto al matrimonio. Es por ello, que se ha expresado como uno de los requisitos de estas uniones, la heterosexualidad de sus integrantes, es decir, sólo puede considerarse unión de hecho aquellas constituidas por un hombre y una

¹²³ MARTINIC GALETOVIC, MARÍA DORA. y WEINSTEIN, GRACIELA. Ob. Cit., p. 199.

mujer, sin embargo, actualmente la heterosexualidad de los convivientes no es requerida unánimemente. Es más existen países¹²⁴ que han aprobado y regulado las uniones homosexuales, incluso en algunos¹²⁵ se ha legalizado el matrimonio entre personas del mismo sexo permitiéndoseles incluso adoptar hijos.

Como señalé anteriormente la doctrina mayoritaria, ha definido a las uniones de hecho, como iguales o semejantes al matrimonio. Bajo esa premisa es evidente que debe considerarse como uno de los requisitos esenciales para que se constituyan dichas uniones la diversidad de sexo entre los individuos que la componen. No obstante el Tribunal Constitucional Español, ha manifestado en dos de sus más importantes sentencias, 184/1990 y 222/1992¹²⁶, que el matrimonio y la unión de hecho no son situaciones equivalentes, por lo que no puede aplicarse la analogía entre ellas. Siguiendo este criterio si las uniones de hecho no son semejantes al matrimonio, mal podría exigírseles los mismos requisitos para su constitución, luego la heterosexualidad no es un elemento que configure la convivencia afectiva, ya que este es un requisito propio del matrimonio, que no se le hace aplicable a las uniones de hecho por no ser realidades equivalentes con el matrimonio.

3.2.7- Affectio Maritalis

“La convivencia *more uxorio* se compone de dos elementos: el hecho de una convivencia establecida físicamente entre dos personas y un consenso, que la tiene por

¹²⁴ Francia, Noruega, Suecia, Hungría e Inglaterra entre otros regulan las uniones homosexuales.

¹²⁵ Países como Holanda y Bélgica han permitido el matrimonio entre personas de distinto sexo e incluso se ha regulado la adopción de niños, España ha permitido el matrimonio homosexual mediante la dictación de la Ley 13/2005, de 01 de julio de 2005, ley que modifico el artículo 44 del Código Civil.

¹²⁶ TALAVERA FERNÁNDEZ, PEDRO. Ob. Cit., p. 36.

objeto y que asume el nombre y el carácter de *affectio maritalis*¹²⁷, por tanto, la sola convivencia que se da entre los individuos que la componen, aun cuando se extienda por varios años, no llega a constituir una convivencia *more uxorio*, sin que medie en esa unión un aspecto anímico, una voluntad entre los convivientes.

La *affectio* consiste en un consentimiento o voluntad que media entre los convivientes, para crear una relación íntima y estable de convivencia, destinada a compartir su vida, intereses y fines, además de las responsabilidades que surjan como consecuencia de la unión. Este consentimiento no se encuentra sujeto a ninguna formalidad, sino que debe renovarse día a día, en forma continua, a diferencia de lo que sucede con el consentimiento en el matrimonio, en el que se presume su vigencia definitiva por el sólo hecho de manifestarse en un comienzo formalmente de acuerdo a lo establecido en el estatuto regulador del matrimonio.

La *affectio* que se presenta en las uniones de hecho estables jamás es definitiva, es por ello que en el momento en que desaparezca, se entiende de igual manera desaparecida la convivencia *more uxorio*, puesto que es aquella la que le da vida y es ella la que se la quita.

Este consentimiento se manifiesta en dos dimensiones, la primera es de carácter externo, que se presenta cuando los convivientes desarrollan una variedad de actividades de carácter público o externos y a través de ellas se manifiesta en forma clara e inequívoca el establecimiento de una convivencia afectiva entre ellos, “por ejemplo, el uso de una vivienda común o la realización de una serie de actividades públicas comunes (reconocer, mantener o educar a un hijo; cuentas bancarias comunes; compra conjunta de bienes...)”¹²⁸, la segunda dimensión es una de carácter interna, la que se

¹²⁷ *Ibidem.*, p. 46.

¹²⁸ TALAVERA FERNÁNDEZ, PEDRO. *Ob. Cit.*, p. 47.

presenta en el trato que manifiestan los individuos entre si en su ámbito estrictamente personal. Los convivientes deben manifestar su intención o voluntad de vivir juntos y formar una familia o una comunidad de vida, en todos los ámbitos de la vida. Se debe incluir de manera muy especial las relaciones sexuales, debido a que sin ellas difícilmente puede hablarse de una convivencia afectiva entre los convivientes, a pesar de ello estas se encuentran en la esfera de la intimidad y libertad de los individuos, por lo que su ocurrencia no puede ser verificada. “No obstante, la apertura a la sexualidad es un factor indispensable en el consensus generador de una convivencia more uxorio”.¹²⁹

Este elemento afectivo es esencial para determinar la existencia de una convivencia estable de pareja, elemento que según algunos autores se presenta en todas las uniones de hecho independiente del sexo de las personas que la conforman, pues, tanto la dimensión externa e interna (incluso las relaciones sexuales) de la affectio son perfectamente posibles entre personas homosexuales.

3.3- Naturaleza Jurídica de las Uniones Afectivas de Hecho

La doctrina ha elaborado una serie de teorías destinadas a explicar los efectos que estas uniones producen, ya sea con respecto a terceros, como también entre los propios convivientes, así se ha pretendido determinar si estas convivencias afectivas, poseen un estatuto propio que regulen sus efectos, sin perjuicio de ser éste inferior al estatuto que regula el matrimonio, o si sólo constituye un hecho irrelevante a los ojos del derecho, cuando presente caracteres de notoriedad y permanencia. A continuación se analizarán brevemente estas teorías.

¹²⁹ Ibídem., p. 48.

3.3.1- Unión Afectiva de Hecho como Hecho Ilícito

Los exponentes¹³⁰ de esta teoría expresan que las uniones de hecho son actos contrarios a la moral y a las buenas costumbres, esto tiene como fundamento que en el Derecho Civil, lo inmoral se confunde con lo ilícito, en el sentido de que si no se acomoda la conducta de los individuos a las buenas costumbres, este comportamiento puede traer como consecuencia la aplicación de sanciones de naturaleza civil.

Esta doctrina plantea que deben sancionarse con nulidad absoluta los actos celebrados por los convivientes destinados a crear o mantener su comunidad por existir una causa ilícita, ya que dichos actos son contrarios al orden público, pues, tienen una causa contraria a las buenas costumbres. Así los contratos que regulen las relaciones económicas entre los convivientes, como también las indemnizaciones producto de las rupturas, deberán ser invalidadas por ser nulas de nulidad absoluta.

El hecho de aceptar en Chile esta doctrina traería además de poder pedir la nulidad absoluta por causa ilícita, otras sanciones que impedirían a quienes viviesen en una convivencia more uxorio, realizar o desempeñar determinados cargos, como por ejemplo el de desempeñar la guarda, ya que el artículo 497 N ° 8, impide que desempeñen dicha labor los que tuviesen una mala conducta anterior, entre otros casos de posibles sanciones.¹³¹ Esta doctrina ha perdido vigencia entre los autores nacionales e internacionales.

¹³⁰ Entre los cuales se encuentran como principales exponentes PLANIOL y RIPERT.

¹³¹ Existen otras sanciones para quienes presenten alguna conducta inmoral, artículo 539 N ° 5 del Código Civil expresa que los tutores serán removidos por “conducta inmoral, de que pueda resultar daño a las costumbres del pupilo”, artículo 1973 el arrendador puede expeler al “inquilino que empleare la casa edificio en un objeto ilícito, o que teniendo facultad de subarrendar, subarriende a personas de notoria mala conducta (...)”, etc.

3.3.2- Unión Afectiva de Hecho como Contrato

“Una segunda doctrina señala que el hecho de realizar un hombre y una mujer, voluntariamente una vida en común sin encontrarse unidos por vínculos matrimonial, configura un contrato. Este contrato sería la causa de las obligaciones que se producen entre “las partes”, con motivo de la convivencia”.¹³²

En Chile esta doctrina no puede ser acogida, debido a que en nuestro país los actos de familia son de carácter solemne, y regulados expresamente por el legislador, tanto en sus requisitos como en sus efectos. Es así que el Código Civil define en su artículo 102 al matrimonio, la única forma capaz de producir derechos y obligaciones generados por una comunidad de vida entre un hombre y una mujer. En segundo lugar, la unión de hecho tiene como elemento esencial la *affectio maritalis*, que es el consentimiento que debe existir entre los convivientes para que la unión se mantenga en el tiempo, de tal manera y según lo expresado anteriormente, el término de esta voluntad por parte de alguno de los integrantes de la unión trae como consecuencia el término de ella aun cuando se mantenga el consentimiento por parte del otro individuo que compone la relación, lo que se opone a la fuerza obligatoria de los contratos, pues estos no pueden ser dejados sin efectos en forma unilateral por sólo una de las partes, según lo dispone el artículo 1545 del Código Civil.¹³³

Finalmente, a diferencia de lo que sucede con el matrimonio, el que una vez celebrado genera una serie de derechos y obligaciones desde ese mismo instante y hacia el futuro, las uniones de hecho generan sus obligaciones una vez que han terminado, lo que se produce principalmente a la hora de determinar el destino de los bienes que se adquirieron mientras duró la relación afectiva entre los convivientes, lo que se

¹³² ALCAINO TORRES, RODRIGO. Ob. Cit., p. 46.

¹³³ Artículo 1545 del Código Civil, “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”

contradice con la noción de los contratos, ya que estos producen sus efectos desde su celebración y no una vez que han finalizado. En palabras de Planiol y Ripert “hay una fundamental diferencia ideológica entre las resultas jurídicas derivadas del concubinato y las que tiene su origen en la institución matrimonial. El matrimonio es una institución proyectada hacia el futuro con designio duradero y estable por parte de los cónyuges a partir de su celebración, en cambio, el concubinato es todo lo contrario; su trascendencia jurídica (pretendida) opera a partir de la desaparición de la unión “de facto”. La jurisprudencia no configura ni organiza dicha situación, sino que se limita a liquidarla. Nuestro Derecho se libra mucho de decir al hombre y la mujer: Vais a vivir, en lo sucesivo, como amantes(a la manera que diría: Viviréis como marido y mujer). A lo sumo podrá decirles en su día: Habéis vivido como amantes y, en atención a esa situación, procederemos a liquidar vuestros intereses”.¹³⁴

3.3.3- Unión Afectiva de Hecho como Cuasicontrato

Se expresa que la comunidad de vida que mantiene un hombre y una mujer, sin que exista entre ellos vínculo matrimonial, configura un cuasicontrato, generando entre los convivientes una obligación de asistencia mutua, en todos los ámbitos de su vida en común.

En Chile esta teoría ha tenido sustento por la jurisprudencia de nuestros más altos tribunales de justicia, que han señalado que así como existen contratos innominados también existen cuasicontratos innominados, teniendo como fundamento lo expresado por el artículo 2285 del Código Civil que señala que “hay tres principales cuasicontratos”, con lo cual se entiende que en la legislación no sólo existen los cuasicontratos regulados en los artículos 2285 y siguientes, sino que existen otros con lo que se permite asignar las características de los cuasicontratos a otras figuras jurídicas.

¹³⁴ PLANIOL y RIPERT. “Tratado Practico de Derecho Civil Francés”. La Habana, Editorial Cultural S.A., 1939, citado por ALCAINO TORRES, RODRIGO. Ob. Cit., p. 47.

La Corte Suprema conociendo de un recurso de casación en el fondo, en sentencia de 18 de Agosto de 1920, interpuesto en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago dictada con fecha 16 de Julio de 1919, determinó que los servicios prestados por la mujer a su amante, mientras duró la comunidad de vida, constituye un cuasicontrato innominado.¹³⁵ La Corte Suprema señaló que la prestación constituía un cuasicontrato, pues existe un hecho voluntario, de carácter lícito como lo es la prestación de servicios sucesiva por parte de la mujer, la cual fue consentida por su conviviente.

3.3.4- Unión Afectiva de Hecho como Hecho Jurídico

No existe en el ordenamiento jurídico un estatuto que regule las uniones de hecho, como sucede con el matrimonio, sin embargo a pesar de no regular el convivencia como un acto o convención capaz de producir efectos jurídicos, entre los convivientes y menos frente a terceros, el legislador ha ido atribuyéndole paulatinamente efectos a las uniones de hecho, pasando éstas de ser una simple realidad de hecho, a una capaz de producir efectos jurídicos. Por ejemplo, con lo que sucedía con el artículo 280 N ° 3 del Código Civil en que el hijo ilegítimo podía pedir alimentos del padre o madre, cuando el presunto padre había vivido en concubinato notorio como la madre. Este artículo quedó derogado con la reforma introducida por la Ley N° 19.585 de 1999, que estableció el nuevo régimen filiativo, incorporándose en esta reforma el artículo 210 inciso 1, en el que se reconoce como presunción judicial de paternidad, el concubinato de la madre con el supuesto padre, durante la época en la que se haya podido producir la concepción. Igual efecto se producía con la Ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, que en su artículo 18¹³⁶ (hoy modificado por la Ley

¹³⁵ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL. "Las Obligaciones y Los contratos ante la Jurisprudencia", actualizada por Domínguez Benavente, Ramón. 2 ° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1984, citado por ALCAINO TORRES, RODRIGO. Ob. Cit., p.49.

¹³⁶ Artículo 18 "Serán solidariamente responsables del pago de la obligación alimenticia quien viviere en concubinato con el padre, madre o cónyuge alimentante, y los que, sin derecho para ello, dificulten o imposibilitaren el fiel y oportuno cumplimiento de dicha obligación"

20.152 de 9 de Enero de 2007), establecía la responsabilidad solidaria del conviviente del padre o madre con respecto a la obligación de pagar la pensión al alimentante.

A pesar de ello, muchos de los posibles efectos de las uniones de hecho deberán ser formulados a través de los criterios de nuestros tribunales de justicia, debido a la falta de regulación legal existente.

3.3.5- Unión Afectiva de Hecho como Hecho Simple

Esta doctrina plantea que las uniones de hecho son un fenómeno que a los ojos del derecho son irrelevantes, es decir, son hechos que carecen de importancia jurídica, pues son considerados como actos que imitan al matrimonio, por lo cual el legislador no les atribuye ningún efecto jurídico. Así, en los casos que alguno de los convivientes haya contraído alguna obligación con un tercero, quien sería responsable frente a estos es quién contrajo la obligación, aun cuando dicho acto fuere en beneficio de ambos convivientes, sin perjuicio del dolo en que hubiese incurrido el otro conviviente, caso en el cual deberá responder, por su actitud dolosa o fraudulenta.

Se puede decir que nuestra jurisprudencia también ha acogido esta doctrina, ya que muchos de los efectos que reconoce a alguno de los convivientes derivados de esta unión de hecho, se realiza asimilándolos a otras instituciones o aplicando las normas generales del derecho y no reconociéndole efectos propios.

3.4- El Legislador Frente a las Uniones Afectivas de Hecho

Desde el surgimiento de las uniones de hecho, como una alternativa al matrimonio, que se presentaba como un acto cargado de formalidades, han surgido distintas posturas con respecto a ellas. Es así, como el legislador en determinados casos ha optado por no regularlas, debido a su interés en promover y proteger a la familia

matrimonial, que en su opinión es la auténtica y única familia, en desmedro de las uniones de hecho.

A pesar de ello, en la actualidad muchas de las legislaciones han comenzado a regular, paulatinamente, estas uniones, ya sea asimilándolas al matrimonio o en muchos otros casos dictando un estatuto propio, a fin de poder establecer claramente sus requisitos de constitución y efectos, generalmente de naturaleza patrimonial que se producen entre los convivientes y entre éstos y terceros.

A continuación se procederá a examinar las diversas actitudes que han tomado las legislaciones frente a las uniones afectivas, en el orden en que ellas han surgido, así comenzaremos con la posición sancionadora que fue la primera postura tomada por el legislador, para luego examinar la abstencionista, y finalmente la reguladora que es en la actualidad la tendencia dominante.

3.4.1- Doctrina Sancionadora

Esta doctrina parte del supuesto de que la única unión legítima y lícita para el derecho, es aquella que surge como consecuencia del matrimonio, luego cualquier otra unión que no nazca como consecuencia del matrimonio es considerada ilícita, por ser ella contraria a la moral y a las buenas costumbres.

Esta posición puede ser conceptualizada como aquella en que el legislador asume una posición contraria a las uniones de hecho, dictando una serie de disposiciones, tendientes a desincentivar dichas relaciones afectivas, por ser consideradas contrarias a la moral. Finalmente podemos señalar que esta doctrina se encuentra prácticamente abandonada.

3.4.2- Doctrina Abstencionista

En esta doctrina, el legislador opta por no regular las uniones afectivas de hecho, es decir, las ignora, no estableciendo ninguna disposición al respecto. No les concede efecto alguno, sin perjuicio de ello, el ordenamiento jurídico establece algunas disposiciones de carácter aislado que le conceden efectos muy limitados.

Esta posición fue asumida por el Código Civil francés hasta antes de 1999, fecha en la cual se incorporó a dicho cuerpo legal el Título XII, denominado “Del Pacto Civil de Solidaridad y Del Concubinato”, y por la mayoría de los Códigos Civiles de Latinoamérica que tienen como modelo inspirador a dicho cuerpo legal (Uruguay, Argentina, a pesar de la existencia sólo en la provincia de Buenos Aires del matrimonio entre homosexuales, etc.), incluyendo al Código de Bello.

La doctrina del abstencionismo descansa sobre dos fundamentos. El primero de ellos expresa que si se ignora estas uniones, se fomentará el matrimonio. El segundo argumento es la libertad civil, si los convivientes no han querido someterse a estatuto normativo alguno, como lo es el estatuto que regula el matrimonio, no le corresponde al legislador vulnerar su opción de mantenerse al margen de la regulación dada por el ordenamiento jurídico.

3.4.3- Doctrina Reguladora

Surge de la convicción por parte del legislador de que el concubinato constituye una realidad social, la que debe ser regulada, ya que este genera conflictos, los que deben ser solucionados por los tribunales de justicia aplicando un estatuto dictado por el legislador para ello, y no a través de la aplicación de principios y normas dadas para otras instituciones.

Dos son las opciones que han escogido los distintos legisladores para regular las uniones de hecho, una de ellas es establecer un estatuto único y sistematizado que regula claramente los requisitos necesarios para su constitución, sus efectos, y la forma de ponerle término. Una segunda opción, es dictar normas destinadas a regular sólo los efectos que dichas relaciones producen en la esfera patrimonial, ya sea entre los convivientes y entre éstos y terceros, debiendo solucionarse cualquier otro conflicto que no sea de carácter patrimonial recurriendo a principios y normas de otras instituciones.

3.5- Uniones Afectivas de Hecho en el Derecho Comparado

A continuación analizaremos como se ha regulado las uniones estables de pareja en el derecho comparado tanto en Europa como en Sudamérica.

3.5.1 Regulación de las Uniones de Hecho en Europa

3.5.1.1- Francia

El Código Civil de 1804 no reguló ni formuló una definición del concubinato y mucho menos de otro tipo de uniones afectivas, pese a ello la jurisprudencia fue desarrollando a través de su ejercicio una serie de protecciones a los convivientes. Dentro de este escenario el 15 de Noviembre de 1999, se incorpora al Código Civil, mediante la Ley N° 99-994, el Título XII, denominado “Del Pacto Civil de Solidaridad y Del Concubinato”, el que está dividido en dos capítulos, el primero de ellos denominado “Du pacte civil de solidarité” (Del pacto civil de solidaridad), el que se encuentra compuesto de siete artículos (515-1 a 515-7). El segundo capítulo se denomina “Du concubinage” (Del concubinato) que consta de un sólo artículo (515-8).

“Es de resaltar que las uniones de hecho han encontrado la más alta sanción legal. Su regulación no se aborda en una legislación especial, sino que se ubica en el

Code, comúnmente considerado como la Constitución Civil de la República, y, más concretamente, en su Libro Primero, “Des Personnes”¹³⁷.

Pacto Civil de Solidaridad (PACS)

El pacto de solidaridad se encuentra definido en el artículo 515-1 del Código Civil como “un contrato celebrado por dos personas físicas mayores de edad de sexo diferente o del mismo sexo, para organizar su vida en común”, así el pacto puede ser celebrado por uniones afectivas compuestas por personas de igual o diferente sexo.

Ha sido objeto de discusión la expresión “vida en común”, pues no precisa su contenido, es por ello que el Consejo Constitucional francés señaló que en la expresión “vida en común”, no sólo debe entenderse una comunidad de intereses, ni una comunidad de vida entre las personas que componen el pacto, sino también y muy especialmente una residencia común y una vida de pareja, “sino no se justificaría las incapacidades para celebrar el PACS, puesto que las incapacidades para la celebración tienden a prevenir el incesto y a evitar una violación de la obligación de fidelidad propia del matrimonio”.¹³⁸

Para constituir el pacto de solidaridad¹³⁹ los contrayentes deberán realizar una declaración conjunta ante el secretario judicial del Tribunal d’Instance, del lugar donde fijen su residencia común. Ante él se presentarán dos ejemplares originales del convenio firmado por las partes, acompañados de los documentos exigidos. Luego de esta

¹³⁷ DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN. “La Ley Francesa, de 15 de Noviembre de 1999, Relativa al Pacto Civil de Solidaridad”. documento obtenido de la dirección electrónica <http://www.uv.es/~ripj/6ley.htm>

¹³⁸ MEDINA, GRACIELA. “Jurisprudencia y Legislación Extranjera”, p.3, publicación electrónica: www.gracielamedina.com.

¹³⁹ Los trámites necesarios para constituir el pacto civil de solidaridad y para su modificación, debe estarse a lo expresado en el artículo 515-3, del Código Civil.

presentación conjunta el secretario procederá a inscribir la declaración en un registro, y desde esta inscripción el pacto adquirirá fecha cierta, y será oponible frente a terceros.

El artículo 515-2 señala los impedimentos para celebrar el PACS, bajo sanción de nulidad. No se puede celebrar este pacto:

- Entre ascendientes y descendientes en línea directa, entre parientes en línea directa y entre colaterales hasta el tercer grado incluido;
- Entre dos personas de las que al menos una esté comprometida por los vínculos del matrimonio;
- Entre dos personas de las que al menos una esté ya vinculada por un pacto civil de solidaridad.

El PACS produce el deber de prestarse ayuda mutua y material entre los compañeros. Frente a terceros los compañeros se encuentran obligados **solidariamente** por las deudas que hayan contraído para solventar las necesidades de la vida corriente y para los gastos de alojamiento común (Art. 515-4).¹⁴⁰ Con respecto a los bienes muebles los compañeros pueden pactar el régimen de indivisión y su proporción. Si no se señala la proporción, se entiende que es a un 50 % de ellos.

Además la Ley N° 99-994 contempla otros efectos del PACS, en lo que dice relación con la vivienda, en materia impositiva, en seguridad social, etcétera.¹⁴¹

¹⁴⁰ Artículo 515- 4 “Los compañeros vinculados por un pacto civil de solidaridad se aportarán una ayuda mutua y material. Las modalidades de esta ayuda serán establecidas por el pacto.

