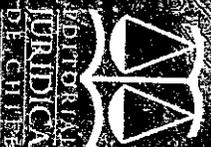


Mauricio Tapia Rodríguez

CÓDIGO CIVIL
1855 - 2005
EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS



EDITORIAL
JURÍDICA
DE CHILE

Finalmente, respecto de una materia que interesa tradicionalmente al derecho civil, una ley reguló la forma de sancionar los vicios de forma que pudieran afectar a la constitución de estas sociedades (Nº 19.499). Una exposición detallada del régimen de las sociedades comerciales se encuentra en la completa obra del recordado profesor ÁLVARO PUELMA A.²⁶⁷

Con todo, aunque pueda sostenerse que existe una progresiva aproximación entre las personas jurídicas y las naturales, existen derechos extrapatrimoniales de los que sólo estas últimas pueden ser titulares: aquéllos provenientes de las relaciones de familia.

(ii) *Derecho de familia(s)*

61. **La familia en el Código Civil.** El Código Civil no le destina un libro especial a la familia, sino que su regulación se encuentra entre las normas del *derecho de las personas*, conforme a la filosofía individualista que lo inspiró. La familia aparece como un anexo de las personas, pues existen personas sin familia. Pero en realidad la mayoría de las instituciones del *derecho de las personas* suponen a la familia: el apellido se hereda de la familia, el domicilio puede estar condicionado por el de la familia, la prioridad puede proteger también un ámbito familiar reservado, etc. Si dejamos fuera el *derecho sucesorio*, en el Código Civil el *derecho de familia* se estructura sobre las consecuencias personales y patrimoniales de dos instituciones: *matrimonio y filiación*.

Ahora bien, estas dos instituciones dependen directamente de la organización social, particularmente de la económica. En una sociedad organizada sobre la base de una economía agrícola y doméstica, impregnada de una visión católica y patrilocal de las relaciones familiares, resulta entendible que el Código Civil no innovara y reconociera el modelo normativo de familia que provenía del derecho castellano. Es curioso observar cómo revisando las normas originales del Código Civil puede reconstruirse una imagen bien completa del arquetipo único de familia que reconocía el derecho civil. Según sus disposiciones, la

familia se constituía exclusivamente por el matrimonio religioso, y el marido, "*príncipe de la familia*", la gobernaba como monarca absoluto. El marido debía protección a la mujer y ésta obediencia al marido. La denominada *potestad marital* le otorgaba amplias facultades sobre la persona y bienes de la mujer, y la sociedad conyugal era el único régimen de bienes autorizado (la separación de bienes era parcial, o decretada judicial y excepcionalmente). Las relaciones de filiación sólo tenían su origen en el matrimonio o en el reconocimiento voluntario de los padres, como asimismo los derechos de alimentos. Los hijos debían obediencia al padre, quien podía recluir al mayor de dieciséis años hasta por seis meses en un establecimiento correccional y desheredar al menor de veinticinco años si contraía matrimonio sin su asenso. El padre ejercía la *potestad patria* sobre los bienes del hijo, pasado a un curador esta facultad, y no a la madre, en caso de impedimento. Finalmente, los hijos *naturales* eran excluidos de la sucesión intestada por los *legítimos* y carecían de *potestad patria*, e incluso el reconocimiento por los padres de los hijos de dañado ayuntamiento podía impugnarse. Naturalmente, las uniones de hecho eran ignoradas por el derecho privado.

62. **Evolución social.** La evolución de las costumbres condujo a una progresiva obsolescencia de este modelo único de familia que reconocía el Código Civil.²⁶⁸ La concentración de la población en las ciudades y la especialización de la economía condujeron a que la familia dejase de ser, para un importante número de individuos, un soporte orgánico y económico.²⁶⁹ La mujer se ha ido incorporando al trabajo remunerado y los avances médicos le permitieron controlar la maternidad.²⁷⁰ Estos fenómenos,

²⁶⁸ V. una evolución de la regulación en materia de familia en el derecho chileno, esp., SOMARRIVA Manuel, *Evolución...*, op. cit., p. 39; LIRA Pedro, *El Código Civil y el nuevo derecho*, op. cit., p. 27; SILVA BASCUNÁN Alejandro, "Un siglo de evolución legislativa en lo familiar", RDJ, T. XLIX, p. 99; ROSCO Emilio, "El Código Civil y la evolución del derecho de familia", Rev. Concep., 1956, Nº 98, p. 541 y RDJ, T. LIII, p. 11.