Los compañeros estarán obligados solidariamente frente a terceros por las deudas contraídas por uno de ellos para las necesidades de la vida corriente y para los gastos relativos al alojamiento común.”

¹⁴¹ Para examinar otros efectos producidos por el PACS, se puede leer, “Aspectos Patrimoniales en las Normativas Sobre Parejas de Hecho. Legislación comparada: España, Francia y Suecia”, estudio elaborado por ARRAU C., FERNANDO. Santiago, Biblioteca del Congreso Nacional, 2004.

El pacto se extingue, según el artículo 515-7, por voluntad de ambas partes o de una de ellas, la que se exteriorizará mediante declaración dirigida al secretario judicial, por el matrimonio de uno de los convivientes o por la muerte de cualquiera de ellos.

Concubinato

El concubinato está tratado en el Capítulo II del Título XII, en el artículo 515-8 que señala “El concubinato es una unión de hecho, caracterizada por una vida en común que presenta un carácter de estabilidad y de continuidad, entre dos personas, de sexo diferente o del mismo sexo, que viven en pareja”. De la definición del artículo 515-8 se desprende que el concubinato es un hecho a diferencia de lo que sucede con el PACS que es un contrato, único capaz de producir derechos y obligaciones de acuerdo con la Ley N ° 99-994. Así el concubinato es permitido entre personas de igual sexo, con lo cual se pone fin a lo señalado por la jurisprudencia francesa que señalaba que sólo existía concubinato entre un hombre y una mujer. “Así, la Sala Tercera de Casación Civil, el 17 de Diciembre 1997, desestimó el derecho del conviviente homosexual a subrogarse en el arrendamiento del compañero premuerto: "Le concubinage ne peut résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage, donc entre un homme et un femme"¹⁴²(El concubinato no puede derivarse sino de una relación estable y continua que tiene la apariencia del matrimonio, entonces, entre un hombre y una mujer).

3.5.1.2- España

En España no existe un régimen jurídico unitario a nivel estatal que regule las uniones de hecho, sin perjuicio de ello existen diversas disposiciones legales que le otorgan efectos a estas uniones.¹⁴³ Esta situación a nivel estatal es diametralmente

¹⁴² DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN, Ob. Cit., p.3.

¹⁴³ Así las normas estatales que otorgan efectos a las uniones de hecho son la ley de arrendamientos urbanos de 1994, que contempla a la pareja de hecho tanto heterosexual como homosexual que contempla el derecho de subrogación en el arriendo de la vivienda habitual. El

opuesta a lo que sucede en las provincias españolas, muchas de las cuales regulan en forma sistemática las relaciones de pareja estables.

Sin embargo, el legislador estatal español aprobó mediante Ley N° 13/2005 de 1 de Julio de 2005, la modificación al Código Civil que en su artículo 44 permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, quedando dicho artículo redactado de la siguiente manera “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

Además se modificó la terminología empleada por el Código al sustituir las menciones de marido y mujer por las de cónyuges o consortes y expresa que todas las referencias al matrimonio que se encuentran en el ordenamiento jurídico se entienden hechas a personas de igual y distinto sexo, es decir, independiente del sexo de los contrayentes.

De este modo se han eliminado en el ordenamiento jurídico español cualquier tipo de referencia al sexo o género de los contrayentes. Así mediante la modificación del artículo 66 del Código Civil los cónyuges tienen iguales derechos y deberes independientes de su orientación sexual.

Con respecto a la adopción de menores como la ley estableció que cualquier mención hecha al matrimonio, en el ordenamiento jurídico, debe ser entendida también para las uniones de personas del mismo sexo, no fue necesario la modificación de la ley de adopción, ya que los requisitos y trámites siguen siendo los mismos, pudiendo adoptar las uniones de personas de igual sexo.

A continuación procederé a examinar las legislaciones dictadas por las comunidades autónomas españolas con respecto a las uniones de pareja estables.

artículo 101 del Código Civil que señala que la convivencia marital trae como consecuencia la pérdida de la pensión compensatoria por causa de separación o divorcio. La ley N ° 35 de 1988 que permite a las uniones de hecho el poder someterse a técnicas de reproducción asistida, entre otras disposiciones estatales.

3.5.1.2.1- Comunidad Autónoma de Cataluña

Cataluña fue la primera comunidad autónoma en regular las uniones de hecho, esta regulación incorporó tanto a las relaciones afectivas existentes entre personas de distinto e igual sexo como asimismo aquellas uniones que buscan una finalidad distinta, para lo cual se dictaron tres leyes la primera de ellas fue la Ley N° 10/1998, de 15 de Julio, sobre Uniones Estables de Pareja, luego la Ley N° 19/1998, de 28 de Diciembre, sobre Situaciones de Convivenciales de Ayuda Mutua, y finalmente la Ley N° 22/2000, de 29 de Diciembre, Sobre Acogida de Personas Mayores, en el presente trabajo sólo analizaremos la ley sobre Uniones Estables de Pareja.¹⁴⁴

A- Ley de 10/1998, de 15 de Julio, de Uniones Estables de Pareja

La ley catalana regula las convivencias de parejas estables tanto heterosexuales como homosexuales, pero en capítulos diferentes, esto en razón de la especificidad que presenta cada una de las relaciones reguladas según se manifiesta en el preámbulo de la ley. “La pareja heterosexual que vive maritalmente, si no se casa, es por voluntad propia. La pareja homosexual no se puede casar aunque lo desee. La primera es capaz de engendrar descendencia biológica, la segunda no. Y aún, dentro de las parejas heterosexuales que conviven more uxorio, es posible distinguir a aquellas que rehúsan toda clase de formalismos y que, por razones de seguridad jurídica, son objeto de una mayor exigencia a la hora de hacer valer sus derechos”. La ley regula en su primer capítulo las uniones heterosexuales y en el segundo las uniones homosexuales.

¹⁴⁴ Si se desea examinar las leyes 19/1998 y 22/2000 puede consultarse la obra, “Aspectos Patrimoniales en las Normativas Sobre Parejas de Hecho. Legislación comparada: España, Francia y Suecia”, estudio elaborado por ARRAU C., FERNANDO. Santiago, Biblioteca del Congreso Nacional, 2004.

1- Unión Estable Heterosexual

La ley en su artículo 1 señala que el presente capítulo regula la unión estable de un hombre y una mujer, los que deben cumplir con los requisitos siguientes para que se les aplique las disposiciones de este capítulo.

Primero ambos convivientes deben ser mayores de edad, no deben tener impedimentos para contraer matrimonio entre si, deben haber convivido maritalmente en forma ininterrumpida un período mínimo de dos años, o haber otorgado escritura pública en la que se manifieste la intención de los miembros de la pareja de acogerse a las disposiciones del presente capítulo, y finalmente que a lo menos uno de los convivientes tenga vecindad civil en Cataluña.

Expresa además la ley que no es necesario el transcurso del tiempo cuando la pareja tenga descendencia común, sin embargo, es necesaria la convivencia entre los miembros de la pareja.

Las relaciones personales y patrimoniales, así como los derechos y deberes que surjan de la convivencia pueden ser regulados por sus miembros a través de documentos públicos, privados e incluso en forma verbal, también pueden ser reguladas las posibles compensaciones entre los convivientes con motivo del cese de la convivencia, pero respetando los derechos mínimos que establece la ley en sus artículos 13 y 14, los que consisten en que el miembro que haya trabajado para el hogar común o para el otro miembro de la pareja, sin retribución alguna o por una retribución insuficiente y por este motivo se haya generado una desigualdad patrimonial entre los patrimonio de los convivientes, que implique un enriquecimiento injusto tendrá dicho conviviente derecho a solicitar una compensación económica (artículo 13).

Cualquiera de los miembros de la pareja tiene derecho a solicitar una pensión alimenticia periódica para su sustento cuando la convivencia ha disminuido la capacidad de quien la solicita de generar ingresos y cuando se tiene a cargo a los hijos o hijas

comunes, en circunstancias en que su capacidad de obtener ingresos ha quedado disminuida (artículo 14). Estos derechos son irrenunciables hasta el momento en que ellos pueden ser exigidos (artículo 3), además son derechos compatibles pero deben ser ejercidos en forma conjunta.

Deben ejercerse en un plazo de un año a contar del cese de la relación y la compensación debe ser pagada en dinero, salvo que exista acuerdo entre las partes o que el tribunal por causa justificada así lo determine.

Los convivientes responden frente a terceros en forma solidaria por las obligaciones contraídas para hacer frente a los gastos comunes (gastos de alimento, conservación o mejora de la vivienda común, gastos médicos o de previsión), siempre que dichos gastos sean adecuados a los usos y nivel de vida de la pareja, en caso contrario deberá responder aquel quien haya contraído la obligación (artículo 5).

La pareja tiene el derecho de adoptar en forma conjunta, y en caso de incapacidad de uno de los convivientes el otro ocupa el primer lugar para asumir su tutela. Además los miembros de la pareja tienen la obligación de proporcionarse alimentos.

El artículo 11 señala que el titular de la vivienda común o de los muebles de uso ordinario no puede enajenarlos o gravarlos sin el consentimiento del otro conviviente o en su defecto de la autorización del tribunal. En caso de contravenir esta disposición el acto es anulable a petición del otro conviviente en el plazo de cuatro años desde que este tenga conocimiento del mismo o desde que se produzca la inscripción en el registro de propiedades.

La unión se extingue por el acuerdo de las partes, por la voluntad unilateral de uno de los miembros de la pareja la que debe ser notificada fehacientemente al otro, por defunción de uno de los miembros, por vivir separados de hecho por un lapso superior a

un año, por matrimonio de uno de los miembros de la pareja. La extinción de la unión genera la revocación de todos los poderes que uno de los convivientes haya dado al otro.

El artículo 18 contempla una serie de derechos a favor del conviviente sobre-viviente entre los que se cuentan la propiedad de los bienes que componen el ajuar de la vivienda en común sin que ellos se computen en el haber hereditario. Sin embargo, éste no va a acceder a la propiedad de aquellos bienes que tengan un valor extraordinario en consideración al nivel de vida de la pareja.

Durante el año siguiente a la defunción del conviviente aquel que lo sobrevive tiene derecho a residir en la vivienda común pudiendo tomar posesión de ella y alimentarse con cargo al patrimonio del difunto, de acuerdo con el nivel de vida de la pareja y con la importancia de su patrimonio, por último el conviviente sobreviviente tiene derecho a subrogarse en el arrendamiento de la vivienda común, cuando el difunto era arrendatario de ésta.

2- Unión Estable Homosexual

Estas uniones son reguladas en el Capítulo II de la Ley N° 10/1998, de 15 de Julio de 1998. Quienes formen la pareja homosexual deben ser mayores de edad, no deben encontrarse unidos por matrimonio o que formar parte de otra pareja estable, no deben ser parientes en línea recta por consaguinidad o adopción y que no sean parientes colaterales por consanguinidad o adopción dentro del segundo grado, y finalmente a lo menos uno de los convivientes debe tener la vecindad civil en Cataluña.

Estas uniones se diferencian de las uniones heterosexuales en que su acreditación se efectúa por escritura pública otorgada conjuntamente. En razón de esto, se ha

señalado que lo que regula la ley no es la unión de hecho homosexual “sino un contrato de convivencia entre personas del mismo sexo”.¹⁴⁵

Las uniones homosexuales están reguladas por el legislador en forma idéntica a las uniones heterosexuales en todos sus aspectos (compensaciones económicas, forma de regular sus derechos y deberes, la obligación de alimentos, sus extinción, etc.), salvo en lo que dice relación en la adopción, pues las parejas homosexuales no pueden adoptar, y en los derechos que se generan cuando la convivencia termina por la defunción de uno de sus miembros, ya que a diferencia de lo que sucede en el caso de las uniones heterosexuales el legislador contempla para las parejas homosexuales la regulación de la sucesión intestada y testada, lo que se funda en el principio de que estas parejas no pueden casarse.

El conviviente súperlite en la sucesión intestada (artículo 34), del conviviente fallecido, que carezca de medios económicos para su sustento puede ejercer una acción personal en contra de los herederos del difunto, para exigirles los bienes hereditarios o su equivalente en dinero a elección de los herederos hasta la cuarta parte del valor de la herencia. Asimismo puede reclamar la parte proporcional de los frutos y de las rentas de la herencia percibidas, desde el momento del fallecimiento del conviviente, o de su valor en dinero.

En el caso de que el conviviente fallecido no tuviese descendientes ni ascendientes y sólo concurren los colaterales en el segundo grado por consanguinidad o adopción, o los hijos de estos colaterales en caso de haber fallecidos, el conviviente supérstite tiene derecho a la mitad de la herencia. Si faltan los colaterales el conviviente tiene derecho a la totalidad de la herencia.

¹⁴⁵ MATA DE ANTONIO, JOSÉ M. “Parejas de Hecho ¿Equiparación o Discriminación? Acciones e Investigaciones Sociales”, (14):183-251, Febrero, 2002, Ed. Electrónica: [http://wzar.unizar.es/acad/fac/eues/bibeues/REVISTA_AIS/14_AIS/AIS_14\(09\).pdf](http://wzar.unizar.es/acad/fac/eues/bibeues/REVISTA_AIS/14_AIS/AIS_14(09).pdf), citado por ARRAU C., FERNANDO. Ob. Cit., Pág. 7.

Si la sucesión es testada (artículo 35) el conviviente supérstite tiene los mismos derechos que se le conceden en el artículo 34 apartado 1.a, es decir, tiene derecho en caso de necesidad económica de ejercer una acción personal para exigir de los herederos del difunto hasta la cuarta parte del valor de la herencia, además de poder reclamar la parte proporcional de los frutos y de las rentas de la herencia percibidos desde el día del fallecimiento del conviviente o de su valor en dinero. Este derecho se pierde al igual que en la sucesión intestada, por la renuncia posterior al fallecimiento del causante, por matrimonio, convivencia marital o nueva pareja del sobreviviente antes de haber reclamado los bienes, por el fallecimiento del conviviente supérstite antes de haberla reclamado, y finalmente por la prescripción al cabo de un año a partir de la muerte del causante.

3.5.1.2.2- Comunidad Autónoma de Valencia

La Comunidad Valenciana reguló las uniones afectivas mediante la Ley N° 01/2001, de 6 de Abril de 2001. El ámbito de aplicación de la ley lo fija su artículo 1 N ° 1 que señala “las personas que convivan en pareja, de forma libre, pública y notoria, vinculadas de forma estable, al menos durante un período ininterrumpido de doce meses, existiendo una relación de afectividad, siempre que voluntariamente decidan someterse a las mismas mediante la inscripción de la unión en el Registro Administrativo de Uniones de Hecho de la Comunidad Valenciana”, como se puede observar la ley consagra todos los requisitos para configurar la uniones afectivas, a fin de poder aplicar la normativa a estas uniones, así exige la convivencia o cohabitación entre los miembros de la pareja, la publicidad de la unión, su notoriedad, afectividad y la permanencia (a través del transcurso de un período ininterrumpido de doce meses), sin embargo, no se exige la heterosexualidad de los convivientes, por lo que la ley se aplica tanto a las uniones hetero y homosexuales. La disposición valenciana contempla como uno de sus principios, que sólo se podrán imponer los derechos y obligaciones contemplados por la ley a aquellas parejas que voluntariamente así lo deseen, manifestando su voluntad a través de la inscripción de su unión en el Registro Administrativo de Uniones de Hecho,

previa acreditación del cumplimiento de los requisitos por la ley exigidos, por lo tanto la inscripción tiene carácter constitutivo (artículo 1 N ° 2).

No pueden constituir una unión de hecho los menores de edad, los no emancipados; las personas que se encuentran unidas por vínculo matrimonial; aquellas que formen una unión estable con otra persona o una unión de hecho inscrita con otra persona, los parientes en línea recta por consaguinidad o adopción; los parientes colaterales por consaguinidad o adopción dentro del tercer grado (a diferencia de lo que sucede en la ley catalana que no permite constituir las uniones de hecho entre parientes colaterales por consaguinidad o adopción dentro del segunda grado), además se exige que a lo menos de uno de los miembros de la pareja este empadronado en la Comunidad Valenciana.

Los convivientes pueden regular sus relaciones patrimoniales durante la convivencia o al cese de ella mediante escritura pública (a diferencia de la ley catalana que permite su regulación por escrito privado, escritura pública y en forma verbal), siempre que el pacto no sea contrario a la ley, y teniendo como limitación para la regulación la igualdad de derechos de los convivientes y que los pactos no sean perjudiciales a éstos.

Si no existe pacto que regule las relaciones patrimoniales se presume, salvo prueba en contrario, que los convivientes concurren a los gastos en proporción a sus recursos.

La unión de hecho se extingue por las mismas causales establecidas por la ley catalana, pero con la salvedad de que la terminación por la separación de hecho de los convivientes no requiere un período de un año, si no de seis meses, además se debe dejar constancia en el Registro cualquiera de las causales por las cuales hubiere terminado la unión.

No sólo las comunidades autónomas de Cataluña y Valencia han dictado su normativa propia para regular las uniones afectivas de hecho, si no también lo han hecho:

- Aragón mediante la Ley 6/1999, de 26 de Mayo, relativa a Parejas Estables no Casadas.
- Navarra mediante Ley Foral 6/2000, de 3 de Julio, para La Igualdad Jurídica de las Parejas Estables.
- Madrid mediante Ley 11/2001, de 19 de Diciembre, de Unión de Hecho.
- Islas Baleares mediante Ley 18/2001, de 19 de Diciembre, de Parejas Estables.
- Principado de Asturias mediante Ley 4/2002, de 23 de Mayo, de Parejas Estables.
- Andalucía mediante Ley 5/2002, de 16 de Diciembre, de Parejas de Hecho.
- Canarias mediante Ley 5/2003, de 6 de Marzo, para la Regulación de las Parejas de Hecho.
- Extremadura mediante Ley 5/2003, de 20 de Marzo, de Parejas de Hecho.
- País Vasco mediante Ley 2/2003, de 7 de Mayo, Reguladora de las Parejas de Hecho.

3.5.1.3- Dinamarca

Mediante la Ley N ° 372, de 7 de Julio de 1989, sobre Registro de Parejas de Hecho (“Lov om registreret partnerskab”), Dinamarca fue el primer país en regular las uniones afectivas de hecho, mediante el sistema de convivencias registradas. A partir de esta ley se permitió que dos personas del mismo sexo pudieran registrarse como compañeros, pudiendo optar a beneficios similares a los que gozaban los cónyuges.

La Ley N ° 372 vino a equiparar la unión homosexual registrada con el matrimonio contraído por personas heterosexuales, así en materia civil se asimilaron los requisitos de constitución y disolución del matrimonio a las uniones de parejas

homosexuales, además de las obligaciones legales, y de los efectos patrimoniales y sucesorios, asimismo se equipararon otros derechos de carácter social como lo son la seguridad social, las pensiones, entre otros.

A pesar de que los efectos de la unión registrada fueron equiparados con los del matrimonio, el legislador estableció algunas excepciones, así la pareja homosexual al momento de formalizar su unión sólo pueden hacerlo a través de una ceremonia civil, a diferencia de lo que sucede con el matrimonio, que puede ser celebrado mediante una ceremonia religiosa o civil. Otra excepción la encontramos con respecto a la adopción, pues los miembros de la unión afectiva tienen prohibido adoptar, ejercer la guarda, custodia y la patria potestad de menores.

A pesar de ello en el año 2001 se les permitió a los miembros de la pareja registrada poder adoptar a los descendientes de su compañero (a), salvo que aquellos, anteriormente, hubieren sido adoptados en el extranjero. Sin embargo, existe prohibición de adoptar niños extranjeros, al igual que se prohíbe acceder a las técnicas de reproducción asistida como la inseminación artificial por parte de parejas compuestas por mujeres.

Se exige por parte de la ley, para poder proceder al registro de la pareja homosexual, como requisito fundamental que los miembros de la pareja sean de nacionalidad danesa y que tengan residencia permanente en el país. Con posterioridad la Ley N ° 360 de 2 de Junio de 1999 modificó la situación anterior permitiéndose el registro de la unión, siempre que a lo menos uno de los miembros de la pareja tuviese la nacionalidad danesa y su residencia permanente en el país.¹⁴⁶

Con respecto a los extranjeros a partir del año 2001, se les permite inscribir su unión en Dinamarca, siempre que los miembros de la unión hubiesen tenido su residencia en el país los dos últimos años anteriores a la época del registro.

¹⁴⁶ BAEZ AGUIRRE, DANIELA. y CONTRERAS SEPÚLVEDA, CLAUDIA. Ob. Cit., p. 88.

Como consecuencia de la reforma introducida con la Ley N ° 372 de 1989, el legislador danés tuvo que reformar el Código Penal, a fin de establecer penas privativas de libertad para aquellas personas que siendo parte de una unión de hecho registrada procedieren a contraer matrimonio o a registrar una nueva unión sin haberse la anterior disuelto de acuerdo con la ley.

3.5.1.4- Noruega

Al igual de lo que sucede con Dinamarca, la Ley Noruega de 1 de Agosto de 1993, tiene un ámbito de aplicación dirigido exclusivamente a las uniones homosexuales, pues no se realiza referencia alguna a las parejas compuestas por personas de distinto sexo, así su artículo primero expresa que “dos personas del mismo sexo pueden registrar su relación como pareja, con las consecuencias legales que siguen de esta ley”.

Se fijan como requisitos para acceder a la inscripción de la pareja que ambos o al menos uno de los convivientes tenga la nacionalidad noruega y que estén domiciliados en el país. Con respecto a los efectos producidos con el registro de la unión, estos fueron asimilados a los efectos producidos por el matrimonio, con algunas excepciones como son la adopción, la guarda y tutela de los menores.

Al igual que la ley danesa, la incorporación de esta ley de registro de parejas, trajo consigo la modificación de la legislación penal extendiendo el delito de bigamia a la pareja registrada.

3.5.1.5- Bélgica

En 1999 entró en vigencia la Ley de Cohabitación Legal, que modificó el Código Civil belga en su Título V, incorporando un estado intermedio entre el matrimonio y la convivencia de hecho, sin embargo, dicha ley estableció efectos muy limitados destinados principalmente a proteger la vivienda común y los bienes que la componen.

Estableció la responsabilidad solidaria de los miembros de la unión para solventar los gastos productos de la vida en común.

Con fecha 13 de Febrero de 2003, se promulgó la ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, ley que entró en vigencia el 1 de Junio de 2003, y que tuvo como finalidad eliminar la discriminación planteada por la orientación sexual de la personas, que les impedía contraer matrimonio. Tras esta reforma el Código Civil belga nuevamente sufrió cambios, permitiendo contraer matrimonio a personas de igual o distinto sexo.

Las uniones homosexuales al igual que en los países anteriores fueron equiparadas en sus efectos a las uniones heterosexuales, tanto en derechos de seguridad social, tributarios, sucesorios, etc. En esta equiparación se excluyeron las materias de filiación y adopción de menores.

3.5.1.6- Holanda

En el derecho holandés existen tres leyes que regulan situaciones distintas, la primera de ellas es el contrato de vida en común, que fue incorporado al ordenamiento jurídico mediante Ley de 16 de Febrero de 1993. Dicha ley se estableció tanto para la pareja heterosexual como homosexual. Establece la posibilidad de celebrar un contrato de carácter privado ante notario, mediante el cual se regula los aspectos patrimoniales y sucesorios de la unión , a pesar de ello dicho contrato sólo tiene efectos entre las partes que concurren a su celebración y en el ámbito del Derecho Privado.

El 1 de Enero de 1998, se incorpora al derecho holandés la Ley de Uniones Civiles, que permite el registro tanto de parejas heterosexuales y homosexuales, asimilando los efectos fiscales y de herencia producida por el matrimonio a la pareja registrada, “no permite la adopción por los compañeros del mismo sexo, pero posibilita la custodia conjunta del hijo o de la hija de uno de ellos. A su vez, establece que el compañero del progenitor está obligado a dar alimentos al menor, el cual puede adoptar

el apellido de aquél y será considerado hijo para los efectos del impuesto sucesorio”.¹⁴⁷ Este registro se lleva acabo ante, al menos, dos y un máximo cuatro testigos. Sólo puede ser celebrado por personas mayores de edad, sin parentesco, que no se encuentren casados o registrados. De la unión deriva la obligación de proveer de pensión alimenticia en caso de separación.

La tercera ley dice relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo. La Ley de 21 de Diciembre de 2000, aprobó el matrimonio entre personas del mismo sexo, modificó el Libro I del Código Civil. Así en el artículo 30 de dicho código se permite el matrimonio entre personas de igual o distinto sexo. Los requisitos para poder contraer matrimonio consisten primero en que ambos contrayentes deben ser mayores de 18 años. Los menores de edad pueden contraer matrimonio siempre y cuando tengan el consentimiento de sus padres, de su tutor o la autorización del tribunal respectivo, del mismo modo las personas que se encuentren afectadas por alguna enfermedad mental y que se encuentren sometidas a curaduría deben pedir autorización al juez competente. De los miembros de la pareja que desean contraer matrimonio al menos uno de ellos debe tener nacionalidad holandesa o residir en el país. Se encuentran impedidos de contraer matrimonio aquellas personas sujetas a algún vínculo de parentesco, como por ejemplo los hermanos consanguíneos-, si lo pueden celebrar los hermanos adoptivos con autorización judicial- padres e hijos, abuelos y nietos. Tampoco pueden contraer matrimonio aquellas personas que se encuentren unidas aun por un vínculo matrimonial o sean parte de una pareja registrada.

Con respecto a los efectos del matrimonio entre homosexuales, se les permite, a diferencia de las legislaciones anteriores, adoptar niños, pero con la salvedad de que sólo pueden ser niños holandeses, para efectos de evitar algún tipo de conflictos con otros países. Para ello se exigen a estas parejas los mismos requisitos que para las parejas heterosexuales. “A partir de la ley del 4 de Octubre de 2001, vigente desde el 1 de Enero de 2002, cualquier menor nacido en una unión civil entre dos mujeres o en una unión

¹⁴⁷ BAEZ AGUIRRE, DANIELA. y CONTRERAS SEPÚLVEDA, CLAUDIA. Ob. Cit., p. 91.

registrada de dos mujeres o heterosexual originará automáticamente responsabilidad compartida sobre el niño. Evidentemente, la compañera de la madre no pasará a ser el padre del menor, pero compartirá sus deberes de mantenimiento y cuidado”.¹⁴⁸ Con respecto al término del matrimonio, la ley contempla la disolución matrimonial mediante el divorcio vincular.

3.5.1.7- Suecia

En 1987 mediante la Ley N ° 232 denominada “Ley de Cohabitanes – Viviendas compartidas”, que entró en vigencia el 1 de Enero de 1988, se procedió a regular las uniones extramatrimoniales, a pesar de ello la ley no tiene un carácter imperativo, pues, los convivientes pueden optar a regular sus relaciones al margen de las normas de la ley. Se contempló en el texto legal efectos limitados para estas uniones refiriéndose exclusivamente al destino de la vivienda común y de los bienes que la componen (muebles y artículos domésticos necesarios para el hogar común), excluyendo cualquier regulación con respecto a otras relaciones patrimoniales.

La ley de cohabitación tiene como ideas principales el evitar que la convivencia extramatrimonial se convierta en un matrimonio de segunda clase, ofrecer un medio legal para la solución de los conflictos producidos durante la convivencia, otorgar protección económica a la parte más débil de la relación al momento de la disolución de la convivencia, y finalmente regular exclusivamente el destino de la vivienda común y

¹⁴⁸ FLORES MARTINEZ, CAROLINA M. y VEGA DÍAZ, VIRGINIA A. “Discriminación por Orientación Sexual”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2004, Profesor guía: Gómez De La Torre Vargas, Maricruz., p. 165 y sig.

su ajuar siempre y cuando hayan sido adquiridos por ambos o sólo uno de los convivientes, excluyendo las demás relaciones patrimoniales.¹⁴⁹

Esta ley rige sólo para la pareja heterosexual, (se excluyen las uniones de personas del mismo sexo), no deben estar unidos por vínculo matrimonial no disuelto con otra persona ni estar unido mediante otra unión registrada.

Al momento de la disolución de la pareja el conviviente más necesitado puede pedir al tribunal correspondiente que se le permita quedarse con la vivienda común, como sucede con el conviviente que mantiene el cuidado y custodia de los hijos, sin embargo, la ley no tiene por finalidad el enriquecimiento de uno de los convivientes, puesto que quien se quede con el hogar común debe compensar el valor de la vivienda, al otro miembro de la pareja.

Esta ley de cohabitación se aplicó exclusivamente a las parejas heterosexuales, hasta la dictación de la Ley 1987:13 de Cohabitantes Homosexuales, mediante esta ley se les hizo aplicable a la unión homosexual las disposiciones de la ley de cohabitación de 1987, además de otras normas legales.

Con posterioridad se dictó la Ley de Registro de la Pareja de Hecho de 23 de Junio de 1994, que entró en vigencia el 1 de Enero de 1995, que permitió el registro de las parejas compuestas por personas del mismo sexo. Mediante esta ley se asimiló en cuanto a los efectos la unión homosexual con el matrimonio. La ley en su Capítulo I regula el registro de la pareja con independencia de su orientación sexual, además de contemplar los requisitos necesarios para poder acceder al registro de la unión. Sólo pueden inscribir su unión aquellas personas mayores de 18 años, que no tengan impedimentos de parentesco (en línea ascendente, descendente o hermanos consanguíneos), debe ser a lo menos uno de los miembros de la pareja nacional sueco y

¹⁴⁹ ARRAU C., FERNANDO. "Aspectos Patrimoniales en las Normativas Sobre Parejas de Hecho. Legislación comparada: España, Francia y Suecia". Santiago, estudio elaborado por la Biblioteca del Congreso Nacional, 2004.

tener domicilio en Suecia, además se prohíbe el registro de personas ya casadas o registradas.

El Capítulo II hace extensible por analogía a las parejas registradas las formas de disolución del matrimonio. El Capítulo III regula los efectos producidos por el registro de la pareja, la que tiene los mismos efectos legales que el matrimonio salvo con relación a la adopción, tutela de los menores y recurrir a las técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, esta situación fue modificada en forma parcial pues se permite la adopción de niños por parejas compuestas por personas del mismo sexo, incluso niños de otras nacionalidades, a diferencia de lo que sucede en Holanda en que sólo es posible la adopción de menores holandeses.¹⁵⁰

3.5.2- Regulación de las Uniones de Hecho en Sudamérica

3.5.2.1- Perú

Las uniones afectivas de hecho en Perú se encuentran consagradas en su Constitución Política de la República, más específicamente en el artículo 5 que expresa: “La unión estable de un hombre y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto le sea aplicable”, asimismo el Código Civil regula las uniones de hecho en su artículo 326 que señala: “La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos”, como se puede observar tanto la Constitución como el Código Civil consagran las uniones de hecho con la única finalidad de regular sus efectos de carácter patrimonial,

¹⁵⁰ FLORES MARTÍNEZ, CAROLINA. y VEGA DÍAZ, VIRGINIA. Ob. Cit., p. 157.

para lo cual se dispone la aplicación del régimen de la sociedad de gananciales previsto para matrimonio.

De las dos disposiciones anteriormente citadas, se pueden extraer los requisitos necesarios para que se configuren las uniones afectivas de acuerdo al derecho peruano, a fin de poder aplicar a las relaciones patrimoniales entre los convivientes el régimen de sociedad de gananciales, estos requisitos son:

- Heterosexualidad, la unión de hecho debe presentarse entre un hombre y una mujer, por lo que queda claramente establecido que no se reconocen las uniones de hecho entre personas del mismo sexo. Es decir, se exige la heterosexualidad como un requisito de existencia de la unión. Se prohíben asimismo las uniones poligámicas, pues, la unión debe configurarse por **un** hombre y **una** mujer, en efecto la unión debe ser singular.
- Voluntad del hombre y de la mujer de iniciar y mantener la unión.
- La ausencia de impedimentos matrimoniales, los que se encuentran regulados en los artículos 241 y 242 del Código Civil.
- La unión debe nacer con el propósito de alcanzar las finalidades y cumplir con deberes semejantes a los del matrimonio (la finalidad del matrimonio es hacer vida en común por parte de los cónyuges, así lo expresa el artículo 234 al definir matrimonio. Con respecto a los deberes del matrimonio (artículo 287 y siguientes) estos consisten en alimentar y educar a los hijos; fidelidad y asistencia recíproca; cohabitar en el domicilio conyugal; los cónyuges tienen el deber y derecho de participar en el gobierno del hogar y de cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo).
- Que la unión haya durado a lo menos dos años continuos, por lo tanto el legislador fija cual es el plazo necesario para que se cumpla con el elemento de permanencia y estabilidad, para que la convivencia

accidental o temporal se transforme en verdadera convivencia more uxorio.

A diferencia que de lo que sucede con las legislaciones europeas, la legislación peruana no exige como requisito para constituir la unión su inscripción en algún registro creado para ello.

A las uniones de hecho en Perú se le otorgan sólo efectos de carácter patrimoniales, así estas uniones cuando cumplen con los requisitos anteriores, forman una comunidad de bienes sujetas a las normas dadas para el régimen de sociedad de gananciales regulado en los artículo 301 y siguientes del Código Civil.

A continuación se procederá a analizar brevemente el régimen de sociedad de gananciales. El artículo 301 consagra la división de los bienes propios de cada cónyuge (artículo 302 a 309) y bienes de la sociedad (artículo 310 a 315).

Los bienes propios son administrados por cada cónyuge pudiendo gravarlos y enajenarlos libremente sin autorización del otro, sin embargo, se contempla la posibilidad de que uno de los cónyuges administre los bienes propios del otro, cuando este así lo permita, pero el cónyuge que administre los bienes lo hará sólo con facultades ordinarias de administración y deberá restituirlos en el momento en que así se le requiera por el cónyuge propietario de ellos.

Son bienes sociales todos aquellos no contemplados en el artículo 302 del Código Civil (contempla cuales son los bienes propios de casa cónyuge), sin perjuicio de señalar reglas para la calificación de los bienes sociales (artículo 311). Estos bienes sociales son administrados por ambos cónyuges, pero uno de ellos puede ceder la administración exclusiva al otro de todo o parte de los bienes, debiendo indemnizar el cónyuge administrador al otro por los perjuicios causados por los actos dolosos o fraudulentos realizados por aquel en el ejercicio de su administración. Para poder disponer o gravar estos bienes es necesaria la participación del marido y la mujer, salvo

que exista un poder especial de uno de los cónyuges al otro, para que pueda realizar dichos actos. Cuando se trate de adquirir bienes muebles u otros bienes contemplados en leyes especiales puede ser efectuada por cualquiera de los cónyuges.

En el caso de que la unión afectiva no cumpla con los requisitos contemplados en el artículo 326 del Código Civil la comunidad de bienes, producto de la unión, no queda sujeta al régimen legal de sociedad de gananciales, sin perjuicio de ello, el legislador peruano contempla la posibilidad de ejercer la **acción in rem verso**, producto del enriquecimiento sin causa de parte de uno de los convivientes.

La unión afectiva de hecho termina según el inciso 3 del artículo 326 del Código Civil por muerte de uno de los convivientes; por ausencia de uno de los convivientes; por mutuo acuerdo; o por decisión unilateral. En este último caso, a elección del conviviente abandonado, el juez puede conceder una suma de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos en su beneficio, sin perjuicio de los derechos que le corresponden en el régimen de sociedad de gananciales.

3.5.2.2- Bolivia

Al igual de lo que sucede en Perú, en Bolivia las uniones de hecho se encuentran consagradas en su Constitución Política, más específicamente en el inciso 2 del artículo 194 que expresa: “Las uniones libres o de hecho, que reúnan condiciones de estabilidad, singularidad y sean mantenidas entre personas con capacidad legal para contraer enlace producen efectos similares a los del matrimonio en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes y en los que respecta a los hijos nacidos de ellas”, y reguladas en el Código de Familia en el Capítulo Único (artículos 158 y siguientes), del Título V del Libro I, denominado “De los Efectos Personales y Patrimoniales de las Uniones Libres”, el Código señala que debe entenderse por unión de hecho en el artículo 158: “Se entiende haber unión conyugal libre o de hecho cuando el varón y la mujer,

voluntariamente, constituyen hogar y hacen vida común en forma estable y singular con la concurrencia de los requisitos establecidos por los artículos 44 y 46 al 50”.

En Bolivia tanto la Constitución como el Código de Familia reconocen a la unión de hecho efectos similares a los del matrimonio tanto en el ámbito patrimonial como personal, sin perjuicio de regularlas en forma orgánica y sistemática consagrando un estatuto propio y específico.

De los preceptos anteriores podemos establecer los requisitos necesarios para constituir una unión conyugal libre para que produzca los efectos consagrados por el legislador boliviano, estos son:

- Heterosexualidad de quienes componen la unión, por lo que al igual que en Perú sólo se reconocen las uniones afectivas entre un hombre y una mujer, excluyendo las uniones homosexuales.
- Voluntad libre de los convivientes de constituir un hogar y hacer vida en común.
- Cohabitación, pues se requiere que los miembros de la unión constituyan un hogar y hagan vida en común.
- Estabilidad, a diferencia de lo que sucede en Perú, en Bolivia el legislador no fija un tiempo para que la unión se transforme en una convivencia *more uxorio*.
- Singularidad de la unión, la que debe estar conformada por **un** hombre y **una** mujer, excluyendo todo tipo de uniones poligámicas.
- Ausencia de impedimentos matrimoniales, es decir, los convivientes deben tener aptitud nupcial.

El legislador boliviano incorporó en el Título de las uniones de hecho ciertas costumbres indígenas, las cuales a pesar de que no cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 158, de igual manera se les aplicarán los efectos tanto

personales como patrimoniales de las uniones afectivas de hecho, de acuerdo a lo señalado por el artículo 160 del Código de Familia que expresa: “Quedan comprendidas en las anteriores determinaciones las formas prematrimoniales indígenas como el “tantanacu” o “sirvinacu”, las uniones de hecho de los aborígenes y otras mantenidas en los centros urbanos, industriales y rurales”.

Las uniones de hecho que cumplan con los requisitos anteriores, producen efectos patrimoniales y personales, a diferencia de lo que sucede en Perú en que las uniones afectivas sólo generan efectos patrimoniales, similares a los del matrimonio, por tanto el legislador boliviano elevó las uniones afectivas de hecho a una categoría análoga al matrimonio.

Así se desprende del artículo 159 del Código de Familia que expresa: “(REGLA GENERAL) Las uniones conyugales libres o de hecho que sean estables y singulares producen efectos similares al matrimonio, tanto en las relaciones personales como patrimoniales de los convivientes. Pueden aplicarse a dichas uniones las normas que regulan los efectos del matrimonio, en la medida compatible con su naturaleza, sin perjuicio de las reglas particulares que se dan a continuación”.

Las uniones afectivas de hecho generan los deberes personales (artículo 161) de fidelidad, asistencia y cooperación, los que son recíprocos para los convivientes. La infracción del deber de fidelidad por parte de alguno de los convivientes es causa que justifica la ruptura de la unión, salvo que una vez producida la infidelidad y conocida por el miembro de la pareja afectado continúe la cohabitación entre los convivientes.

La asistencia y cooperación son deberes inherentes a la unión, por lo que al momento de poner término a ésta, ninguno de los convivientes tiene la obligación de retribuir o restituir cosa alguna.

En lo que dice relación con los efectos patrimoniales de la unión conyugal libre, es indispensable distinguir entre los bienes propios de cada conviviente y los bienes comunes a la unión.

Los bienes propios son administrados por el conviviente propietario de cada uno de ellos, así los bienes pueden ser enajenados o gravados sin necesidad del consentimiento del otro conviviente (artículo 166).

Son bienes comunes, los ganados por los convivientes durante la unión como consecuencia de su trabajo personal o del esfuerzo común de la pareja, además de los frutos que dichos bienes generan, son también bienes comunes los adquiridos mediante la permuta de un bien común o aquellos adquiridos con fondos comunes; además de los productos del azar o la fortuna, entre otros (artículo 111 y siguientes). Estos bienes se encuentran destinados a la satisfacción de las necesidades comunes de los convivientes así como también para el mantenimiento y educación de los hijos. En lo que dice relación con su administración le corresponde a cualquiera de los convivientes, sin embargo, los gastos generados y las obligaciones que se contraigan por uno de ellos para la satisfacción de las necesidades recíprocas y/o de los hijos obligan también al otro. Para poder disponer de un bien común o de celebrar actos que dicen relación con el uso y goce de éstos, es necesario el consentimiento de ambos convivientes. A la administración y disposición de los bienes comunes es posible aplicar las normas sobre comunidad de gananciales.

Los bienes comunes forman una comunidad, la que se divide por mitades iguales entre los convivientes o sus herederos cuando la unión finaliza.

La unión termina por la muerte o por la decisión unilateral de uno de los convivientes. En caso de que la convivencia termine por muerte de uno de los convivientes, el que sobrevive tiene derecho a tomar la mitad de los bienes comunes y la otra mitad debe distribuirse entre los hijos, cuando existan. En caso contrario, deben

aplicarse las normas contenidas en el Código Civil en materia sucesoria. En el caso de los bienes propios del conviviente muerto, el que sobrevive tiene participación en ellos en igualdad de condiciones que los hijos.

Si existe testamento este deberá cumplirse íntegramente siempre y cuando las disposiciones que contenga, no sean contrarias a las disposiciones explicadas anteriormente.

Cuando la unión finaliza por la decisión unilateral de uno de los convivientes, el otro tiene derecho de pedir inmediatamente la división de los bienes comunes y la entrega de lo que le corresponde, además puede obtener cuando carezca de los medios necesarios para su subsistencia, y no hubiere existido infidelidad u otra culpa grave, se fije en su favor una pensión de asistencia. Siempre puede solicitar que se fije una pensión de asistencia para los hijos que queden bajo su guarda.

Lo que le corresponde a cada uno de los convivientes al término de la unión, ya sea, que se haya producido por muerte o decisión de uno de los convivientes, deberá hacerse efectivo en el saldo que quede después de haber pagado las deudas y satisfechas las cargas comunes. Si los bienes comunes no son suficientes quedarán afectos los bienes propios de cada uno de los convivientes (artículo 170).

Las uniones de hecho que no cumplan con los requisitos estudiados anteriormente, son uniones irregulares, que no producen los efectos patrimoniales ni personales regulados por el Código de Familia, según lo dispone el artículo 172. Sin embargo, excepcionalmente estas uniones van a producir los mismos efectos que las uniones regulares, cuando los miembros de la unión que no cumplen con los requisitos de los artículos 44 y 46 a 50, invoquen dichos efectos, siempre que la unión tenga el carácter de permanente y singular, y ambos o a lo menos uno de los convivientes esté de buena fe.

3.5.2.3- Colombia

En Colombia la Constitución Política consagra las uniones de hecho en el inciso 1 del artículo 42, que señala: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”, así la familia tiene su origen en el matrimonio o en la voluntad responsable de un hombre y una mujer de conformarla “la novedad está en haber elevado a canon constitucional y como fuente de la familia, a la unión marital de hecho”.¹⁵¹ Las uniones maritales de hecho, como les denomina el legislador colombiano¹⁵² se encuentran reguladas en la Ley 54 de 1990, de 28 de Diciembre de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005, de 26 de Julio de 2005, dicha disposición sólo regula los efectos patrimoniales de estas uniones. Para los efectos de esta ley y para todos los efectos civiles se debe entender por unión marital de hecho “la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho” (artículo 1).

Los requisitos para que se configuren las uniones de hecho en Colombia, no difieren de las legislaciones estudiadas anteriormente, estos requisitos son:

- Heterosexualidad de los integrantes de la unión, por lo que se descarta la aplicación de la Ley 54 de 1990, a aquellas parejas conformadas por personas del mismo sexo.
- Que los miembros de la unión no se encuentren casados. Por lo tanto, a diferencia de lo que sucede en las legislaciones de Perú y Bolivia en las que se exige que los miembros de la unión no tengan impedimentos para

¹⁵¹ SUÁREZ FRANCO, ROBERTO. “Derecho de Familia”. 7º ed. Santa Fe de Bogotá Colombia, Editorial Temis S.A, 1998, t. I, p. 17.

¹⁵² Término utilizado por FUEYO LANIERI en nuestro país.

contraer matrimonio, en Colombia el único impedimento es estar casado alguno de los convivientes.

- Comunidad de vida, debe existir cohabitación entre los convivientes.
- Permanencia de la unión.
- Singularidad, por tanto no se puede aplicar las disposiciones de la ley a aquellas uniones poligámicas o múltiples.

La existencia de la unión de hecho puede ser declarada mediante escritura pública otorgada ante Notario suscrita por ambos convivientes; por Acta de Conciliación suscrita por ambos convivientes en centro legalmente constituido; y finalmente, por sentencia judicial por los Jueces de Familia de Primera Instancia.

La legislación de Colombia sólo regula los efectos de carácter patrimonial de las uniones maritales de hecho, las que conforman una sociedad patrimonial, la que pertenece por partes iguales a cada conviviente. Forman parte de la sociedad, los bienes adquiridos productos del trabajo de cada conviviente durante la vigencia de la unión. No van a formar parte de la sociedad aquellos bienes que sean adquiridos por los compañeros producto de donación, herencia o legado, ni tampoco los bienes adquiridos antes del inicio de la unión, pero si entran al haber de la sociedad los frutos, rentas o réditos producidos por estos bienes (artículo 3).

La unión se disuelve por mutuo consentimiento de las partes, que se debe dejar constancia en una escritura pública suscrita por los convivientes ante Notario; por mutuo acuerdo de las partes suscrito en acta otorgada en Centro de Conciliación legalmente reconocido; por sentencia judicial; y finalmente por muerte de uno o ambos compañeros. La forma de terminar la unión esta relacionado con la forma en que declara la existencia de ésta (artículo 5).

Cuando la causa de la disolución de la sociedad fuese la muerte del o los convivientes, la liquidación de ésta puede realizarse dentro del proceso de sucesión, siempre y cuando previamente se haya logrado su declaración de acuerdo con la ley.