²⁶⁹ Pero esta afirmación es demasiado general. Una ley reciente (Nº 19.749) contiene estímulos a la creación de "microempresas familiares".

²⁷⁰ V., en este sentido, el interesante y completo estudio de MONCE Luz, *La libertad de procrear, pouvoir de la femme*, tesis, Université Paris II, 2000.

así como el control de la mortalidad infantil y el aumento de la esperanza de vida, condujeron también a la disminución del número de hijos por matrimonio y al surgimiento de familias *monoparentales* (11,6% de las familias chilenas según el *Censo 2002*). Por otra parte, a los hijos se le conceden tempranas libertades, la edad de iniciación sexual disminuye y también la entrada en el mercado laboral. La elevada competitividad del mercado conduce, por lo demás, a postergar la decisión de casarse en beneficio del desarrollo de proyectos profesionales y también a la prescindencia del matrimonio como condición para formar una pareja o tener hijos. Esta relativización del matrimonio también se aprecia en la fragilidad de un elevado número de relaciones conyugales, en el recurso frecuente a la separación y nulidad (y ahora al divorcio), y en la tendencia a reconstruir nuevas relaciones aportando frecuentemente hijos de anteriores relaciones, formando las denominadas *familias recompuestas*. Finalmente, en una sociedad progresivamente democrática y tolerante, tales fenómenos sociológicos coexisten en grados diferentes y con una pluralidad de concepciones morales o religiosas acerca de las relaciones de familia. La idea crucial parece precisamente encontrarse en ese *pluralismo*—en el que insistieron desde perspectivas distintas Jürgen HABERMAS, John RAWLS o Ronald DWORKIN—que reconoce la existencia en la sociedad civil de distintas *visiones del mundo* o concepciones del bien, en que el diálogo puede conducir a ciertos acuerdos respecto de reglas que susciten una adhesión generalizada (por lo demás, ¿no es esta la idea de una sociedad justa planteada por el liberalismo?).

63. *“A cada uno su familia, a cada uno su derecho.”*²⁷¹ Todos estos cambios sociológicos se reflejaron lenta e incluso tardíamente en el derecho civil nacional, pues salvo la laicización del matrimonio (1884), las modificaciones importantes comenzaron a introducirse en el segundo cuarto del siglo XX. En otra parte de este estudio, se avanzaron algunas explicaciones al retardo de la reacción del derecho.²⁷² A esto se debe agregar que en cues-

tiones vinculadas a las relaciones de familia el debate público acerca de la función del derecho está impregnado de concepciones morales. Por esta razón, las modificaciones efectuadas son progresivas y responden casi siempre a soluciones de *compromiso* o *transacciones* entre las diversas posiciones.²⁷³

La cuestión que debe destacarse es que las modificaciones legales reemplazaron esa visión unívoca y normativa de la familia del Código Civil, por una regulación que no busca establecer un modelo de relaciones familiares, sino que pretende abrir espacios para diferentes proyectos de vida y convicciones morales. La familia en el derecho moderno, como afirmó lúcidamente Jean CARBONNIER, pasa a tener un carácter funcional, es *“un instrumento entregado a cada uno para el desarrollo de su personalidad.”*²⁷⁴ En efecto, el derecho civil en materia de familia dejó de trazar normativamente un modelo de vida y pasó simplemente a preocuparse de remediar los conflictos (patrimoniales y personales) que surgen cuando se frustran los proyectos familiares. La función *aléctica* fue reemplazada por una visión *terapéutica*, y refleja una concepción del Estado liberal más bien dirigida a asegurar una *neutralidad* frente a sus súbditos que a dirigir sus vidas íntimas. *“Todas las familias felices se parecen, pero las familias infelices son infelices cada una a su manera”*, comienza explicando TOLSTOI en *Ana Karenina*.

En efecto, estas reformas muestran un repliegue del ordenamiento jurídico (como ocurre también en el derecho comparado),²⁷⁵ un retroceso fundado en el principio de *igualdad* y

²⁷¹ V. párrafo 215.

²⁷² *Essais...*, *op. cit.*, p. 185. En *Estudios Públicos* existe una traducción del examen de Mary Ann GLENDON acerca de la evolución del derecho en ese mismo sentido (1999, N° 76, p. 137). En Chile, BARROS ENRIQUE, “La ley civil ante las rupturas matrimoniales”, E. Públicos, 2002, N° 82, p. 5.