3.5.2.4- Argentina

En Argentina al igual de lo que sucede con nuestro Código Civil, el Código de Vélez Sarfield no regula el concubinato, sólo se refería a él en su artículo 232, el que fue reproducido por la Ley N ° 2393 en su artículo 89, y con posterioridad por el artículo 223 el cual fue introducido por la Ley N ° 23.515.¹⁵³

Sin embargo, durante el transcurso de los años se han introducido en el ordenamiento jurídico, algunas normas destinadas a regular algunos efectos de las uniones de hecho entre las que podemos mencionar la Ley N ° 24.241 sobre Jubilaciones y Pensiones, la Ley N ° 23.091 sobre Arrendamiento, entre otras. Especial interés presenta la Ley de Uniones Civiles aprobada el 13 de Diciembre del 2002, en la ciudad de Buenos Aires, la que tiene vigencia sólo en esta ciudad.

La ley de Uniones Civiles define en su artículo 1 que son uniones civiles aquellas conformadas libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual, con lo que se convierte en la primera legislación latinoamericana en regular las uniones afectivas tanto heterosexuales como homosexuales. Los miembros de las uniones deben convivir en forma estable y pública por un período de dos años, salvo que exista descendencia en común. Los miembros de la unión deben tener domicilio en la ciudad de Buenos Aires con a lo menos dos años de anterioridad al momento de requerir la inscripción, y finalmente se debe inscribir la unión en el Registro de Uniones Civiles.

Para los efectos de probar la unión es preciso distinguir dos situaciones, la primera si existe descendencia en común en cuyo caso la prueba de la relación se

¹⁵³ BAEZ AGUIRRE, DANIELA. y CONTRERAS SEPÚLVEDA, CLAUDIA. Ob. Cit., p. 113.

acredita fehacientemente y la segunda si no existe la descendencia común la relación se acreditará mediante la prueba de testigos los que deben ser como mínimo dos y como máximo cinco.

No pueden constituir una unión civil los menores de edad, los ascendientes y descendientes sin limitación y los hermanos y medios hermanos, los parientes por afinidad en línea recta en todos sus grados, los que se encuentren unidos por matrimonio mientras subsista, los que sean miembros de una unión civil subsistente, los parientes por adopción plena y simple, y finalmente los declarados incapaces.

La celebración de la unión civil de acuerdo con esta normativa trae como consecuencia que en el ejercicio de los derechos, obligaciones y beneficios que emanan de la normativa dictada en la ciudad de Buenos Aires, los convivientes van a tener un tratamiento similar al de los cónyuges.

La unión termina por mutuo acuerdo, por la voluntad unilateral de uno de los miembros de la unión, por el matrimonio de uno de los miembros de la unión, por muerte de uno de sus integrantes.

Como se puede apreciar la Ley de Uniones Civiles no dista mucho de las normativas dictadas en países como Francia, Suecia, siendo muy similar a las legislaciones dictadas en las comunidades autónomas españolas.

CAPÍTULO IV
REGULACIÓN DE LAS UNIONES AFECTIVAS DE HECHO EN LA
LEGISLACIÓN NACIONAL

4.1 Legislación Civil

4.1.1- Código Civil

El Código Civil, en adelante CC, incorpora el término familia alrededor de 40 veces, a pesar de ello no existe en él ninguna disposición que nos permita determinar cual es la extensión de dicho término, es decir, no existe en este cuerpo legal disposición alguna que defina en términos claros y precisos que debe entenderse por familia, con lo cual se mantiene la incertidumbre con respecto al significado de familia, de la misma manera que sucede con nuestra Carta Fundamental. Sin perjuicio de lo anterior en el artículo 815 inciso 3° del CC, a propósito del derecho de uso y habitación, se señala que: “la familia comprende al cónyuge y los hijos legítimos y naturales, tanto los que existen al momento de la constitución, como después, y esto aun cuando el usuario o e habitador no este casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la 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 deben alimentos”.

Sin embargo, el artículo 815 del Código Civil no contiene una definición de familia en los términos del artículo 20 CC, pero si nos permite determinar cual es el contenido de la palabra familia, es decir, cual es su sentido natural y obvio, sentido que tuvo presente el constituyente al momento de redactar nuestro Texto Fundamental y someter su aprobación a la ciudadanía.¹⁵⁴ Por lo tanto, debe entenderse por familia no

¹⁵⁴ FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO. Ob. Cit., p. 71.

sólo a la familia surgida del matrimonio sino también a aquella que tiene su origen en la convivencia more uxorio, pues es ese el sentido de la palabra familia. Sin embargo, el Código de Bello al igual que los textos legales de su época y que se inspiraron en el Código de Napoleón, mantuvo su silencio en torno a las uniones afectivas de hecho, es decir, asumió una posición abstencionista, sin perjuicio, de concederles algunos efectos jurídicos, en determinadas disposiciones.

Nuestro Código Civil contempla aún disposiciones que están destinadas a proteger y fomentar el nacimiento de familias que tengan su origen en el matrimonio, en desmedro de la aquellas uniones surgidas como consecuencia de la convivencia. Entre las instituciones que establecen una situación desmejorada para la familia de hecho especialmente para los convivientes, más que para los hijos de dichas relaciones afectivas (debido a la dictación de la Ley N° 19.585 que estableció un nuevo estatuto filiativo, que consagró la igualdad de derechos para los hijos independiente de su origen), nos encontramos con la institución del bien familiar, la sucesión por causa de muerte, entre otras instituciones. Además la legislación civil contempla otras disposiciones que establecen idénticas diferencias.

A continuación nos detendremos en el análisis de algunas disposiciones contenidas en el Código Civil como en otras leyes de naturaleza civil, que dicen relación con la familia, y que en algunos casos establecen estatutos diferentes para la familia legítima y la familia de hecho.

4.1.1.1- Bien Familiar

El bien familiar se encuentra regulado en el párrafo 2° al Título VI del Libro I del Código Civil, párrafo que fue agregado por la Ley N° 19.335, y que se encuentra compuesto por nueve artículos, desde el artículo 141 a 149 ambos inclusive.

El bien familiar tiene lugar cuando los cónyuges se separan y el inmueble que sirve de residencia principal, queda en manos del cónyuge a cargo del cuidado de los hijos. Esta institución tiene por finalidad proteger a la familia, para que posea un lugar físico y estable en donde poder vivir y desarrollarse con tranquilidad, a pesar de ello la institución del bien familiar esta contemplada única y exclusivamente para la familia basada en el matrimonio, lo que se desprende claramente, en primer lugar, por la ubicación en la que se incorporó al Código Civil, más precisamente en el Título VI del Libro I denominado “Obligaciones y Derechos de los Cónyuges”, y puesto que casi la totalidad de las disposiciones del párrafo 2º se refieren a “los cónyuges”.¹⁵⁵ Luego, para que se pueda pedir la declaración de bien familiar es requisito fundamental y previo la existencia del matrimonio, sin importar el régimen patrimonial bajo el cual se haya contraído.

De acuerdo a lo señalado anteriormente no existe posibilidad alguna que el miembro de la pareja de hecho que quede a cargo del cuidado de los hijos pueda solicitar la declaración de bien familiar, por lo que podrá ser desalojado de la vivienda que ocupaba la familia de hecho como hogar y en la que se desarrollaba la vida común, si el conviviente propietario del hogar lo decide. Así sólo podrá solicitar a su conviviente, mediante un proceso judicial, alimentos que se decretaran única y exclusivamente para el sostén de los hijos comunes.

Esta institución claramente protege única y exclusivamente a un solo tipo de familia, como lo es la familia basada en el matrimonio, situación que no se comprende, ya que a pesar de no estar constituida la pareja de hecho mediante el matrimonio, no por ello deja de ser familia, luego si también es familia le corresponde al legislador cumplir con el mandato constitucional que se le impone, como es el de su protección (siempre que se considere el término familia comprensivo también de la familia de hecho, como así lo considero).

¹⁵⁵ RAMOS PAZOS, RENÉ. Ob. Cit., t II, p. 353.

Aún más si analizamos tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile, que deben entenderse incorporados a nuestro ordenamiento jurídico en razón del artículo 5° de nuestra Carta Fundamental, como lo son la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículos VI y XXIII), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 11 inciso 1), Pacto Internacional de Derechos Políticos (artículo 23 inciso 1) y Convención Americana sobre Derechos Humanos, más conocida como Pacto de San José de Costa Rica (artículo 17), estos son claramente vulnerados, pues obligan a los Estados partes a proteger a la familia sin distinción alguna entre matrimoniales o legítimas y no matrimoniales o ilegítimas estableciendo, además la protección de la vivienda en la que habita ésta sin distinción.

4.1.1.2- Situación Preferente del Cónyuge Sobreviviente

La situación del cónyuge sobreviviente es diametralmente opuesta al conviviente súperlite, así el Código Civil, a propósito de la regulación en materia de herencia, no incorporó dentro de los órdenes sucesorios de la sucesión intestada al conviviente, ni tampoco como legitimario, lo que le deja en una situación de extrema precariedad a la hora del fallecimiento de su pareja no permitiéndole participar en la sucesión intestada del conviviente fallecido de manera alguna. En lo que respecta a la sucesión testada el miembro de la pareja de hecho sólo podrá participar de ella en la medida en que su conviviente haga uso de la cuarta de libre disposición, mediante la cual puede disponer de una parte de su patrimonio en favor de su conviviente. En lo que dice relación con la cuarta de mejora el conviviente sobreviviente, a diferencia de lo que sucede con el cónyuge, no puede ser incluido dentro de ella por poseer la calidad de legitimario del conviviente fallecido. De acuerdo a lo expresado anteriormente el miembro de la pareja de hecho queda en una situación completamente desmejorada en comparación con el cónyuge sobreviviente el que puede ser titular tanto de la cuarta de mejora como de la cuarta de libre disposición. Por lo tanto, la posibilidad de que el conviviente pueda

obtener parte de los bienes del difunto, que en muchos de los casos contribuyó a adquirir, es que recurra a la justicia ordinaria invocando principios generales del derecho como lo es el enriquecimiento sin causa, o instituciones como la comunidad o la sociedad de hecho, situaciones que resulta bastante difícil de probar, quedando entregado al juez de la instancia el considerar la existencia de estas circunstancias.¹⁵⁶

4.1.2- Ley de Violencia Intrafamiliar

La Ley N° 20.066, fue promulgada el 22 de Septiembre de 2005 y comenzó a regir el 01 de Octubre de 2005. Derogó la Ley N° 19.325 de 27 de Agosto de 2004, en la que se emplea una noción amplia de familia al considerar a las uniones afectivas de hecho.¹⁵⁷

La Ley N° 20.066 establece que es lo que debe entenderse por violencia intrafamiliar, así el artículo 5 señala “Violencia intrafamiliar. Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido **la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia** con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive del ofensor o **de su cónyuge o de su actual conviviente**.”

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

¹⁵⁶ En el próximo capítulo se hará un estudio de como los tribunales de justicia han tratado el tema.

¹⁵⁷ GÓNZALEZ SILVA, ANDREA y LOBOS FUICA, GONZALO. “Análisis de las Últimas Modificaciones Legales al Derecho Penal y Civil: Sus Efectos en la Familia Penalmente Tutelada”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2001, Profesor Guía: Sepúlveda Crerar, Eduardo.

los integrantes del grupo familiar”.¹⁵⁸ Como se ve el legislador consiente de nuestra realidad y siguiendo lo señalado por el artículo 1 de la Ley N° 19.325, incorporó como víctimas de violencia intrafamiliar no sólo al cónyuge, sino también a cualquiera de los miembros de la pareja de hecho que es violentado física o psicológicamente por el otro conviviente, lo que relacionado con el artículo 1 de la Constitución Política de la República, nos lleva a concluir que el ordenamiento jurídico ha reconocido expresamente a las familias de hecho, pues, la presente ley la coloca en la misma categoría jurídica que la familia matrimonial.

Además se puede concluir que no sólo se encuentra amparada la familia de hecho, sino también lo que podríamos llamar la familia ensamblada, ya que la ley señala que también existe violencia intrafamiliar cuando la conducta que se establece en el inciso 1 ° del artículo 5° recae sobre un menor que se encuentra al cuidado o dependencia de alguno de los integrantes del grupo familiar, lo que perfectamente sucede en la familia ensamblada en la que los hijos solamente de uno de los adultos que componen la unión familiar, pueden sufrir algún acto de violencia por aquel individuo con el cual no tiene ningún lazo sanguíneo.

4.1.3- Adopción

4.1.3.1- Ley N° 19.620

La Ley N° 19.620 “tiene una orientación plenamente tutelar sobre el menor y concibe la adopción, como la figura jurídica que permite que el menor tenga derecho a una familia y no como la forma de entregar a los padres un hijo”¹⁵⁹, lo que permite que

¹⁵⁸ Lo ennegrecido es nuestro.

¹⁵⁹ CAMPILLAY FERNÁNDEZ, JORDÁN. “La Adopción y Los Nuevos Procedimientos de la Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia: Algunas Consideraciones acerca de la Noción de Abandono en la Adopción”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2005, Profesor Guía: Gómez De La Torre Vargas, Maricruz., p. 53.

Chile cumpla con los tratados internacionales que ha suscrito y ratificado, los que contemplan principios como el interés superior del niño y la subsidiariedad entre otros, principios ambos que se encuentran plenamente cautelados en esta normativa.

La adopción pasa a ser considerada ya no un contrato, sino una institución, a pesar de la obligación que se impone al juez de oír al menor sujeto a adopción.

En lo que dice relación con aquellas personas que pueden adoptar, la que se amplía considerablemente en comparación con las leyes dictadas anteriormente, estas son:

- Cónyuges chilenos o extranjeros, con residencia permanente.
- Personas solteras, divorciadas o viudas chilenas, con residencia permanente. Sólo podrán adoptar cuando no existan matrimonios interesados, además los viudos y divorciados pueden actuar en forma individual de igual manera que una persona soltera.

El viudo (a), puede comprobar la intención del cónyuge fallecido de adoptar mediante instrumento público, testamento o por un conjunto de testimonios fidedignos que lo establezca de un modo irrefragable, no bastando para esto la sola prueba testimonial, en este caso la adopción, mediante una ficción legal se entiende hecha por ambos cónyuges.

- Finalmente cónyuges nacionales o extranjeros, sin residencia.

Como se puede observar a pesar de que la legislación en materia de adopción, fue mejorando con la dictación de las sucesivas leyes que siguieron a la Ley N° 5.343, las que fueron acentuando su carácter tutelar sobre el adoptado y ampliando las personas capaces de ser adoptantes, jamás se ha contemplado la posibilidad de la adopción de una pareja que componga una unión afectiva de hecho. A pesar de que la Ley N° 19.620 es

bastante reciente y consciente del aumento de estas uniones en la actualidad, considera incluso preferible la adopción de personas solteras, viudas o divorciadas por sobre una adopción conjunta de la pareja de hecho, quedando vedada la posibilidad de adopción por parte de este tipo de uniones.

En consecuencia, para que la unión de hecho pueda cumplir con el sueño de tener un hijo mediante la adopción no le queda más que recurrir a la adopción individual por parte de uno de los convivientes, los que los coloca en una situación bastante desmejorada en comparación con la pareja surgida del matrimonio, situación que sólo se puede justificar por una presunta estabilidad que la familia puede generar por sola circunstancia de que los adoptantes se encuentren casados, lo que no parece razonable, pues dicha estabilidad no siempre se cumple. Así y de acuerdo a lo anteriormente expresado queda vedada la posibilidad de ser padres en forma conjunta a por los miembros de la pareja de hecho, a través de la adopción, algo que francamente es incomprensible.

4.2- Legislación Penal

El Código Penal en su título VII del Libro II contempla una serie de delitos en contra de la integridad de la familia dicho Título se denomina “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad”, dentro de este Título VII se encuentran contenidos delitos que atentan en contra de la familia como lo son el aborto, abandono de niños y personas desvalidas, crímenes y simples delitos contra el estado civil de las personas, rapto, violación, estupro, entre otros delitos. Sin perjuicio, de lo anterior existen otras disposiciones en el presente Código que castigan acciones que atentan en contra de la familia, como lo son los delitos de parricidio y el infanticidio los que se encuentran regulados en el Título VIII del Libro II.

En este apartado nos centraremos en determinadas disposiciones que consideramos fundamentales para el presente trabajo y que demuestran que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a la familia de hecho como una verdadera familia y le otorga la protección que le exige el artículo 1º, inciso 4º, de la Carta Fundamental de nuestro país.

El Código Penal expresaba en su artículo 11 N º4 “*Son circunstancias atenuantes: 4. º La de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, a su cónyuge, a sus parientes legítimos por consaguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos*”. De la disposición anterior se desprende que se atenuaba la responsabilidad de quien comete el delito cuando actuaba en “venganza” por alguna ofensa en contra de su cónyuge y de las demás personas enumeradas. Sin embargo, no sucedía lo mismo en el caso de que la ofensa fuese cometida en contra de la conviviente, pues, no era de aquellas personas comprendidas en su enumeración. Actualmente la situación de ha visto modificada, debido a la dictación de la Ley N° 20.066 que mediante su artículo 21 letra A vino a incorporar en el número 4 del artículo 11 del Código Penal al conviviente.

El artículo 367 bis, que expresa que quien facilite la entrada y salida del país para ejercer la prostitución serán castigados con la pena de presidio mayor en su grado máximo y una multa de 20 a 30 unidades tributaria mensuales. La pena aumenta en aquellos casos en los que existe algún grado de parentesco con la víctima, con anterioridad a la modificación que la Ley N° 19.927, de 14 de Enero de 2004, realizó al artículo 367 bis sólo era agravante de la pena el hecho de ser cónyuge de la víctima el ejecutor del delito, con lo que el hecho de ser conviviente del ejecutor del delito no acarrea para este ningún aumento en la pena establecida para esta conducta. Esta situación, actualmente, ya no es así, debido a que la ley anteriormente señalada incorporó en el artículo 367 bis como agravante de la pena el hecho de que sea el

conviviente de la víctima quien ejecute el delito, con lo que se pone a la par con respecto a la situación del cónyuge.

Finalmente nos referiremos al artículo 390 del Código Penal en el que se contempla el delito de parricidio, anteriormente sólo se cometía el delito por aquella persona que conociendo los vínculos que lo ligan, mate a su padre, madre o hijo, legítimo e ilegítimo, o a cualquier otro ascendiente o descendientes legítimos o a su cónyuge, es así como el delito de parricidio no era cometido en contra de la conviviente, y por lo tanto, la acción era sólo calificada como un homicidio, situación que traía aparejada una pena menor a la del parricidio. Actualmente y debido a una modificación introducida por la nueva ley de violencia intrafamiliar se incorporó como víctima del delito de parricidio al conviviente del autor del delito, con lo que se elevan las penas para los que atenten en contra de alguno de los miembros de la familia de hecho. Además nótese que el actual artículo 390 del Código Penal elimina la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos y de ascendientes o descendientes legítimos e ilegítimos, esto como consecuencia de la facultad concedida por el inciso 1, del artículo 8 de la Ley N° 19.585 que estableció el nuevo estatuto filiativo.

4.3- Legislación Laboral

4.3.1- Código del Trabajo

El Código del Trabajo establece una serie de disposiciones que, en forma indirecta, protegen a la familia, como consecuencia de la regulación de la relación laboral entre el empleador y sus trabajadores. Entre ellas encontramos especialmente las contenidas en el Capítulo II del Título I del Libro I, que establece una serie de disposiciones referentes al trabajo desarrollado por menores, y el Título II del Libro II, que establece normas protectoras de la maternidad, además de otras disposiciones que sólo se refirieren a la familia sin especificar los miembros que la componen, debiendo

entenderse en su sentido natural y obvio, es decir, comprensiva tanto de la familia matrimonial como de la familia de hecho.

4.3.2- Decreto Ley N ° 3.500

Este Decreto Ley crea el nuevo Sistema de Pensiones de Vejez, de Invalidez y Sobrevivencia, entrando en vigencia a contar de fecha 13 de Noviembre de 1980, el presente texto legal resulta más útil para el presente trabajo, debido a que contiene una disposición que establece claramente la composición del grupo familiar, la que nos permitiría afirmar que nuestro ordenamiento jurídico si reconoce y ampara a la familia de hecho.

El presente decreto establece dentro de este nuevo sistema de pensiones, las de Sobrevivencia entendiéndose por tal, aquella prestación que se otorga aquellas personas que componen el grupo familiar del trabajador afiliado fallecido, como consecuencia de su muerte, el inciso 1° del artículo 5 del decreto ley dispone “*Serán beneficiarios de pensión de sobrevivencia, los componentes del grupo familiar del causante, entendiéndose por tal, el o la cónyuge sobreviviente, los hijos legítimos, naturales o adoptivos, los padres y la madre de los hijos naturales del causante*”, es así como la presente disposición considera como miembro del grupo familiar a los convivientes del trabajador (a) fallecidos. En otras palabras reconoce expresamente la existencia de una familia que no surge como consecuencia del matrimonio, sino de un hecho, el de la convivencia voluntaria entre un hombre y una mujer con caracteres de permanencia y estabilidad. Sin embargo, se establece por el presente decreto ley una situación más favorable con respecto al cónyuge sobreviviente en comparación al o la conviviente del trabajador fallecido, en relación con el porcentaje de la pensiones a recibir (artículos 58, 79)

Por tanto, y de acuerdo a lo anterior si la Constitución sólo reconociera a la familia basada en el matrimonio esta disposición se encontraría en franca contradicción con nuestra carta fundamental, situación que en mi opinión no ocurre, pues la Constitución no sólo reconoce la familia matrimonial sino también a la familia de hecho y esto es una buena prueba de ello.

4.4- Legislación Procesal

Nuestro legislador ha contemplado una serie de normas que se preocupan de la familia en el ámbito del Derecho Procesal, así estableció en un comienzo, mediante Ley N° 16.618 de 1967, los Tribunales de Menores. Juzgados que han sido reemplazados por los Tribunales de Familia creados mediante la dictación de la Ley N ° 19.968 de 2004. Ley que comenzó su vigencia según lo expresado por su artículo 134, el 01 de Octubre de 2005. Estos tribunales tienen como finalidad conocer y resolver todo asunto que digan relación con la familia como lo son las crisis matrimoniales, la declaración de bien familiar, los actos de violencia intrafamiliar, las acciones de filiación, la demanda de alimentos, los derechos del conviviente cuando termina la convivencia, entre otras materias determinadas por la propia ley o por otras leyes especiales que sometan determinadas materias a la jurisdicción de los tribunales de familia.

4.4.1- Legislación Procesal Civil

En este numeral analizaremos tres cuerpos legales que presentan importancia para el presente trabajo el primero de ellos es el Código de Procedimiento Civil, a continuación la ley sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, para finalizar con la Ley N ° 19.947 de Matrimonio Civil.

4.4.1.1- Código de Procedimiento Civil

El Código de Procedimiento Civil, en adelante CPC, contempla algunos procedimientos que dicen relación con la familia, entre los que se encuentran aquellos destinados a solucionar posibles conflictos que surjan entre los miembros de ella¹⁶⁰, así establece el juicio de partición de bienes, contemplaba el juicio de nulidad de matrimonio y divorcio, el que se encuentra actualmente derogado a partir de la dictación de la Ley N° 19.947 sobre nuevo matrimonio civil que derogó el Título XVII del Libro III, además el Código contempla en su Título VIII del Libro IV procedimientos a los cuales da lugar la sucesión por causa de muerte. Sin perjuicio, de lo anteriormente expresado, el texto legal contiene disposiciones en las cuales se menciona a la familia en términos generales sin que se mencione a que clase de familia se refiere. Vgr. Artículo 445 N°s 8 y 13, que establece los bienes inembargables, menciones que a mi parecer deben entenderse hechas a la familia en términos generales, ya que dichos bienes declarados inembargables por la ley, no sólo son importantes para la familia basada en el matrimonio, sino también son fundamentales para todas las tipologías de familia, debido a que son bienes importantes para el deudor y su familia.

No existe en el CPC disposición que se refiera a la conviviente, término que como se vera más adelante en esta sección es empleado por el nuevo Código Procesal Penal, si existen menciones al cónyuge. Así, se establece en el artículo 165 N° 4 que la vista de la causa se suspenderá “por la muerte del cónyuge del abogado defensor”, pero no en caso de muerte del o la conviviente, también en materia de prueba testimonial se establece su inhabilidad relativa para declarar en juicio como testigo de la parte que la presenta como testigo (Art. 358 N° 1 CPC), en concordancia con lo anterior tampoco están obligados a declarar, según lo expresa el artículo 360, aquellas personas contempladas en el artículo 358 N° 1, 2 y 3.

¹⁶⁰ ROYER, DANIELA. Ob. Cit., p. 67.

4.4.1.2- Ley sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones de Alimento

El Código Civil establece en su Título XVIII del Libro I, artículos 321 y siguientes, los alimentos que se deben por ley a ciertas personas, entre estas se encuentran el cónyuge y los descendientes entre otros individuos, así los convivientes no pueden demandarse alimentos entre ellos, si lo pueden hacer para los hijos comunes, ya que el Código habla de descendientes, entendiéndose incluidos tanto los hijos de filiación matrimonial como no matrimonial.

Las disposiciones del Código Civil deben relacionarse con las normas contempladas en la Ley sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, que tampoco permiten a los convivientes poder solicitar una pensión alimenticia entre ellos, la única forma es pedir alimentos para los hijos comunes. El artículo 18 de dicha ley, antes de ser modificado por la Ley N° 20.152, establecía la responsabilidad solidaria a los que vivieren en concubinato con el padre, madre o cónyuge alimentante, del pago de la obligación solidaria. En consecuencia, el legislador además de negarle la posibilidad de reclamar alimentos al conviviente le imponía la obligación de soportar solidariamente una carga que no le pertenece, como lo es la de cumplir con la obligación alimenticia de su conviviente situación que en mi opinión no me parecía adecuada.

4.4.1.3- Ley N° 19.947 sobre Nueva Ley de Matrimonio Civil

Esta ley establece los requisitos necesarios para contraer matrimonio, su celebración, efectos de su celebración, las relaciones entre los cónyuges y entre éstos y sus hijos, y su disolución (inciso 1° y 2° artículo 1), sin perjuicio de lo anterior, lo fundamental para el presente trabajo es lo expresado por el inciso 1°, del artículo 1 de la presente ley, el que expresa *“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia.”* la primera parte del inciso 1° no hace más que repetir lo ya señalado por la propia Constitución Política otorgando la calidad

de núcleo fundamental de la sociedad a la familia. A diferencia de lo expresado por nuestra Carta Fundamental, la segunda parte de este inciso 1 agrega una frase que es clarificadora en orden a determinar cual es la familia protegida por nuestro ordenamiento jurídico, pues expresa que “el matrimonio es la base principal de la familia”, a contrario sensu puede concluirse, que existen otros tipos de familia que no tienen su origen en el matrimonio, sino en otras causas.

En otros términos se reconoce la existencia de otros tipos de familias los que tienen diversos orígenes, sin embargo, la más importante es la que surge como consecuencia del matrimonio, pero no por ello las otras familias quedan desprotegidas. Es así que debemos entender superada la discusión de que tipo de familia protege el texto de nuestra Constitución.

4.4.2- Legislación Procesal Penal

En este apartado se analizaran dos cuerpos legales que contemplan disposiciones de procedimiento en el ámbito del Derecho Penal, estos son el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal.

4.4.2.1- Código de Procedimiento Penal

El Código no contempla disposición alguna que se refiera en términos explícitos a la familia de hecho, pero, si menciona en varias de sus normas a la familia no especificándose claramente si se refiere a aquella familia surgida del matrimonio o surgida de un hecho, por lo que en mi opinión debe entenderse comprensiva de todo tipo de familia, en razón de que la palabra familia en su sentido natural y obvio comprende a las uniones afectivas de hecho. Artículos 181 inciso 1º, 206, 293 inciso 2º, 294 inciso 2º, 692 del Código de Procedimiento Penal.

El presente cuerpo legal sólo contempla disposiciones relativas al cónyuge, sin que exista mención alguna al conviviente en términos explícitos, así se prohíbe al cónyuge ejercer la acción penal pública y privada en contra del otro cónyuge, salvo por delito cometido uno en contra del otro o de los hijos o por delito de bigamia (Art. 17 N° 1). No está obligado a rendir fianza de calumnia el cónyuge del ofendido (Art. 100 N° 2), tampoco está obligado a declarar el cónyuge del procesado (Art. 201 N° 1), además de los artículos 460 N° 9 y 658.

4.4.2.2- Código Procesal Penal

A diferencia de lo que sucede en el Código de Procedimiento Penal, este nuevo cuerpo legal incorpora en varias de sus disposiciones al o la conviviente, ejemplo de ello es lo expresado en el artículo 108 letra C, el cual establece que en los casos en que la víctima fallezca como consecuencia del delito o quede impedido de ejercer la acción penal, se considera como víctima para ejercer las respectivas acciones a la cónyuge y a la conviviente, entre otras personas. Sin embargo, el conviviente aún ocupa un lugar a la sombra del cónyuge, pues de acuerdo a lo expresado por el artículo mencionado anteriormente, se establece un orden de prelación para ejercer la acción penal en donde el cónyuge se encuentra por sobre el conviviente. Es decir, si es la cónyuge quien ejerce la acción penal, aún cuando se encuentre separada de hecho de la víctima, excluye por esa sola circunstancia a la conviviente, como se puede apreciar el miembro de la pareja de hecho mejoró su situación en comparación con el Código de Procedimiento Penal, pero aún se encuentra en una posición inferior a la del cónyuge.

4.5- Proyectos de Ley que Regulan las Uniones Afectivas de Hecho

No existe en Chile un cuerpo normativo que regule en forma coordinada y sistematizada las uniones afectivas de hecho, debiendo nuestros tribunales de justicia

esforzarse en solucionar los conflictos que se someten a su resolución, a través de la aplicación de normas y principios de otras instituciones jurídicas.

Nuestros legisladores, reconociendo como una realidad la existencia de las uniones de hecho, y consciente de la necesidad de dictar normas destinadas a su regulación, han presentado para su aprobación cuatro proyectos de leyes tendientes a clarificar que es lo que debe entenderse por unión de hecho, sus requisitos, la forma de constituirse y los efectos que dichas uniones generan.

Actualmente son tres los proyectos de ley que se encuentran en tramitación en nuestro Congreso Nacional. A continuación examinaremos los proyectos de ley que se encuentran en tramitación, además se examinará un cuarto proyecto que aún no ha sido presentado para su discusión y aprobación en el Congreso Nacional.

A- Proyecto de Ley de Fomento de la no Discriminación y de Contrato de Unión Civil entre Personas del Mismo Sexo. Proyecto ingresado con fecha 10 de Julio de 2003, iniciativa de varios Diputados. Actualmente la presente iniciativa se encuentra en la Comisión de la Familia.

B- Proyecto de Ley que establece un Régimen Legal para las Uniones de Hecho, Boletín N ° 3494-07, de fecha ingreso 7 de Abril de 2004, iniciativa del senador José Antonio Viera Gallo. Este proyecto se encuentra en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia.

C- Proyecto de Ley que Establece Regulación para las Uniones de Hecho, Boletín N ° 4153-18, presentado con fecha 12 de Abril de 2006, moción que tuvo su iniciativa en la Cámara de Diputados, y que se encuentra actualmente en la Comisión de la Familia.

D- Por último, Proyecto de Ley titulado Pacto de Unión Civil, redactado recientemente por los profesores de Derecho Civil Mauricio Tapia Rodríguez (Universidad de Chile) y Carlos Pizarro Wilson (Universidad de Chile y Universidad Diego Portales), con la colaboración de Felipe González Morales (Universidad Diego Portales, Programa de Derechos Humanos Centro de Investigaciones Jurídicas), Luis Lizama Portal (Universidad de Chile y Universidad Diego Portales) y Rolando Jiménez (MOVIH). Este proyecto aún no ha ingresado al Congreso Nacional, para su estudio y discusión.

A continuación analizaremos cada uno de los proyectos de leyes que se enunciaron anteriormente.

4.5.1- Proyecto de Ley de Fomento de la no Discriminación y de Contrato de Unión Civil entre Personas del Mismo Sexo

Este proyecto reconoce expresamente como familia a aquellas uniones que surgen entre personas del mismo sexo, sin embargo, no se pretende asimilar la unión homosexual al matrimonio celebrado entre personas de distinto sexo, ni menos a sus efectos.

No podrán celebrar el contrato de unión civil los menores de edad, los que se encuentran unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos sus grados, y los colaterales hasta el tercer grado, los que se encuentran ligados por vínculo matrimonial no disuelto o por contrato de unión civil no disuelto.

El contrato de unión civil se celebra mediante declaración de voluntad manifestada en forma verbal o escrita ante notario y en presencia de dos testigos, los cuales deberán declarar que los contrayentes no se encuentran afectos a alguna de las prohibiciones contempladas en el proyecto para poder celebrar el contrato de unión civil. El ministro de fe dejará constancia de lo actuado mediante la suscripción de escritura pública, la que deberá inscribirse en un registro especial que se llevará al efecto por el

notario, debiendo otorgar copia de ella a las partes y al Registro Civil en el plazo de 90 días. Asimismo, pueden someterse a los efectos del presente proyecto de ley aquellas parejas de hecho que haya convivido en forma continúa por un lapso no inferior a dos años, concurriendo los elementos constitutivos de la posesión de estado. Es decir, los convivientes deben haberse tratado como pareja en sus relaciones domésticas y sociales, tanto entre ellos como por la generalidad del vecindario de su domicilio. Los convivientes podrán probar la existencia de dicha relación por cualquiera de los medios de prueba establecidos por el ordenamiento jurídico.

Con respecto a los efectos que produce la celebración del contrato de unión civil, podemos mencionar que las partes tienen la obligación de socorrerse y asistirse mutuamente, debiendo incluso proveer de alimentos a aquel miembro de la relación afectiva que se encuentre en estado de necesidad o enfermedad. En relación con los efectos patrimoniales, los convivientes podrán pactar mediante escritura pública de celebración del contrato o en otra posterior, acogerse al régimen de comunidad establecido en el Código Civil para la sociedad o a cualquier otro. Los bienes se presumen adquiridos en forma conjunta salvo disposición en contrario, la que deberá constar en una escritura pública.

El conviviente sobreviviente tendrá en la sucesión por causa de muerte de su pareja, los mismos derechos que tiene el cónyuge sobreviviente de acuerdo a lo señalado en el Libro III del Código Civil. Además de tener la calidad de legitimario, y asignatario de la cuarta de mejora y de la cuarta de libre disposición. Nada menciona este proyecto en relación a la adjudicación preferente del inmueble que constituye la vivienda familiar.

El contrato de unión civil termina por declaración expresa de las partes, la que no podrá ser solicitada en el plazo de un año desde la celebración del contrato, por resolución judicial en caso de violencia intrafamiliar, por la muerte natural y presunta de uno de los convivientes, por separación de hecho de los convivientes por un período superior a un año, y finalmente por matrimonio subsiguiente.

4.5.2- Proyecto de Ley que regula un Régimen Legal para las Uniones de Hecho

A diferencia de lo que sucede con el proyecto anterior, el presente proyecto de ley define unión de hecho en su artículo 1 el que expresa “*son uniones de hecho 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. No se exigirá el plazo señalado en caso de existir hijos comunes*”. De la definición anterior se desprende claramente los requisitos necesarios para que estemos en presencia de una unión afectiva de hecho, estos son los siguientes:

- Se entiende por unión de hecho sólo la constituida por un hombre y una mujer, por lo tanto queda excluida la unión que surja entre personas de un mismo sexo para los efectos de este proyecto de ley.

- Debe existir cohabitación entre los convivientes, es decir, debe existir una comunidad de lecho y de vida.

- La convivencia debe ser notoria, exclusiva, e ininterrumpida en un período de a lo menos un año, no se entiende interrumpida la relación cuando el cese de la convivencia se deba a motivos de carácter laboral, profesional o cualquiera otros de la misma naturaleza.

El proyecto establece claramente los elementos que constituyen las uniones de hecho, y los cuales no difieren de los ya estudiados en el Capítulo IV del presente trabajo, si es preciso señalar que el proyecto opta por establecer expresamente cuando la unión tiene el carácter de permanente y estable, período que es de un año a lo menos, tiempo en el cual la unión afectiva de hecho debe presentar los elementos de cohabitación, notoriedad, exclusividad, heterosexualidad, affectio maritalis, entre los miembros de la relación.

La existencia de la unión afectiva de hecho se prueba por cualquiera de los medios de prueba que establece nuestro ordenamiento jurídico, sin perjuicio de ello, al igual que lo que sucede en la ley colombiana, la existencia de la unión de hecho se puede probar por la declaración jurada de ambos miembros realizada ante un notario y desde ese momento tendrá fecha cierta, hará plena prueba del inicio de la convivencia y se presumirá que la convivencia continua ininterrumpidamente.

El proyecto de ley regula sólo los efectos de carácter patrimonial que generan las uniones afectivas de hecho. Los bienes adquiridos a título oneroso al igual que los frutos que generen aquellos, durante la vigencia de la unión pertenecerán a ambos convivientes en partes iguales, salvo acuerdo en contrario de los miembros de la unión. Con respecto a la división de los bienes comunes y los derechos y obligaciones que de dicha división resulten se sujetarán a las reglas de la partición de la herencia.

Al fallecimiento de uno de los miembros de la unión y en aquellos casos en que la relación pueda ser probada por declaración jurada hecha ante notario, el sobreviviente tendrá el derecho para pedir que aquella parte de los bienes que le corresponde en la división del “haber” común, se le entere con preferencia mediante la adjudicación a su favor del bien inmueble que sirva de residencia principal a la pareja, al igual que el mobiliario que lo guarnece siempre que forme parte de aquella.

En el documento en el que se dividan los bienes deberá establecerse el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal de los hijos comunes y la relación directa y regular que mantendrá el padre que no tenga el cuidado personal de aquellos.

La unión afectiva termina, por la declaración jurada realizada de manera unilateral por parte de uno de los miembros, la que deberá realizarse en la misma notaría en que se realizó la declaración conjunta de los miembros de la relación, por matrimonio posterior entre los convivientes o con cualquier otra persona, por una nueva declaración

jurada que constituya una nueva unión de hecho, y finalmente por muerte natural o presunta de cualquiera de los miembros de la pareja.

4.5.3- Proyecto de Ley que Establece Regulación para las Uniones de Hecho

Se establece que el proyecto tiene por objeto regular la existencia, celebración, validez, y efectos de las uniones de hecho.

El proyecto al igual que el anterior define las uniones de hecho, como aquella *“formada por un hombre y una mujer que de manera libre, han decidido tener una vida en común, poseyendo aquella un carácter de estabilidad y continuidad, con el objeto de constituir una familia y cumpliendo los demás requisitos establecidos en la ley”*, la definición no dista demasiado del concepto dado por el proyecto anterior, sin embargo, dos son las particularidades que presenta. La primera de ellas es que si no existe el objetivo de formar una familia no estamos en presencia de una unión de hecho, en los términos señalados por el presente proyecto y en consecuencia, no podría someterse a su regulación. La segunda de ellas es que el proyecto, a diferencia del anterior, no establece el tiempo necesario para que se entienda que la unión tenga el carácter de estable o permanente, por lo que quedará a criterio de los tribunales determinar si existen la estabilidad requerida, a pesar de ello, se establece por parte del proyecto que podrán someterse a su regulación aquellas uniones que se mantuvieron en forma continua e ininterrumpida por un período no inferior a tres años y sus miembros se hubieran tratado como pareja en sus relaciones domésticas y sociales, debiéndose probar estas circunstancias por cualquiera de los medios de prueba establecidos por el ordenamiento jurídico.

La unión se constituye por la declaración de voluntad escrita o verbal, realizada por las partes ante notario competente, siendo competente aquel del domicilio o residencia de cualquiera de las partes, además de rendir información de dos testigos los que declararán que los contrayentes no se encuentran sujetos a alguna prohibición.

Con relación a los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia de la unión, estos se entienden pertenecer por partes iguales a los miembros de la unión, salvo acuerdo en contrario. La división de los bienes comunes y las obligaciones y derechos que de ella resulten se efectuará conforme a las reglas de la partición de la herencia. Como se puede apreciar el presente proyecto no dista en nada del anterior en lo que dice relación con los efectos patrimoniales.

En aquellos casos en que el conviviente que tenga la calidad de arrendatario falleciere, se subrogará en sus derechos a aquel que hubiese celebrado validamente una unión de hecho con aquel, siempre que la vivienda tenga el carácter de residencia principal de la familia. El proyecto reconoce los mismos derechos que al cónyuge, a los miembros de la unión de hecho, que se encuentran contemplados en la Ley N ° 16.744 y en el DL. 3.500.

Finalmente la unión termina por mutuo acuerdo de las partes el que debe constar por escritura pública, por la voluntad unilateral de una de las partes de la unión la que debe constar en escritura pública, por matrimonio posterior de una de las partes y por la muerte natural o presunta de alguno de los miembros de la pareja de hecho.

4.5.4- Proyecto de Ley sobre Pacto de Unión Civil

A diferencia de lo que sucede en los proyectos de ley estudiados anteriormente, el presente proyecto contempla una modificación al Código Civil, al igual que sucede en Francia, mediante la incorporación del Título XXII-B al Libro IV “De las Obligaciones en general y de los contratos”. Esta ubicación se ha preferido por los autores del proyecto por considerar “que se trata de una institución con un componente eminentemente contractual y patrimonial”, es así como se ha incorporado a continuación de los regímenes patrimoniales.

El pacto de unión civil se define como “*un contrato celebrado por dos personas naturales, de sexo diferente o del mismo sexo, para organizar su vida en común*”. Esta

definición como se puede apreciar no difiere de la expresada por el Pacto Civil de Solidaridad, incorporado por el Código Civil de Francia.

El Pacto de Unión Civil se suscribe ante el Oficial del Registro Civil e Identificación, funcionario que procederá a inscribirlo en un registro que se creará para este efecto, el cual una vez inscrito será oponible a los terceros. Por lo tanto, el pacto es válido por la sola celebración de éste ante el oficial del Registro Civil y su inscripción sólo se requiere para que produzca efectos frente a los terceros. No existe en este proyecto, como sucedía con los anteriores, la posibilidad de probar la existencia de la unión de hecho por otros medios de prueba para someterse a los efectos de la ley, aún cuando se hayan mantenido por un lapso importante y sean conocidos como tal en sus relaciones domésticas y sociales.

No podrán celebrar el pacto de unión civil los menores de dieciocho años, los que se encuentran ligados por vínculo matrimonial o por pacto de unión civil no disuelto, los ascendientes y descendientes por consaguinidad o por afinidad, ni los colaterales por consaguinidad en el segundo grado.

En lo que dice relación con los efectos que produce el pacto de unión civil, las partes se deben ayuda material mutua. Los contratantes pueden acordar en el mismo acto de suscripción del pacto o en acto posterior mediante escritura pública, someterse al régimen de comunidad establecido en el estatuto, en el cual los bienes que la conforman pertenecen en partes iguales a cada uno de los contratantes. A falta de acuerdo se presumirá que los bienes pertenecen en forma exclusiva al adquirente.

Los contratantes son solidariamente responsables frente a los terceros de las deudas contraídas por ellos, para cubrir las necesidades ordinarias que se generen producto de la vida en común, se haya o no pactado el régimen de comunidad por parte de los contratantes.

El régimen de comunidad finaliza por acuerdo de la partes suscrito por escritura pública y por la terminación del pacto de unión civil.

El pacto de unión civil termina por la muerte natural o presunta de cualquiera de las partes; por acuerdo de las partes otorgado mediante escritura pública, la que produce efectos desde su otorgamiento, y finalmente por decisión unilateral de cualquiera de los contratantes otorgado por escritura pública, la cual deberá notificarse por carta certificada a la otra parte dentro del plazo de un mes contado desde su otorgamiento, y producirá sus efectos entre las partes después de cinco días corridos contados desde el envío de dicha carta.

A diferencia, de lo que sucede en los proyectos anteriores, se contempla la posibilidad de indemnización para aquel de los contratantes, que al momento del término del pacto, ya sea que se produzca por mutuo acuerdo o decisión unilateral, haya sufrido un desequilibrio grave en sus condiciones de vida por dedicarse al cuidado de los hijos o del hogar, y no haber podido desarrollar una actividad remunerada durante la convivencia.

Finalmente, al igual de lo que sucede en el Proyecto de Ley de Fomento de la no Discriminación y de Contrato de Unión Civil entre Personas del Mismo Sexo, cuando el pacto termina por la muerte de una de las partes la otra gozará de todos los derechos establecidos en la ley para el cónyuge sobreviviente, por lo que se equipara al conviviente con el cónyuge sobreviviente, en lo que dice relación con los derechos hereditarios.

A continuación se procederá a elaborar un cuadro comparativo con alguna de las legislaciones ya estudiadas, mas específicamente con el PACS, la legislación de la Comunidad Autónoma de Cataluña, y los proyectos de ley elaborados en nuestro país, para lo cual se seguirá el siguiente orden, primer lugar el Pacto Civil de Solidaridad, a continuación la Ley N° 10/1998 de la Comunidad Autónoma de Cataluña, el Contrato de

Unión Civil entre Personas del mismo Sexo, Régimen legal para las Uniones de Hecho, Régimen para las Uniones de Hecho, y finalmente el Pacto de Unión Civil.