²⁷³ V. una visión del estado del *derecho de familia* en la Unión Europea, GRANET FRÉDÉRIGUE, “L’opportunité d’une réforme d’ensemble: convergences et divergences des droits européens de la famille”, París, *Revue Droit de la famille, hors-série*, diciembre 2000, p. 6. Respecto del derecho francés: v. THIÉRY IRÈNE, *Couple, filiation et parenté aujourd’hui: le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, París, Odile Jacob, La documentation Française, 1998, y DEKLEWER-DE-ROSSIZ Françoise, *Rénover le droit de la famille: propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, París, Odile Jacob, La documentation Française, 1999.

²⁷¹ CARBONNIER Jean, *Essais...*, *op. cit.*, p. 181.

²⁷² V. párrafo 35.

que deja un espacio mayor de *autodeterminación* —de *no derecho* como afirmaba Jean CARBONNIER— que puede ser completado por la pluralidad de nociones de familia que coexisten en las sociedades contemporáneas. Un espacio que no queda vacío de normas, pues es generalmente completado por reglas *no jurídicas* provenientes de la misma familia, de los usos sociales o de la religión.

Por esto, se trata de una visión rotundamente *igualitaria* e *individualista* (y, en tal sentido, es coincidente con la ideología original del Código Civil), que considera a la familia como una entidad funcional a los diferentes proyectos de vida de los individuos: “*a cada uno su familia, a cada uno su derecho*.”²⁷⁶ Por esta razón, como concluía el mismo Jean CARBONNIER, se puede afirmar que “*si hubiera algo nuevo en las reformas del derecho de familia, no sería su concepción de la familia, sino su concepción del derecho*.”²⁷⁷ El *derecho de familia* para ser así una ordenación neutra (si ello es posible, porque la neutralidad es en sí misma una ideología) que debe aplicarse a diferentes modelos de familia (un *derecho de familias*). De ahí que la vieja estructura del *Libro Primero* dedicado a las *personas* resulta en alguna medida coincidente con esta nueva ideología: la familia es una noción funcional a las personas. Esta marcada visión *individualista* parece impregnar el derecho privado contemporáneo, pues a pesar de que la Constitución haya insistido solemnemente en el reconocimiento y protección de la *familia* (art. 1º), la preeminencia otorgada al individuo mediante los *derechos de la personalidad* resulta evidente. Por lo demás, si esas declaraciones de principio de la Constitución han conducido a algunos a sostener una especie de *constitucionalización de derecho de familia*, cabe la pregunta de a qué familia se refiere. La Constitución, llamada a ser el ordenamiento fundamental de todas las relaciones jurídicas, ¿debería interpretarse que prefiere un modelo familiar por sobre otros?

Pero al mismo tiempo, esta nueva concepción del *derecho de familia*, que exalta la *igualdad* y la *autodeterminación*, pone cuidado en cauterizar los intereses de los hijos, que aún no pueden

²⁷⁶ CARBONNIER Jean, *Essais...*, *op. cit.*, p. 181.
²⁷⁷ *Ibidem*, p. 189.

autogobernarse y que generalmente sufren las consecuencias más graves de la frustración de los proyectos familiares. Es la finalidad, por ejemplo, de la creación de tribunales especiales de familia. En este último sentido, como se expone, las modificaciones del *derecho de familia* nacional resultan acentualmente *protectoras*.²⁷⁸

Las reformas del Código Civil en materia de familia son las más importantes de que fue objeto su texto. Aunque algunas disposiciones importantes (por ejemplo, en materia matrimonio o filiación adoptiva) se encuentran contenidas en *leyes anexas* y cabe la pregunta de si un esfuerzo sistemático podría integrar sus reglas esenciales en el Código Civil.²⁷⁹ Por lo demás, las sucesivas reformas han dejado grandes vacíos en el Código Civil (artículos “derogados”), que podrían aprovecharse para integrar tales reglas.²⁸⁰ Las principales modificaciones se examinan brevemente a continuación.²⁸¹

64. Matrimonio y ruptura. En la redacción original del Código Civil, las cuestiones matrimoniales estaban entregadas a la Iglesia Católica. El único modelo de familia era el fundado en el matrimonio, el resto de las parejas eran *disidentes* o simplemente pecadoras. En Chile no tuvimos la *Revolución* (ni la guillotina

²⁷⁸ En este sentido, una aproximación general a estas reformas en BARRROS Enrique, “Notas históricas y comparadas...”, *op. cit.*, p. 39.