EFECTOS PERSONALES	<p><u>Pacto Civil de Solidaridad.</u> Las partes sólo se deben ayuda mutua y material, no existiendo más efectos personales como la tutela del conviviente ausente. Frente a terceros los compañeros se encuentran obligados solidariamente por las deudas que hayan contraído para solventar las necesidades de la vida corriente y para los gastos de alojamiento común.</p> <p><u>Comunidad Autónoma de Cataluña.</u> Los convivientes están facultados para regular los efectos personales que regirán su relación de pareja. Por ejemplo, en caso de que un conviviente fuese declarado incapaz, el conviviente ocupará el primer lugar en el orden de preferencia de la delación activa.</p> <p><u>Contrato de Unión Civil entre Personas del Mismo Sexo.</u> Los convivientes tienen la obligación de socorrerse y asistirse mutuamente, además del derecho de solicitar alimentos según lo señalado por el Libro I del Código Civil. Asimismo el conviviente ocupará el primer lugar en el orden de preferencia para el discernimiento de la guarda del otro conviviente.</p> <p><u>Régimen Legal para las Uniones de Hecho.</u> Sólo se contempla en el proyecto la obligación de que la resolución judicial, arbitral o el acuerdo que verse sobre la partición de los bienes, deberá asimismo resolver con respecto a los hijos comunes, el régimen de alimentos, el cuidado personal y la relación directa que mantendrá el padre que no tenga el cuidado personal de los</p>
-------------------------------	--

	<p>hijos. Sin que se establezcan efectos personales entre los convivientes.</p> <p><u>Régimen para las Uniones de Hecho.</u> No se establece ningún tipo de efectos personales que se produzcan entre los convivientes, como consecuencia de la convivencia, sin perjuicio de ello se contempla que ninguna persona que haya celebrado una unión de hecho podrá ser “discriminada” para efectos del discernimiento de guardas, regulación de visitas, ejercicio del derecho preferente de la educación de los hijos, etcétera.</p> <p><u>Pacto de Unión Civil.</u> Sólo se limita a establecer que las partes se deben ayuda material mutua, conforme lo hayan establecido al momento de la celebración del pacto o mediante un acuerdo posterior, a falta de estos acuerdos será el juez quien la determine.</p>
<p>PRUEBA DE CONSTITUCIÓN</p>	<p><u>Pacto Civil de Solidaridad.</u> El pacto de solidaridad los contrayentes deberán realizar una declaración conjunta ante el secretario judicial del Tribunal d’instance. Ante él se presentarán dos ejemplares originales del convenio firmado por las partes, acompañados de los documentos exigidos. Luego de esta presentación conjunta el secretario procederá ha inscribir la declaración en un registro, y desde esta inscripción el pacto adquirirá fecha cierta, y será oponible frente a de terceros. No existe otra forma de probar la existencia de la convivencia.</p>

Comunidad Autónoma de Cataluña. La unión de carácter heterosexual, puede ser probada por cualquier medio de prueba, salvo en lo que dice relación con los beneficios relativos a la función pública, lo cual deberá demostrarse mediante acta de notoriedad o escritura pública.

La unión homosexual se prueba sólo mediante escritura pública otorgada por ambos miembros de la pareja, en la que se conste que ninguno de los miembros se encuentra afecto a alguna prohibición para formarla, dicha escritura producirá sus efectos desde la fecha de autorización.

Contrato de Unión Civil entre Personas del Mismo Sexo. Contempla la posibilidad de poder probar la existencia de la unión, siempre que cumpla con los requisitos de tiempo y posesión notoria, a través de cualquiera de los medios de prueba establecidos por el legislador en nuestro ordenamiento jurídico.

Régimen Legal para las Uniones de Hecho. Al igual que el proyecto anterior la convivencia more uxorio puede ser probada a través de cualquiera de los medios de prueba establecidos por la ley. Sin perjuicio, de la declaración jurada que los miembros de la pareja realicen ante un notario público, declaración que otorgará fecha cierta y hará plena prueba del inicio de la convivencia.

Régimen para las Uniones de Hecho. La unión de hecho se constituye mediante la declaración de voluntad de las partes de manera escrita o verbal, manifestada ante notario. Pero también

	<p>existe la posibilidad de que los convivientes que no hayan manifestado su voluntad ante el notario puedan acogerse a los efectos establecidos por la ley, siempre que hayan convivido de manera continua y no interrumpida por a lo menos tres años y exista la posesión notoria, lo que se podrá probar mediante cualquiera de los medios de prueba establecidos por el ordenamiento jurídico.</p> <p><u>Pacto de Unión Civil.</u> El pacto de unión civil sólo podrá suscribirse ante oficial del Registro Civil e Identificación, quien lo inscribirá en un registro creado para este efecto. Por tanto, sólo las uniones constituidas de esta manera pueden acogerse a los efectos de esta ley, sin que exista dicha posibilidad a uniones que se han extendido en el tiempo y han convivido con tal ante la sociedad.</p>
<p>COMPENSACIÓN ECONÓMICA</p>	<p><u>Pacto Civil de Solidaridad.</u> La liquidación de los derechos y obligaciones resultantes del pacto de solidaridad quedará entregada a los compañeros, A falta de acuerdo, el juez resolverá sobre las consecuencias patrimoniales de la ruptura, sin perjuicio de la reparación del daño eventualmente sufrido.</p> <p><u>Comunidad Autónoma de Cataluña.</u> Los convivientes de las uniones heterosexuales y homosexuales tienen el derecho de exigir una compensación económica cuando cese la convivencia común, cuando no existe retribución o ella sea insuficiente, por haber trabajado para el hogar común o para el otro conviviente y de ello se haya generado una desigualdad entre el patrimonio de ambos generando un enriquecimiento</p>

	<p>injusto.</p> <p><u>Contrato de Unión Civil entre Personas del Mismo Sexo.</u> No se contempla la posibilidad de una compensación económica al momento del término de la unión afectiva.</p> <p><u>Régimen Legal para las Uniones de Hecho.</u> Tampoco se contempla la posibilidad de compensación económica para aquel conviviente que haya sufrido un menoscabo en su patrimonio producto de su dedicación a las labores del hogar o al trabajo realizado a favor del otro conviviente.</p> <p><u>Régimen para las Uniones de Hecho.</u> No existe compensación económica al momento de la disolución de la unión para alguno de los convivientes.</p> <p><u>Pacto de Unión Civil.</u> A diferencia de lo que sucede con los proyectos anteriores, este sí establece una compensación económica cuando el pacto termine por mutuo consentimiento o decisión unilateral, para aquella parte que sufra un desequilibrio grave en sus condiciones de vida, por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común y no haber podido desarrollar una actividad remunerada, o haberlo hecho en una menor medida de lo que podía y quería.</p>
<p>PENSIÓN ALIMENTICIA</p>	<p><u>Pacto Civil de Solidaridad.</u> No existe la posibilidad de solicitar pensión de alimentos.</p> <p><u>Comunidad Autónoma de Cataluña.</u> Tanto en las uniones</p>

	<p>heterosexuales como homosexuales, sus miembros tiene derecho para solicitar alimentos del otro conviviente, siempre que la convivencia haya minado la capacidad del solicitante de obtener ingresos. El pago de la pensión de alimentos se puede extender hasta por tres años.</p> <p><u>Contrato de Unión Civil entre Personas del Mismo Sexo.</u> El proyecto contempla la posibilidad de solicitar alimentos en aquellos casos en que uno de los miembros de la pareja es abandonado sin causa que lo justifique y se encuentre en una situación de necesidad o enfermedad.</p> <p><u>Régimen Legal para las Uniones de Hecho.</u> Sólo se contempla la posibilidad de alimentos para los hijos comunes los que deberán ser establecidos al momento del término de la convivencia. Situación que viene a fortalecer lo establecido por el Código Civil.</p> <p><u>Régimen para las Uniones de Hecho.</u> No se contempla la posibilidad de pedirse alimentos entre los convivientes.</p> <p><u>Pacto de Unión Civil.</u> No se contempla la posibilidad de pedirse alimentos entre las partes.</p>
--	--

RÉGIMEN ECONOMICO	<p><u>Pacto Civil de Solidaridad.</u> A falta de estipulación en contrario, se presume que los bienes, muebles o inmuebles, adquiridos por cualquiera de los convivientes con posterioridad a la conclusión del pacto civil de solidaridad, pertenecen a ambos, "pro indiviso" y por partes iguales (art. 515.5 C.C.).</p> <p><u>Comunidad Autónoma de Cataluña.</u> Al igual que los efectos personales, los patrimoniales de las uniones heterosexuales y homosexuales, también pueden ser regulados por las partes, así como los derechos y deberes que surjan de la convivencia, a través de documentos públicos, privados e incluso en forma verbal, además pueden ser reguladas las posibles compensaciones entre los convivientes con motivo del cese de la convivencia, pero respetando los derechos mínimos que establece la ley en sus artículos 13 y 14. A falta de pacto entre los convivientes, éstos deben contribuir al mantenimiento del hogar y gastos comunes en proporción a los recursos de cada uno de ellos. Además responderán solidariamente por las obligaciones contraídas para concurrir a solventar los gastos comunes.</p> <p><u>Contrato de Unión Civil entre Personas del Mismo Sexo.</u> Los convivientes podrán, para regular sus relaciones patrimoniales, optar entre someterse al régimen de comunidad establecido para la sociedad en el Código Civil o al régimen que ellos pacten. A falta de estipulación se presumirá que los bienes fueron adquiridos en forma conjunta.</p>
--------------------------	--

Régimen Legal para las Uniones de Hecho. Existe libertad para elegir el régimen económico al que se sujetarán los convivientes durante la vigencia de la unión, sin embargo a falta de acuerdo se presumirá que los bienes adquiridos lo fueron en forma conjunta. La división de la comunidad se regirá por las mismas reglas que en la partición de la herencia.

Régimen para las Uniones de Hecho. A diferencia de los otros proyectos, este establece imperativamente que durante la vigencia de la unión existirá un régimen de comunidad, en la cual se presumen indivisos por mitades los bienes adquiridos a título oneroso salvo estipulación en contrario. La división de los bienes comunes se regirá por las normas del título X del Libro III del Código Civil.

Pacto de Unión Civil. En este proyecto las partes pueden acordar someterse al régimen de comunidad establecido en dicho proyecto, si las partes nada expresan se presumirá que los bienes pertenecen en forma exclusiva al adquirente. Cada parte podrá administrar y disponer libremente de los bienes que componen la comunidad, sin embargo, no podrá una parte gravar o enajenar voluntariamente ni prometer gravar o enajenar bienes inmuebles pertenecientes a la comunidad. Además si una de las partes se obliga como aval, fiador o codeudor solidario sólo obliga sus bienes propios

<p>REGIMEN SUCESORIO</p>	<p><u>Pacto Civil de Solidaridad.</u> Sólo se establece la posibilidad que la parte sobreviviente, pueda continuar con el arrendamiento de la vivienda, en la cual se desarrolla la vida en común, por la duración prevista por el contrato.</p> <p><u>Comunidad Autónoma de Cataluña.</u> Con respecto a los derechos hereditarios, la pareja heterosexual no tiene derechos ni en la sucesión testada ni abintestato. La pareja homosexual registrada si tiene derechos en la sucesión abintestato y testada del conviviente fallecido.</p> <p><u>Contrato de Unión Civil entre Personas del Mismo Sexo.</u> Tendrá el conviviente los mismos derechos que la ley asigna al cónyuge sobreviviente en el Libro III del Código Civil. Es decir, será asignatario forzoso, legitimario además de poder ser asignatario de la cuarta de libre disposición y de la cuarta de mejora.</p> <p><u>Régimen Legal para las Uniones de Hecho.</u> Sólo se contempla como derecho del conviviente sobreviviente que al momento de la liquidación de la comunidad se le adjudique, con cargo a su parte de la división de los bienes de la comunidad, la vivienda en la que resida y sea el hogar principal de la pareja conjuntamente con el mobiliario que la guarnece. En los casos en que el valor de dichos bienes exceden el valor de lo que le corresponde podrá pedir, sobre aquellas cosas que no le sean adjudicadas en propiedad, se constituya en su favor derechos de habitación y uso según corresponda. Estos derechos tendrán el carácter de vitalicios y gratuitos.</p>
-------------------------------------	---

	<p><u>Régimen para las Uniones de Hecho.</u> Se establece sólo la posibilidad que el conviviente sobreviviente pueda subrogarse en los derechos del conviviente arrendatario del inmueble por el sólo ministerio de la ley, siempre que dicho inmueble sirva de residencia principal a la familia.</p> <p><u>Pacto de Unión Civil.</u> Si el pacto termina por muerte de uno de los convivientes, el sobreviviente gozará de todos los derechos establecidos por las leyes para el cónyuge sobreviviente.</p>
--	---

Los proyectos que se han presentado por nuestros legisladores son prácticamente idénticos tanto en la forma de constituir la unión, los efectos que ellas producen y la forma de disolución. En consecuencia, no existe una gran innovación en términos legislativos, pues los proyectos son más bien débiles en comparación con las legislaciones extranjeras antes estudiadas, y sólo regulan los efectos que estas uniones generan a nivel patrimonial dejando de lado cualquier regulación con respecto a los efectos personales entre los miembros de la pareja, y los efectos patrimoniales que se generan entre éstos y terceros. El último proyecto estudiado, que me parece el más completo, y que aún no se ha presentado para su estudio y discusión en el Congreso Nacional, tiene una gran similitud con el Pacto Civil de Solidaridad elaborado por el legislador francés y que se encuentra contemplado en el Código Civil de dicho país. Presenta dicho proyecto algunas innovaciones con respecto a los proyectos de ley anteriores, entre otras se propone una reforma al Código Civil, mediante la incorporación del Título XXII-B al Libro IV “De las Obligaciones en general y de los contratos”, un segundo aspecto de interés es que el pacto puede ser celebrado tanto por personas del mismo sexo o de sexo diferente, finalmente se contempla la posibilidad de obtener una indemnización para aquel contratante (conviviente) que haya sufrido un desequilibrio grave en sus condiciones de vida por haberse dedicado al cuidado de los

hijos o del hogar, y no haber podido desarrollar una actividad remunerada durante la convivencia. A diferencia de lo que sucede con alguno de los proyectos anteriores, y que en mi opinión debió incluir, es que no existe la posibilidad, sino es por medio de la declaración hecha ante el oficial de Registro Civil e Identificación, de poder probar la existencia de la convivencia *more uxorio* excluyendo la posibilidad de incorporarse a los efectos de la ley propuesta, a otras parejas que han permanecido unidas por largo tiempo.

“Nos parece que ha llegado el momento de establecer con claridad a nivel legal las reglas básicas de una situación de hecho que se está haciendo cada vez más frecuente en nuestro país. Parece especialmente urgente legislar sobre la propiedad y el destino de los bienes adquiridos por los convivientes en común, durante el tiempo de duración de dicha convivencia”.¹⁶¹

Cabe señalar que cualquiera de los proyectos que fuere aprobado por nuestro Congreso Nacional significará un avance importante en la protección a la familia de hecho y en especial a sus miembros.

¹⁶¹ FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO. “Estatuto Jurídico de la Pareja Informal”. En Homenaje al Profesor Fernando Fueyo Lanieri. *“Instituciones Modernas de Derecho Civil”*. Santiago. Editorial Conosur Ltda., 1996, p. 124.

CAPÍTULO V

LAS UNIONES AFECTIVAS DE HECHO EN LA JURISPRUDENCIA

La falta de un estatuto normativo dictado por parte del legislador destinado a regular en forma coordinada y sistematizada las uniones afectivas de hecho ha traído como consecuencia que muchos de los efectos que estas uniones generan, especialmente en el aspecto patrimonial, deban ser declarados a través de las sentencias dictadas por nuestros Tribunales de Justicia, los que actuando por requerimiento de parte de alguno de los convivientes, deben pronunciarse en casi la totalidad de las ocasiones sobre la posible comunidad de bienes o sociedad de hecho a los que puede dar origen la convivencia afectiva entre un hombre y una mujer con características de permanencia y estabilidad.

En ocasiones el legislador reconoce en determinados casos especiales a la convivencia *more uxorio* algunos efectos, situación que ha sido reconocida expresamente por la Corte de Apelaciones de Valparaíso mediante sentencia de 15 de Septiembre de 1997 la que señala en sus considerandos “ *10º Que, si bien es cierto que en general nuestro ordenamiento jurídico no reglamenta el concubio, no lo es menos que tampoco ha podido sustraerse a esta realidad en forma absoluta y, sin pronunciarse sobre su licitud o ilicitud, suele reconocerlo expresamente en ciertos casos especiales como, por ejemplo, en materia de investigación de paternidad ilegítima (artículo 280, Nº 3, del Código Civil) o a propósito de la responsabilidad solidaria del concubino en la solución de deudas de alimentos que establece el artículo 18 de la ley Nº 14.098 (...)*”.

“11º Que el concubinato no es ilícito para el legislador, sino inocuo y, por consiguiente, de él pueden derivarse diversos efectos jurídicos válidos, sea desde el punto de vista de las relaciones de los concubinos entre sí, sea en lo que atañe a

*terceros y entre los cuales no puede desconocerse la importancia que plantea la situación de los bienes adquiridos por los convivientes durante su vida en común”.*¹⁶²

Como se expreso con anterioridad en nuestro ordenamiento jurídico no se contempla un estatuto normativo específico para las uniones de hecho, situación que ha llevado a los parlamentarios a presentar algunos proyectos de leyes¹⁶³ destinados a cambiar esta realidad, sin embargo, el legislador no ha podido sustraerse de la realidad y ha debido en determinados casos reconocerle efectos a estas uniones. Nuestro legislador y así lo ha señalado la Corte de Apelaciones de Valparaíso tampoco considera a la convivencia more uxorio como un hecho ilícito, sino más bien adopta una postura de abstención frente a esta realidad salvo determinadas situaciones, según lo señalado anteriormente.

A continuación procederemos a analizar algunos fallos de los tribunales de justicia, mediante los cuales se han pronunciado con respecto a aquellas situaciones a las que dan origen las uniones afectivas de hecho, y cual es el criterio jurisprudencial para su solución. Además de determinar el concepto que se ha adoptado para identificar a estas uniones, así como los requisitos necesarios para que nos encontremos en presencia de una convivencia more uxorio.

5.1- Concepto Jurisprudencial

La jurisprudencia a definido el concubinato de manera muy similar a como lo ha hecho la doctrina, tanto nacional como extranjera, incluso en algunas ocasiones ha recurrido a definiciones elaborada por la propia doctrina. La Corte Suprema al pronunciarse con motivo de un recurso de casación en el fondo sostuvo que el concubinato es *“La unión duradera y estable de dos personas de sexo opuesto que*

¹⁶² GACETA JURÍDICA, Nº 206, Pág. 92 “Bejarano Aguirre, Delia y otros con Araya Maldonado, Yolanda”, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 1997.

¹⁶³ Ver los proyectos de ley, presentados actualmente para su discusión en el Congreso Nacional, en el Capítulo IV del presente trabajo.

hacen vida marital con todas las apariencias de un matrimonio legítimo” (Federico Puig Peña “Las uniones maritales de hecho” Revista de Derecho Privado, Madrid 1949), a mayor abundamiento señala “Es ha dicha unión con esos caracteres que la doctrina nacional y la jurisprudencia le ha reconocido efectos jurídicos. Esto último, en oposición a la tesis amplia, que es de minoría, sostenida especialmente por los tribunales franceses que postulan por considerar como tal, la “unión que mantiene un hombre y una mujer, en relación duradera, fuera del matrimonio, sin que se requiera la cohabitación o comunidad de mesa y de hogar, y sin que se tome en cuenta si esa unión es semejante o no a los de que viven como marido y mujer (Planiol, Savatier y otros).¹⁶⁴

De la definición citada anteriormente se desprende que nuestro máximo tribunal de justicia considera como requisito de existencia que la unión de hecho se manifieste entre un hombre y una mujer, descartando la posibilidad de que existan uniones entre individuos del mismo sexo, esta convivencia entre un hombre y una mujer de estar dotada de ciertas características que la hacen merecedora del calificativo de unión de hecho, y que le dan validez, así la estabilidad, permanecía, singularidad y publicidad entre otros son elementos que le dan su calificación como tal. Finalmente, los miembros de la pareja de hecho deben vivir como si fuesen matrimonio, es necesario que su vida juntos sea lo más parecidas al matrimonio, descartando cualquier tipo de relaciones de naturaleza clandestina u oculta o que sea contraria al ordenamiento jurídico.

En este mismo sentido se pronuncio la Corte de Apelaciones de Valparaíso, mediante sentencia de fecha 15 de Septiembre de 1997, la cual definió el concubinato en su considerando 8º de igual manera como lo ha conceptualizado la Excelentísima Corte Suprema, “8º *Que el concubinato se define como la unión entre un hombre y una mujer que mantienen relaciones sexuales y que comparten una vida en común*”.¹⁶⁵ Queda de

¹⁶⁴ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, tomo LXXXVI, 2ª. Parte, Sección Primera, Pág. 105, “Duhalde Luckeide, Raúl con Moreira Buseta, Cecilia” Corte Suprema, casación en el fondo, considerando 3º, 25 de Julio de 1989.

¹⁶⁵ GACETA JURÍDICA, Nº 206, Pág. 91 “Bejarano Aguirre, Delia y otros con Araya Maldonado, Yolanda”, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 1997.

manifiesto que para nuestra jurisprudencia sólo puede considerarse como uniones afectivas de hecho aquellas en que sus miembros son de distinto sexo, excluyéndose cualquier otra forma de convivencia more uxorio entre individuos con igual orientación sexual. Ambas definiciones concuerdan en que entre los individuos que componen la convivencia more uxorio debe existir necesariamente relaciones sexuales, con lo que debe dejarse al margen y no calificar como unión afectiva de hecho a aquellas relaciones que se basan en la amistad, en las que no existen relaciones sexuales, sin perjuicio del cumplimiento de los otros requisitos necesarios para dar el carácter de convivencia more uxorio a la uniones afectivas de hecho.

5.2 –Elementos de las Uniones Afectivas de Hecho

Nuestra jurisprudencia ha sido bastante clara en los diversos fallos que ha pronunciado, con respeto a los elementos constitutivos de las uniones afectivas de hecho, así las sentencia pronunciadas por nuestros tribunales de justicia coinciden en que dichas uniones deben contar con ciertas características que son necesarias para que nos encontremos ante dichas uniones. Los caracteres mencionados no son muy diferentes a los señalados por la doctrina, así son elementos configurativos de estas relaciones la estabilidad, permanencia, singularidad, apariencia de matrimonio, publicidad, relaciones sexuales entre sus miembros. Sin perjuicio de ello, en ninguna de las sentencias pronunciadas se establece como un elemento de la convivencia more uxorio, el *affectio maritalis* elemento fundamental para poder configurar la unión afectiva de hecho en sus distintas manifestaciones (tanto hetero como homosexuales).

Para ilustrar lo anterior mencionaremos dos fallos que establecen claramente lo anteriormente señalado, ambos fueron pronunciados por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, el primero de ellos fue dictado el 23 de Junio de 1987 y señala en su considerando 2º *“que la ley no ha definido lo que debe entenderse por concubinato, pero doctrinariamente se ha señalado los caracteres que debe reunir la unión fuera de*

matrimonio para adquirir la calidad de tal, son, además de la presencia de relaciones sexuales, comunidad de vida y ausencia de las formalidades del matrimonio, ciertos elementos que, en suma, tienden a dar a esta convivencia las apariencias de un verdadero matrimonio, tales como la comunidad de habitación, la publicidad o notoriedad de la vida común que, en consecuencia, no ha de ser oculta o clandestina, comportándose como marido y mujer y por tales sean tenidos por el público en general. (Manual de Derecho de Familia, Ramón Meza Barros, Tomo I Pág. 398.)”¹⁶⁶

Mediante sentencia pronunciada el 15 de Septiembre de 1997 la misma Corte de Apelaciones de Valparaíso, en su considerando 8º expreso “(...) De lo expuesto los autores extraen los siguientes ingredientes característicos: **a) unión entre un hombre y una mujer; b) relaciones sexuales; y c) vida en común.** (...) **El concubinato supone cierta continuidad, estabilidad y permanencia en las relaciones sexuales y vida en común**”.¹⁶⁷

De lo señalado se puede extraer claramente cuales son los requisitos necesarios para que la jurisprudencia considere que nos encontremos ante una convivencia more uxorio. Esta convivencia debe manifestarse entre un hombre y una mujer con lo cual quedan excluida todas las relaciones que se presenten entre individuos de igual sexo, debe existir relaciones sexuales entre los individuos que la componen quedando al margen todas aquellas relaciones de amistad o de cualquier otra clase en que no exista dichas relaciones sexuales, comunidad de habitación o vida en común- debe existir comunidad de lecho y mesa, sin perjuicio de las posibles excepciones que se presenten como consecuencia de ausencias debido al trabajo desarrollado por alguno de los individuos que componen estas uniones-, continuidad o permanencia con lo que se

¹⁶⁶ GACETA JURÍDICA, N° 85, Pág. 50 “Hidalgo Osorio, Maria con Misa Toro, Gilda”, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 1987.

¹⁶⁷ GACETA JURÍDICA, N° 206, Pág. 91 “Bejarano Aguirre, Delia y otros con Araya Maldonado, Yolanda”, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 1997.

excluye toda relación pasajera que pueda existir entre dos individuos aún cuando existan relaciones sexuales entre ellos, publicidad o notoriedad con lo quedan al margen toda clase de uniones secretas o clandestinas, es decir, los convivientes deben comportarse como marido y mujer ante la comunidad o sociedad en la que desarrollan sus actividades cotidianas y en sus relaciones domesticas.

5.3 –Efectos de las Uniones Afectivas de Hecho, Solución de los Conflictos

Nuestra jurisprudencia ha debido pronunciarse con respecto a las uniones de hecho, generalmente a propósito de la disolución o liquidación de los bienes que quedan como consecuencia del término de estas relaciones, ya sea por la muerte o por la decisión de alguno o de ambos convivientes, debiendo determinar el destino de los bienes o patrimonio que ambos integrantes de la convivencia *more uxorio* han ayudado a formar mediante su contribución, ya sea con ingresos propios u obtenidos del trabajo realizado en forma conjunta, y respecto de los cuales en la generalidad de las veces no existe un acuerdo entre los convivientes destinado a su división o distribución.

Este patrimonio que se forma como consecuencia de la convivencia es lo que genera la mayor cantidad de conflictos que se someten a la decisión de nuestros tribunales de justicia, los que debido a la falta total de regulación por parte del ordenamiento jurídico con respecto a esta convivencia, ha debido solucionar mediante la aplicación de los principios generales del derecho o mediante instituciones como el cuasicontrato de comunidad o la sociedad de hecho. “Es efectivo que la ley civil no contiene estatuto jurídico específico que rijan las relaciones de los convivientes entre sí. Ese vacío ha venido a ser suplido entre nosotros por un conjunto de resoluciones jurisprudenciales recaídas en diversos problemas patrimoniales que se producen a veces entre los convivientes durante sus años de vida en común, cuando no resulta posible establecer cual de ellos los adquirió, la jurisprudencia se ha preguntado si existe la posibilidad de aplicar al caso las disposiciones de la sociedad (civil o comercial) o si pudiera sostenerse la existencia de una sociedad de hecho, y en caso negativo, se ha inclinado por la existencia de una comunidad universal, a la que *ha aplicado las reglas*

de liquidación de la sociedad conyugal, como si los convivientes hubieran estado efectivamente casados bajo ese régimen".¹⁶⁸

A continuación procederemos a analizar algunas de las sentencias pronunciadas por los tribunales y en las cuales se fijan alguno de los criterios necesarios para la solución de estos conflictos.

5.3.1- Elementos

5.3.1.1- Convivencia

Resulta lógico que nuestros Tribunales de Justicia establezcan, como uno de los criterios necesarios para solucionar estos conflictos, el hecho de que aquellos que reclaman la existencia de una comunidad o sociedad de hecho hayan convivido en forma estable durante un periodo más o menos prolongado de tiempo. Sin embargo, no basta la sola convivencia estable para que se genere la comunidad o sociedad de hecho, debido a que la convivencia debe estar rodeada de otros elementos mediante los cuales, no exista duda o quede de manifiesto que la intención de los miembros de la pareja de hecho era poner algún bien o adquirir algo en común destinado a poder obtener ingresos, aumentar los ya existentes o ha sustentar el proyecto de vida en común que los convivientes han querido formar, así lo señaló la Excelentísima Corte Suprema en el considerando 5º de la sentencia pronunciada el 16 de Noviembre de 1953 dictada con motivo de un recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de sentencia pronunciada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago la que señala “ *Y de ello concluye que no es antecedente legal justificativo de una adquisición de derecho de comunero el concubinato, considerado sólo en cuanto tal pues él no es fuente de derechos reales y no esta contemplado en el artículo 588 del Código Civil*”¹⁶⁹, a mayor abundamiento en el considerando 7º de la misma sentencia se expresa “*Como ha podido verse en el*

¹⁶⁸ FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO. Ob. Cit. infra 161. p. 123.

¹⁶⁹ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, tomo L, 2ª. Parte, Sección Primera, Pág. 470, “Asvisio Dardano, Italia Maria con Sirandoni Ternani, Luis” Corte Suprema, casación en el fondo, 16 de Noviembre de 1953.

considerando 1º, el hecho fundamental que sirve de basamento a la demanda no ha sido el concubinato que hubo entre la actora y el señor Sironiani, sino el de haber acordado “trabajar ambos” con el objeto de ver aumentados sus recursos...”, por lo tanto, el concubinato por sí sólo no es capaz de generar efectos patrimoniales entre los convivientes, sino acompañado de otras situaciones que permitan corroborar la existencia de un cuasicontrato de comunidad o de una sociedad de hecho, ejemplo de ello es la intención de desarrollar una actividad comercial destinada a generar recursos o a sustentar su proyecto de vida familiar.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Santiago, la que conociendo en un recurso de apelación señaló en su considerando 14º “Que si bien se ha probado el concubinato entre el demandante y doña Emma Zunino, con la confesión de los demandados y las declaraciones de los testigos, esa sola convivencia, contrariamente a lo que sostiene el demandante, por larga y permanente que sea, no generará por sí sola una comunidad de bienes entre los concubinos; vale decir, puede existir concubinato sin que haya comunidad de bienes ni sociedad de hecho ni nada que se les parezca. Y la existencia de dicha sociedad debe ser probada.

(...) El concubinato, como se ha dicho, si bien puede ser un antecedente de la sociedad de hecho o de la comunidad de bienes, no da nacimiento por sí sólo a una comunidad o de una sociedad de hecho. En el concubinato, la ausencia de sociedad y de comunidad de bienes constituye, a diferencia del matrimonio, el derecho común.

En consecuencia, quien pretende que el concubinato ha dado lugar a una sociedad de hecho o a una comunidad, debe probar adecuadamente que se hicieron los aportes necesarios o que existió un trabajo, industria o cualquier otra actividad

*conjunta que haya sido la causa de la existencia de los bienes que forman la sociedad de hecho o la comunidad”.*¹⁷⁰

La Corte de Apelaciones de Santiago, ha mantenido dicho criterio, lo que queda de manifiesto en la sentencia de 23 de Diciembre de 1996 la que en su considerando 2º señaló “2º (...) *En efecto, la sola existencia de un concubinato no puede traer aparejado como necesaria consecuencia el que entre los concubinos se forme una comunidad de bienes; lo anterior, especialmente si ambos convivientes han contado con ingresos propios y han adquirido durante la vida en común bienes a su nombre. Lo contrario significaría que en el aspecto patrimonial la convivencia obligatoriamente daría lugar a una especie de sociedad conyugal, con la agravante de que los concubinos no podrían pactar separación legal de bienes*”.¹⁷¹

En conclusión, la convivencia more uxorio no es suficiente causa para comprobar la existencia de una sociedad de hecho o un cuasicontrato de sociedad, en otras palabras, la sola convivencia no es generadora del derecho del comunero en la comunidad de poder pedir su liquidación, sino que esta unión afectiva debe estar rodeada de otros elementos que permitan determinar la existencia de estas instituciones. La sola convivencia puede servir únicamente como antecedente que permita comprobar la existencia de una posible comunidad o sociedad de hecho conjuntamente con otros elementos que se manifiesten coetáneamente con esta convivencia more uxorio.

5.3.1.2- Trabajo en Común o en Forma Conjunta

Para que exista un cuasicontrato de comunidad o una sociedad de hecho es necesario que ambos convivientes hayan concurrido a formar el patrimonio común

¹⁷⁰ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, tomo LXXIX, 1ª. Parte, Sección Segunda, Pág. 470, “Arroyo C., Marcial con Sucesión Zunino Ch., Emma” Corte de Apelaciones de Santiago, recurso de apelación, 30 de Marzo de 1982.

¹⁷¹ GACETA JURÍDICA, Nº 198, Pág. 64, Corte de Apelaciones de Santiago. “Navarro Carboneros, Fraternidad con Arias Espinoza, Clara”, 1996.

mediante su trabajo en forma conjunta, existiendo por su parte la voluntad de así realizarlo, sin lo cual no puede configurarse jamás una comunidad ni menos una sociedad de hecho. La Corte Suprema así lo ha señalado en el considerando 6° de una sentencia de casación la que expresa *“Que esta Corte ha señalado que la situación que se produce entre dos personas por haber hecho vida en común sin estar ligados por vínculo matrimonial, es decir, por existir entre ellos un estado de concubinato o amancebamiento y muy especialmente por haber puesto en común los bienes que poseían, contribuyendo con sus aportes recíprocos a adquirirlos, da origen a una comunidad (...)”* y además en su considerando 8° se señala *“(...) es decir, se ha tratado de la unión extramarital de un hombre y una mujer que aparecen con bienes propios, que no han realizado una actividad comercial, industrial o profesional en forma conjunta, que haya dado lugar a una sociedad de hecho. En resumen, en la especie no nos encontramos en el caso de una unión con caracteres externos de un matrimonio, que hayan forjado juntos una situación patrimonial determinada, y que sea de justicia frente a la ruptura de dicha unión, proteger los derechos de alguno de sus partícipes que pudiera quedar despojado de ellos por la circunstancia de no haber contraído matrimonio”*.¹⁷²

5.3.2- Figuras Jurídicas Aplicables.

Los conflictos que generan las uniones de hecho entre los convivientes se presentan principalmente al momento de su disolución, ya sea por la muerte o decisión de él o los convivientes, y se generan en el ámbito patrimonial, aspecto que a diferencia de lo que sucede con el matrimonio, no se encuentra regulado por ninguna disposición en el ordenamiento jurídico, lo que ha llevado a los tribunales a solucionar estos conflictos aplicando disposiciones generales del Derecho Común.

¹⁷² REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, tomo LXXXVI, 2ª. Parte, Sección Primera, Pág. 105, “Duhalde Luckeide, Raúl con Moreira Buseta, Cecilia” Corte Suprema, casación en el fondo, 25 de Julio de 1989.

Mientras la comunidad de vida se mantiene vigente los bienes que los convivientes aportan a dicha relación o adquieren de manera conjunta, están destinados a proveer las necesidades que dicha convivencia origina de manera tal que es poco probable que surja un conflicto entre los individuos que componen la pareja de hecho. Sin embargo, una vez que se pone término a la relación surge en la gran mayoría de los casos conflictos originados debido a la repartición del patrimonio que se ha logrado formar durante la convivencia.

Puede suceder que se haya pactado entre los convivientes la manera de disolver o repartir el patrimonio quedado al momento del término de la unión, con lo cual se estará a dicho pacto en razón de la autonomía de la voluntad o su libertad contractual, pero debemos reconocer que esta situación es de excepción, ya que la mayoría de las veces por no decir en la totalidad de los casos este pacto no existe, y es necesario someter la controversia que se produce al conocimiento y decisión de los tribunales, para que sean estos los que determinen el destino de los bienes, para lo cual y a falta de regulación expresa por parte de nuestro legislador, los órganos jurisdiccionales se encuentra en la necesidad de solucionar estos conflictos mediante la aplicación de principios generales del derecho o mediante normas de Derecho Común.

Dentro de estas disposiciones aplicables son dos las que destacan y que se utilizan en la gran mayoría de las sentencias pronunciadas por los tribunales, con la finalidad de solucionar los conflictos que dicen relación con la liquidación de los bienes, estas son el cuasicontrato de comunidad y la sociedad de hecho, sin perjuicio de otras soluciones como la existencia entre los concubinos de un contrato de trabajo¹⁷³ o de la posible aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa. En lo que dice relación con el enriquecimiento sin causa este se produce en aquellos casos en que existe un

¹⁷³ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, tomo XVII, 2ª. Parte, Sección Segunda, Pág. 12, “Alarcón con Galdames” Corte de Apelaciones de Santiago, apelación, 16 de Julio de 1919.

enriquecimiento injustificado de parte de una persona, en este caso de uno de los convivientes, a costa del correlativo empobrecimiento en el patrimonio del otro conviviente, sin que exista una causa jurídica que justifique dicho empobrecimiento. Para que exista este enriquecimiento deben cumplirse los siguientes requisitos, primero debe existir un enriquecimiento de parte de uno de los convivientes con el correlativo empobrecimiento del otro, debe existir una relación de causalidad entre ambas situaciones, finalmente debe carecer el enriquecimiento de causa jurídica, ya sea contractual, extracontractual o emanada de la ley que lo justifique. Esta teoría puede ser una solución viable para solucionar los problemas surgidos como consecuencia de la convivencia more uxorio, sin embargo debe tenerse presente que la acción in rem verso sólo puede ser utilizada a falta de cualquier otro medio que permita obtener la reparación deseada.

Sin perjuicio de lo anterior “en ningún caso es la sola existencia de la unión de hecho, la que lleva a estas soluciones jurisprudenciales, sino que deben existir los elementos tipificantes ya sea de la sociedad de hecho, de la relación laboral, de la sociedad irregular o del cuasicontrato de comunidad”.¹⁷⁴ A continuación se procederá a analizar la comunidad y la sociedad de hecho.

5.3.2.1- Cuasicontrato de Comunidad

Al iniciar una convivencia more uxorio sus miembros tienen la intención de poder formar una comunidad de vida que perdure en el tiempo, de formar un proyecto de vida juntos, para lo cual ponen en común sus bienes propios con la única finalidad de cumplir con las necesidades que se presentan durante su vida en común. Estos bienes, a diferencia de lo que sucede con la sociedad, se ponen en común no con miras a

¹⁷⁴ GAZMURI RIVEROS, CONSUELO. “Uniones de Hecho: Algunos Antecedentes, y Problemáticas de la Regulación jurídicas de sus Efectos”. En Homenaje al Profesor Fernando Fueyo Lanieri. *“Instituciones Modernas de Derecho Civil”*. Santiago. Editorial Conosur Ltda., 1996, p. 115.

desarrollar una actividad económica, sino con miras a desarrollar su proyecto de vida o de familia, sin necesidad de que exista *affectio societatis*.

A medida que este proyecto se va desarrollando los convivientes van adquiriendo más bienes con el esfuerzo común o con ingresos propios, que se generan con las actividades que cada uno de ellos realiza, es en esta hipótesis en que la jurisprudencia ha contemplado la posibilidad de aplicar la figura jurídica del cuasicontrato de comunidad, con la condición de que la adquisición de los bienes sean consecuencia del esfuerzo de común de los convivientes, aún cuando cada individuo tenga su propio trabajo, independiente y separado del otro.

5.3.2.2- Sociedad de Hecho

Otra de las soluciones a las que ha llegado la jurisprudencia con respecto a los conflictos que se producen entre los convivientes, en lo que dice relación con la división de los bienes que se genera al término la unión afectiva, es la existencia de una sociedad de hecho. Sociedad que es principalmente una elaboración doctrinaria que se origina en el artículo 2057 del Código Civil, se presenta en aquellos casos en que la sociedad no pueda subsistir en forma legal ni como sociedad, ni como donación, ni como cualquier otro contrato siempre que ella tenga un fin de carácter lícito.

Puede suceder que entre los convivientes exista una sociedad de hecho, al igual de lo que sucede en la comunidad y como se señaló anteriormente, la sola existencia de una convivencia *more uxorio* no hace presumir la existencia de la sociedad, sino que debe presentarse entre los convivientes los requisitos indispensables para que estemos en presencia de dicha figura jurídica. Es decir, debe realizarse un aporte por parte de los individuos que componen la unión, aporte que puede consistir en bienes o trabajo aportados con la finalidad de desarrollar una actividad comercial determinada; un segundo elemento es la participación en las utilidades y contribución a las pérdidas por parte de los convivientes, estos deben tener la intención o ánimo de repartir las utilidades

y concurrir a las pérdidas que se originen como consecuencia del desarrollo de la actividad comercial emprendida y en razón de la cual se realizó el aporte; y finalmente debe presentarse el elemento anímico, denominado *affectio societatis*, es decir, los socios deben tener la intención de realizar un negocio o actividad en común con miras ha obtener un beneficio.

Estos requisitos se exigen de igual manera para los convivientes, entre los que deben existir a lo menos elementos que permitan comprobar la existencia de este elemento anímico, lo que puede ser corroborado mediante la cooperación en el desarrollo de la actividad o negocio que realiza el otro conviviente o mediante el inicio de una actividad comercial en conjunto al momento de comenzar la vida en común.

Finalmente, a pesar de que existen diferencias entre la comunidad y la sociedad de hecho, no es menos cierto que nuestros tribunales tienden muchas veces a calificar indistintamente las diversas circunstancias en sociedad de hecho o comunidad, incluso a emplear indistintamente dichos términos a la hora de calificar la situación fáctica, debido a que en ambos casos las atribuciones legales son idénticas, además de que generalmente los bienes tienen que repartirse en parte iguales entre los convivientes. Así lo ha señalado nuestra Excelentísima Corte Suprema conociendo de un recurso de casación en el fondo, mediante sentencia de 03 de Mayo de 1957, la que expresa “*10º (...) Es cierto, como lo ha observado el demandado en su defensa, que en estricto derecho no son conceptos análogos los de sociedad de hecho y, comunidad (...).*” Continúa la Corte “*(...) y como el derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común es el mismo que tienen los socios en la sociedad de hecho para pedir que se liquiden las operaciones anteriores y retirar sus aportes (artículos 2057 y 2305), es manifiesto que, en la especie, carecía de trascendencia práctica calificar si la situación de hecho producida entre las partes,*

*importa en derecho un estado de comunidad o de sociedad hecho, que fué lo discutido, supuesto que, en ambos casos, las atribuciones legales de ellos son idénticas (...)*¹⁷⁵

¹⁷⁵ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, tomo LIV, 2ª. Parte, Sección Primera, Pág. 71, “Villela H., Filomena con Crespo D., Carlos” Corte Suprema, casación en el fondo, 03 de Mayo de 1957.

CONCLUSIÓN

La familia tiene un carácter esencial en el desarrollo del hombre, dicha naturaleza se ha presentado desde sus orígenes y se ha manifestado durante toda la evolución de la humanidad. En la actualidad es aún la base fundamental de la sociedad, en el sentido de que sin ella no existe sociedad como la conocemos, y es en ella en que el hombre ha podido satisfacer sus necesidades materiales como también psicológicas. Es en la familia en donde se ha alimentado y formado como individuo, y es a través de ella que se ha perpetuado como especie.

Sin familia, es muy difícil construir una sociedad estable que perdure en el tiempo y así lo entendieron las civilizaciones que perduraron y trascendieron hasta nuestros días, puesto que tanto a nivel religioso, y en especial en el ámbito del derecho se le otorgó un lugar privilegiado y especial, mediante la dictación de una legislación destinada a proteger y fomentar su mantención y desarrollo.

En Chile, nuestra historia constitucional demuestra que a través de sus distintas constituciones se le fue otorgando una mayor preponderancia a la institución de la familia, pasando desde los primeros textos constitucionales que sólo se la consideraba como un requisito para obtener la ciudadanía o nacionalidad, a ser declarada por el artículo 1 de la Carta Fundamental de 1980 como la base fundamental de la sociedad, e imponer al Legislador Nacional la obligación de fomentarla y protegerla ante cualquier ataque del que fuere objeto.

Con respecto a la discusión que surge como consecuencia de la dictación de la disposición mencionada anteriormente, en orden a determinar cual es la familia protegida por nuestro texto fundamental, debemos señalar que debe entenderse superada y así lo han entendido la mayoría de los autores nacionales y legisladores, inclinándose por considerar que la Constitución protege y ampara a los distintos tipos de familias. Los

legisladores nacionales con motivo de la dictación de la nueva Ley de Matrimonio Civil tuvieron la oportunidad de pronunciarse con respecto a la discusión señalada anteriormente, y así lo hicieron, dejando en claro que la familia es la núcleo fundamental de la sociedad y el matrimonio es la base principal de aquella, así la principal forma de constituir una familia es el matrimonio, más no es la única. Luego dicha declaración trae consigo que para nuestro legislador existen otras formas de familia, entre las que se encuentran las uniones afectivas de hecho.

Por lo tanto, y como familia que es, pesa sobre el legislador el deber constitucional de protegerla, para lo cual es necesario dictar un estatuto jurídico destinado a regularla en el ámbito patrimonial, el cual deberá establecer claramente el destino de los bienes al momento de la separación o muerte de uno de los convivientes y regular las relaciones patrimoniales que surjan entre éstos y terceros. Asimismo, deberá establecer con absoluta claridad cuales son los efectos que se producen en el ámbito afectivo entre los convivientes, es decir, si existe el deber de socorro, fidelidad, u otros deberes entre los convivientes.

Dicha regulación es consecuencia del mandato constitucional y no tiene relación alguna, como han pretendido los detractores de esta tendencia, con equiparar los requisitos y efectos de las uniones de hecho con los del matrimonio. Con ello sólo se pretende establecer un estatuto normativo claro que permita a nuestros tribunales de justicia solucionar los conflictos que se les presentan en relación con la convivencia *more uxorio*, de una forma precisa y clara, y no realizando un esfuerzo interpretativo destinado a la aplicación de normas propias de otras instituciones jurídicas, como aún se debe realizar debido a la carencia de un estatuto orgánico que regule estas uniones.

En conclusión, nuestro legislador reconoce la existencia de otros tipos de familia las que conviven en forma paralela a la familia matrimonial, todas las cuales por mandato constitucional deben ser objeto de una regulación jurídica extensa, la cual no

necesariamente debe ser idéntica a la regulación de aquella familia nacida como consecuencia del matrimonio, ya que aún cuando ambas uniones familiares constituyan tipos de familias, no por ello deben tener una regulación idéntica, ya que no son situaciones o realidades parecidas ni mucho menos iguales, a pesar de que comparten algunos de los elementos que las constituyen.

El Constituyente Nacional, como consecuencia de su interés de extender la protección a los Derechos Humanos, fortaleció la protección a la familia con motivo de la reforma constitucional de la que fue objeto nuestra Constitución en el año 1989, y en la cual se incorporó el inciso 2 del artículo 5 al texto fundamental, lo que elevó el rango de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a lo menos al de norma constitucional, sin perjuicio de que algunos autores consideren que tienen un rango jurídico superior al de dichas disposiciones. Es así como muchos de estos tratados contienen normas destinadas a fortalecer a la familia, la cual debe entenderse expresada en términos amplios, en razón de la diversidad de Estados que concurren a su firma los que poseen culturas totalmente distintas en relación con estos temas.

Entre los derechos fundamentales que incorporan los textos internacionales relacionados con la familia podemos mencionar el derecho de tener una familia, de tener un hogar familiar, y la protección de ella, con lo cual se ha ampliado notablemente las normas que protegen a la familia en todas sus tipologías, y no sólo a la familia matrimonial como algunos autores así lo han pretendido, a pesar de ello el ordenamiento jurídico contempla aún disposiciones que pugnan con las normas incorporadas en los tratados internacionales, ejemplo de lo anterior es el caso de la institución del Bien Familiar, que protege el derecho de tener un hogar por parte de la familia, pues sólo existe dicha posibilidad con respecto a la familia matrimonial y no con respecto a las uniones de hecho, las que se encuentran desprovistas de esta posibilidad. Es más se puede decir que existe una discriminación en torno al origen de los hijos con respecto a este tema, pues sólo aquellos nacidos en el seno de una familia matrimonial podrían

asegurar su permanencia en la vivienda que ha servido de hogar para la familia, posibilidad que no existe para los niños nacidos en la familia de hecho, realidad que pugna notablemente con los tratados internacionales ratificados e incorporados por Chile mediante la reforma de 1989.

Sin perjuicio, de lo anteriormente señalado existe en nuestro ordenamiento jurídico disposiciones que se refieren a la familia de hecho, menciones que como comprobamos son las mínimas, así en la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar se menciona al o la conviviente como víctima de la violencia que suceda en el hogar, como consecuencia de esta ley se procedió a modificar el Código Penal en lo que dice relación con el delito de parricidio en el que se incorpora al o la conviviente como posible víctima de dicho delito, además de modificar el artículo 11 N° 4 y el artículo 367 bis del mismo cuerpo legal. En el mismo sentido y antes de ser modificada la Ley N° 14.908, se establecía en su artículo 18 la responsabilidad solidaria a los que vivieren en concubinato con el padre, madre o cónyuge alimentante, del pago de la obligación alimentos.

Sin embargo, existen aún disposiciones en el ordenamiento jurídico en las que se establecen discriminaciones en favor de la familia matrimonial, no sólo en las disposiciones del Código Civil sino también en otras leyes, así por ejemplo en las distintas leyes de adopciones dictadas en nuestro país a través del tiempo jamás se ha permitido la adopción de menores por parte de las parejas de hecho, se ha permitido la adopción de personas solteras e incluso viudas, pero principalmente se favorece la adopción por parte de familias constituidas mediante el matrimonio, situación que es incomprensible, ya que si se permite a adopción de personas solteras. No se ve el inconveniente en que se permita a las parejas de hecho poder adoptar, debido a que si se pretende que el menor se incorpore a una familia es poco lógico no permitir la adopción de estas uniones, y sí de personas solteras considerando que una sola persona jamás puede ser considerada una familia, pues esta supone siempre a lo menos dos individuos.

Otra discriminación la constituye, según lo ya explicado anteriormente, la institución del bien familiar. Los principales afectados en estas uniones de hecho son siempre los convivientes, debido a que después de la dictación de la Ley N° 19.585 no existe distinción entre los hijos en las distintas materias.

Es así que en materia de sucesión por causa de muerte todos los hijos tienen los mismos derechos, situación que es diametralmente opuesta a la del conviviente sobreviviente en la sucesión del difunto, puesto que estos no tienen la calidad de legitimario del otro en la sucesión y no pueden ser destinatario de la cuarta de mejora, por lo que la única forma de que puedan participar de la sucesión del difunto es a través de la cuarta de libre disposición, lo que supone la existencia de un testamento que así lo establezca, pues de otro modo se deberá enfrentar a los herederos del conviviente difunto entablando la respectiva acción judicial en su contra, lo que se presenta de manera frecuente en nuestros tribunales de justicia, como quedo demostrado al analizar la jurisprudencia dictada por ellos.

En lo que dice relación con la regulación de la convivencia *more uxorio*, legislaciones extranjeras se han preocupado no sólo de la familia legítima o fundada en el matrimonio, sino también en aquella familia que surge de un hecho, de la convivencia de una hombre y una mujer con características de estabilidad y permanencia, muchas de ellas han permitido la adopción de las parejas de hecho- situación que en Chile no es posible-, permitiendo incluso el matrimonio entre personas del mismo sexo. Existen diferencias entre las legislaciones de países europeos y latinoamericanos, los primeros no sólo regulan las uniones afectivas entre personas de distinto sexo, sino también aquellas que en sus miembros son de igual orientación sexual, permitiéndoles adoptar menores para que formen parte de su familia, e incluso poder contraer matrimonio entre ellos. La situación es diametralmente opuesta en nuestro continente en el cual se regula sólo las uniones afectivas entre personas del mismo sexo, con la salvedad de lo que

sucede en el estado de Buenos Aires en el que se permite las uniones civiles entre personas de la misma orientación sexual.

En Chile a diferencia de lo que sucede con los países europeos y del resto de Sudamérica no existe regulación alguna con respecto a estas convivencias, más aun algunos autores y legisladores pretenden ignorar su existencia, debiendo recurrir los miembros de estas parejas a fin de poder protegerse y obtener los efectos queridos por ellos, a principios que son de aplicación general en nuestro derecho, situación que muchas veces los deja en una desprotección enorme, por lo que se hace imperiosa la necesidad de regularlas de una manera completa que no sólo se refiera al ámbito económico sino también en el aspecto afectivo.

Es por lo anteriormente mencionado que algunos legisladores han considerado necesario establecer un estatuto normativo que regule estas uniones de manera eficaz, es así como se han presentado una serie de proyectos de leyes destinadas a regular las uniones afectivas de hecho tanto hetero como homosexuales, sin embargo, dichos proyectos sólo se preocupan de establecer normativas con respecto a los efectos que estas uniones producen en el ámbito económico o pecuniario, ya sea entre sus miembros como entre estos y los terceros, despreocupándose efectos que en teoría son de mayor importancia como lo pueden ser las obligaciones de socorro y ayuda mutua que debe existir entre los convivientes, obligaciones que si existen en el matrimonio y que en mi opinión debieran existir en aquellas relaciones, con ello no se pretende bajo ningún concepto igualarlas con el vínculo del matrimonio, sólo se pretende que exista una regulación propia de estas obligaciones, que evite que nuestros tribunales tengan que recurrir a otras instituciones jurídicas que resultan artificiosas y poco adecuadas para solucionar los conflictos que se generan entre los miembros de las parejas de hecho

Es preciso señalar como conclusión final y de suma importancia que las uniones de hecho no son una convivencia igual al matrimonio, sino una situación que posee sus

propias características que la definen y la configuran, aun cuando posea elementos similares al matrimonio ello no quiere decir que sean realidades idénticas. Esta confusión ha generado que muchos autores nieguen la posibilidad de que se proceda a dictar una legislación adecuada para estas uniones, pues asimilan el matrimonio con la convivencia *more uxorio*, realidades que pueden tener algún grado de parecido pero que no son iguales bajo ningún respecto.

Sin embargo, tanto el matrimonio como las uniones afectivas de hecho coinciden en un elemento fundamental para ambas, la *affectio maritalis*, elemento que es de vital importancia para que nos encontremos ante una unión de hecho, cualquiera que ella sea, *affectio* que se presenta tanto en las uniones de hecho hetero como homosexuales, debido a que es un elemento de la esencia de la convivencia *more uxorio*, sin el cual no puede existir como tal. Este elemento anímico no es exclusivo de las parejas heterosexuales sino también se presenta en aquellas que se encuentran conformadas por personas con igual orientación sexual, por lo que podemos concluir que no existe en Chile impedimento para establecer un estatuto que regule las uniones afectivas entre individuos de igual o distinto sexo, ya sea en un estatuto separado o en forma conjunta.

BIBLIOGRAFÍA.

1. ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE. Santiago, Talleres Gráficos de Gendarmería de Chile, 1976-1983.
2. BARRIENTOS GRANDON, JAVIER y NOVALES ALQUÉZAR, ARÁNZAZU. “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno”. 2 ° ed. Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2004.
3. BOSSERT, GUSTAVO A. “Régimen Jurídico del Concubinato”. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999.
4. CARRASCO DELGADO, SERGIO. “Génesis y Vigencia de los Textos Constitucionales Chilenos”. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
5. CICU, ANTONIO. “Derecho de Familia”. Buenos Aires, Editorial Sociedad Anónima Editores, 1947.
6. CLEMENTE DE DIEGO, FELIPE. “Instituciones de Derecho Civil”. Madrid, Artes Graficas, 1959.
7. CORRAL TALCIANI, HERNÁN. “Familia y Derecho”. Santiago, Universidad de los Andes, 1994.
8. CORRAL TALCINI, HERNÁN. “Derecho y Derechos de Familia”. Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2005.
9. CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE FAMILIA. “Derechos de Familia y Nuevos Paradigmas”. Mendoza, Argentina, 1998.

10. DE COSSIO, ALFONSO. "Instituciones de Derecho Civil". Madrid, Alianza Editorial S.A., 1975.
11. DÍEZ-PICASSO, LUIS Y GULLÓN, ANTONIO. "Sistema de Derecho Civil". 7° ed. Madrid, Editorial Tecnos, 1997.
12. DÍEZ-PICASSO, LUIS. "Familia y Derecho". Editorial Civitas S.A.
13. FIGUEROA, GONZALO. "Persona, Derecho y Familia". Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995.
14. FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO. "Estatuto Jurídico de la Pareja Informal". En Homenaje al Profesor Fernando Fueyo Lanieri. "*Instituciones Modernas de Derecho Civil*". Santiago. Editorial Conosur Ltda., 1996.
15. FUEYO LANIERI, FERNANDO. "Derecho Civil, Derecho de Familia". Santiago. Editorial Roberts, 1958.
16. GARRIDO MELERO, MARTÍN. "Derecho de Familia". Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1999.
17. GAZMURI RIVEROS, CONSUELO. "Uniones de Hecho: Algunos Antecedentes, y Problemáticas de la Regulación jurídicas de sus Efectos". En Homenaje al Profesor Fernando Fueyo Lanieri. "*Instituciones Modernas de Derecho Civil*". Santiago, Editorial Conosur Ltda., 1996.
18. GROSMAN, CECILIA P Y MARTÍNEZ ALCORTA, IRENE. "Familias Ensambladas". Buenos Aires, Editorial Universidad, 2000.

19. HAMILTON, EDUARDO. “Familia y Estado”. Santiago, Imprenta Walter Gnadt, 1933.
20. INSTITUTO DE CHILE ACADEMIA DE CIENCIAS SOCIALES, POLÍTICAS Y MORALES. “La Familia y la Capacidad de la Mujer Casada”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979.
21. KELMELMAJER, AIDA. “El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas”. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.
22. LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L. “Derecho de Familia”. 4º ed. Barcelona, José María Bosch Editor, 1997.
23. LÓPEZ, A. M, MONTES V. L, ROCA. E. “Derecho De Familia”. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997.
24. LÓPEZ HERRERA, F. “Anotaciones sobre Derecho de Familia”. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1970.
25. MAZEUD, HENRI, LEÓN, JEAN. “Lecciones de Derecho Civil”. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959-65.
26. MEDINA, CECILIA. “Constitución, Tratados y Derechos Esenciales”. Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconocimiento, 1994.
27. MENDEZ COSTA MARIA J. Y D`ANTONIO, DANIEL H. “Derecho de Familia”. Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores. Tomo I, 2001

28. MIZRAHI, MAURICIO L. “Familia, Matrimonio y Divorcio”. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001.
29. PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS. “¿Hay Razones Constitucionales Fuertes a Favor de un Estatuto Igualitario?”. En Homenaje al Profesor Fernando Fueyo Lanieri. “*Instituciones Modernas de Derecho Civil*”. Santiago. Editorial Conosur Ltda., 1996.
30. PÉREZ DUARTE, ALICIA E. “Derecho de Familia”. México, U.N.A.M., 1990.
31. PFEFFER URQUIAGA. EMILIO. “Manual de Derecho Constitucional”. Santiago, Editorial Conosur, 1987-1990.
32. POVIÑA, ALFREDO. “Tratado de Sociología”. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1985.
33. PUIG PEÑA, FEDERICO. “Compendio de Derecho Civil Español”. 3º ed. Madrid, Ediciones Pirámide S.A, 1976.
34. RAMOS PAZOS, RENE. “Derecho de Familia”. 3º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
35. REBORA, JUAN CARLOS. “La Familia”. Buenos Aires, Libreros-Editores Juan Roldán Y Cía., 1926.
36. RECASENS FICHES, LUIS. “Sociología”. México, Editorial Porma, 1964.
37. REINA, VÍCTOR. “Las Uniones Matrimoniales de Hecho”. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 1996.

38. RODRIGUEZ GREZ, PABLO. “Instituciones de Derecho Sucesorio”. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica, 2002
39. SILVA BASCUÑAN, ALEJANDRO. “Tratado de Derecho Constitucional”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Vol. IV, 1997.
40. SUÁREZ FRANCO, ROBERTO. “Derecho de Familia”. 7º ed. Santa Fe de Bogotá Colombia, Editorial Temis S.A, 1998.
41. TALAVERA FERNÁNDEZ, PEDRO A. “Fundamentos para el Reconocimiento Jurídico de las Uniones Homosexuales: Propuestas de Regulación en España”. Madrid, Editorial Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé De las Casas, 1999.
42. VALVERDE Y VALVERDE, CALIXTO. “Tratado de Derecho Civil”. 3º ed. Valladolid, Talleres Tipográficos Cuesta Macias, 1926.
43. VILLAVICENCIO MIRANDA, LUIS. “La Constitución y Los Derechos Humanos”. Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1998.
44. ZANNONI, EDUARDO. “Derecho de Familia”. 1º reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1981.

APUNTES:

1. DEPARTAMENTO DE CIENCIAS DEL DERECHO. “De La Familia: Una Visión Etnológica del Parentesco y la Familia”. Universidad de Chile, Santiago

2. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. “Diversas Formas de Familia”. Universidad de Chile, Santiago.
3. MARTINIC GALETOVIC, MARÍA DORA. “Concubinato y Uniones de Hecho”. Universidad de Chile, Santiago.
4. MARTINIC GALETOVIC, MARIA DORA Y WEINSTEIN, GRACIELA. “Concubinato y Uniones de Hecho”. Apuntes de Clase, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

REVISTAS:

1. BERTELSEN, RAÚL. “Rango Jurídico de los Tratados Internacionales”. En *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 23, N °2 y 3, Tomo I, 1996.
2. CORRAL TALCIANI, HERNÁN. “Claves Para Entender El Derecho De Familia Contemporáneo”. En *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile. Vol. 29 N ° 1 Enero/ Marzo 2002.
3. CUMPLIDO CERECEDA, FRANCISCO. “Alcance de la Modificación del Artículo 5 de la Constitución Política Chilena en Relación a los Tratados Internacionales”. En *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 23 N ° 2 y 3, tomo I, 1996.
4. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. “Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Chileno”. En *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 23, N °2 y 3, Tomo I, 1996.

5. ORREGO SANCHEZ, CRISTOBAL. “Vigencia de los Derechos Esenciales que Emanan de la Naturaleza Humana y su Reconocimiento en el Ordenamiento Jurídico Chileno”. En *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 20, 1993.
6. RODRÍGUEZ, MARIA S. “Familia y Legislación: Entre Protección y Socavamiento”. En *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile. Vol. 25 N ° 3 Julio/ Septiembre 1998.
7. SOTO KLOSS, EDUARDO. La Familia en la Constitución Política. En *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 21 N ° 2, 1994.
8. TRONCOSO REPETTO, CLAUDIO Y VIAL SOLAR, TOMÁS. “Sobre los Derechos Humanos Reconocidos en Tratados Internacionales y en la Constitución”. En *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 20, 1993.
9. VARELA DEL SOLAR, JORGE L. “Estudio sobre el Artículo Primero de la Constitución de 1980”. En *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 11, N ° 2, 3, 1984.

TESIS

1. ALCAINO TORRES, RODRIGO. “Proyecciones de las Uniones Extramatrimoniales en el Derecho Civil”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad Gabriela Mistral, 1991, Profesor Guía: SCHMIDT HOTT, CLAUDIA.

2. BÁEZ AGUIRRE, DANIELA Y CONTRERAS SEPÚLVEDA, CLAUDIA. “Tratamiento Jurídico de las Uniones de Hecho”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, 2004. Profesor Guía: MARTINIC, MARÍA DORA.
3. BENQUIS MONARES, JACQUELINE. “El Concubinato”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, 1991, Profesor Guía: FUEYO LANIERI, FERNANDO.
4. CAMPILAY FERNÁNDEZ, JORDÁN. “La Adopción y los Nuevos Procedimientos de la Ley 19.968 Sobre Tribunales de Familia: Algunas Consideraciones Acerca de la Noción de Abandono en la Adopción”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, 2005. Profesor Guía: GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ.
5. FLORES MARTÍNEZ, CAROLINA M. Y VEGA DÍAZ, VIRGINIA A. “Discriminación por Orientación Sexual”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, 2004. Profesor Guía: GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ.
6. GONZÁLEZ SILVA, ANDREA Y LOBOS FUICA, GONZALO. “Análisis de las Últimas Modificaciones Legales al Derecho Penal y Derecho Civil: Sus Efectos en la Familia Penalmente Tutelada”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, 2001. Profesor Guía: SEPÚLVEDA CREAR, EDUARDO.
7. OYARZÚN VALENZUELA, JORGE. “Las Uniones de Hecho Entre homosexuales En Chile y El Derecho Comparado”. Memoria para optar al grado

de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, 2004. Profesor Guía: INFANTE CAFFI, MARIA T.

8. PARRA M., VICTORIA Y ZAVALA F., DINORA. “Familia: Cristalización de las Dinámicas de Poder”. Memoria para optar al título de Psicología, Santiago, Universidad de Chile, 2004, Profesor Guía: FOLADORI A., HORACIO.
9. PINTO ROGERS, HUMBERTO. “El Concubinato y sus Efectos Jurídicos”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, 1942.
10. ROYER, DANIELA A. “Concepto de Familia Según el Artículo 1° de la Constitución de 1980”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad Adolfo Ibáñez, 1999. Profesor Guía: VIVANCO, ÁNGELA.
11. VARAS VALENZUELA, MARIA E. “Reconocimiento Jurídico de las Uniones Entre Personas del Mismo Sexo”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, 2000. Profesor Guía: VELOSO VALENZUELA, PAULINA.

ARTÍCULOS ELECTRÓNICOS.

1. ARRAU C., FERNANDO. “Aspectos Patrimoniales en las Normativas Sobre Parejas de Hecho. Legislación comparada: España, Francia y Suecia”. Santiago, Biblioteca del Congreso Nacional, 2004. <<http://www.bcn.cl>>

2. DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ R. “La Ley Francesa, de 15 de Noviembre de 1999, Relativa al Pacto Civil de Solidaridad”. Documento obtenido de la dirección electrónica <<http://www.uv.es/~ripj/6ley.htm>>
3. MEDINA, GRACIELA. “Jurisprudencia y Legislación Extranjera”. Publicación electrónica: <<http://www.gracielamedina.com>>
4. QUIROZ NEIRA, MARIO H. “La Matriz Familiar en la Era de la Mundialización, Organización Mundial para las Familias, Conference Internacionales Les Familles et la Mondialisation”, 1998, Montreal, Canadá. <<http://www.medmayor.cl/apuntes/apuntes/socioantropologia/matrizfamiliar.htm>>

LEYES.

1. CONSTITUCIÓN POLITICA DE LA REPÚBLICA.
2. CODIGO CIVIL.
3. CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.
4. CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.
5. CODIGO PROCESAL PENAL.
6. CODIGO DEL TRABAJO.
7. LEY N° 20.066 SOBRE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

JURISPRUDENCIA

1. GACETA JURÍDICA, N° 85, Pág. 50 “Hidalgo Osorio, Maria con Misa Toro, Gilda”, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 1987.
2. GACETA JURÍDICA, N° 206, Pág. 91 “Bejarano Aguirre, Delia y otros con Araya Maldonado, Yolanda”, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 1997.
3. GACETA JURÍDICA, N° 198, Pág. 64, Corte de Apelaciones de Santiago. “Navarro Carboneros, Fraternidad con Arias Espinoza, Clara”. 1996.
4. REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Tomo II, 2ª. Parte, Sección Primera, Pág. 277, “Díaz con Carvajal”, Corte Suprema, Casación en el Fondo, 16 de Diciembre de 1904.
5. REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Tomo V, 2ª. Parte, Sección Primera, Pág. 1, “Brenza con Gerbino”, Corte Suprema, Casación en el Fondo, 26 de Septiembre de 1907.
6. REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Tomo XV, 2ª. Parte, Sección Segunda, Pág. 1, “Mordini con Massari” Corte de Apelaciones de Santiago, apelación, 19 de Abril de 1917.
7. REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Tomo XVII, 2ª. Parte, Sección Segunda, Pág. 12, “Alarcón con Galdames” Corte de Apelaciones de Santiago, apelación, 16 de Julio de 1919.

8. REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Tomo XXI, 2ª. Parte, Sección Primera, Pág. 970, “Bernal con Chidemi”, Corte Suprema, Casación en el Fondo, 11 de Noviembre de 1922.
9. REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Tomo XXXII, 2ª. Parte, Sección Primera, Pág. 1, “Gutiérrez con Parraguez”, Corte Suprema, Casación en el Fondo, 01 de Septiembre de 1934.
10. REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Tomo XXXV, 2ª. Parte, Sección Primera, Pág. 137, “Hernández con Guzmán”, Corte Suprema, Casación en el Fondo, 25 de Octubre de 1937.
11. REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Tomo XLI, 2ª. Parte, Sección Primera, Pág. 89, “Pérez con Martínez y otros”, Corte Suprema, Casación en el Fondo, 31 de Julio de 1943.
12. REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Tomo LII, 2ª. Parte, Sección Segunda, Pág. 33, “Vásquez con Pavez”, Corte de Apelaciones de Santiago, apelación, 03 de Mayo de 1955.
13. REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Tomo LIV, 2ª. Parte, Sección Primera, Pág. 71, “Villela con Crespo”, Corte Suprema, Casación en el Fondo, 03 de Mayo de 1957.
14. REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Tomo L, 2ª. Parte, Sección Primera, Pág. 470, “Asvisio con Sirandoni”, Corte Suprema, Casación en el Fondo, 11 de Noviembre de 1957.

15. REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Tomo LVIII, 2ª. Parte, Sección Primera, Pág. 451, “Friedly con Rodríguez”, Corte de Apelaciones de Temuco, apelación, 09 de Noviembre de 1960.
16. REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Tomo LXVII, 2ª. Parte, Sección Primera, Pág. 583, “Contreras con Racht”, Corte Suprema, Casación en el Fondo, 14 de Diciembre de 1970.
17. REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Tomo LXXIX, 1ª. Parte, Sección Segunda, Pág. 470, “Arroyo C., Marcial con Sucesión Zunino Ch., Emma” Corte de Apelaciones de Santiago, apelación, 30 de Marzo de 1982.
18. REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Tomo LXXXVI, 2ª. Parte, Sección Primera, Pág. 105, “Duhalde con Moreira”, Corte Suprema, Casación en el Fondo, 25 de Julio de 1989.
19. REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Tomo XCI, 2ª. Parte, Sección Primera, Pág. 30, “Pavez con Céspedes”, Corte Suprema, Casación en el Fondo, 06 de Abril de 1994.