²⁷⁹ Algunos sostienen que sería necesario un nuevo Código de Familia, para reagrupar todas esas normas. Pero la proliferación de Códigos no parece ser un remedio adecuado a la *inflación normativa*, ni un mecanismo indispensable para racionalizar el derecho privado. V., sobre un eventual Código de Familia, en el derecho nacional, SCHMIDT Claudia, “El régimen económico matrimonial y la autonomía de la voluntad”, *in* SCHMIDT Claudia y MARTINEC María Dora (dir.), y URREJOLA Bárbara (coord.), *Instituciones de derecho de familia*, *op. cit.*, p. 219. En el derecho francés, DEKUEWER-DÉROSSERZ François, “Les difficultés de la recodification: applications spécifiques. La famille”, *in* *Le livre du Bicentenaire*, *op. cit.*, p. 219.

²⁸⁰ V. párrafo 213.

²⁸¹ V., sobre el *derecho de familia* en general, BARRROS Enrique (coord.), *Familia y personas*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991; RAMOS René, *Derecho de familia*, *op. cit.*; y SCHMIDT Claudia y MARTINEC María Dora (dir.) y URREJOLA Bárbara (coord.), *Instituciones de derecho de familia*, *op. cit.* En Francia, CARBONNIER Jean, *Droit civil, La famille...*, *op. cit.*; y MAZEAUD Henri, Léon y Jean y CHAUVIS François, *Leçons de droit civil, Famille: Mariage, filiation, autorité parentale, divorce et séparation de corps*, T. I, vol. 3, Paris, Montchrestien, 1995, 7ª ed. por Laurent LEVENEUR.

na), que "estimuló" la secularización materializada por el Código Napoleón. Sin embargo, luego de una tormentosa gestación, se dictó en 1884 la *Ley de Matrimonio Civil* que secularizó el matrimonio, creándose evidentemente un registro civil para las inscripciones. Pero las condiciones de validez y las formas de disolución reconocidas (como la nulidad), siguieron muy de cerca al derecho canónico. El divorcio vincular sólo se reconoció ciento veinte años más tarde (*Nueva Ley de Matrimonio Civil*, N° 19.947, que tuvo también una agitada discusión),²⁸² aunque la práctica de la nulidad fraudulenta como método de divorcio (un divorcio de mutuo acuerdo sin protección ni para el cónyuge desfavorecido ni para los hijos) se había masificado desde 1925.²⁸³ En realidad, desde esa época (1925) se introdujo en nuestro derecho el divorcio vincular porque, como afirma Enrique BARROS, la práctica masiva de la nulidad no se debió a que la ley contuviera un resquicio insalvable, sino a que en esa época los jueces ya no se sintieron autorizados para pasar por sobre la decisión de los cónyuges de terminar con su vínculo.²⁸⁴ Este cambio de mentalidad en nuestra jurisprudencia, según un comentario escrito por Arturo ALESSANDRI hace más de 70 años, se debe a que la conciencia nacional acepta como humana y conveniente la ruptura de un vínculo cuya subsistencia es perjudicial (para la sociedad, cónyuges e hijos).²⁸⁵ Sin embargo, la nulidad fraudulenta significaba también un trámite engorroso y relativamente costoso, y según el *Censo 2002*, del total de parejas que se declararon separadas (más de medio millón de personas) sólo un 10% se encontraban anuladas. Por lo demás, la nulidad quedaba también entregada al azar de la integración de la sala del tribunal colegiado que se pronunciará sobre ella, pues-

²⁸² Esta ley se completa con un *Reglamento* (Decreto Supremo N° 673, del Ministerio de Justicia, 30 de octubre de 2004), que regula esencialmente las formalidades de celebración e inscripción del matrimonio y el registro de mediadores.

²⁸³ V., en este sentido, TAPIA MAURICIO, "Nulidad y divorcio en el proyecto de nueva Ley de Matrimonio Civil", *Santiago*, E. Públicos, 2002, N° 86, p. 232.

²⁸⁴ "La ley civil...", *op. cit.*, p. 12.

²⁸⁵ Comentario a sentencia, Corte Suprema, 28 de marzo de 1932, RDI, T. XXIX, sec. 1°, p. 351. Según una *Encuesta Csp* (diciembre 2002), un 22,7% de los encuestados está muy de acuerdo y un 53,8% está de acuerdo con la afirmación de que el divorcio es la mejor solución cuando una pareja no puede resolver sus problemas conyugales (<http://www.cepchile.cl/>).

to que algunos ministros eran reticentes a concederlas. En este sentido, la *Nueva Ley de Matrimonio Civil* no introdujo en verdad el divorcio vincular en Chile, sino que lo democratizó.

Como se expone en otra parte de este estudio,²⁸⁶ esta *Nueva Ley de Matrimonio Civil* representa un *estatuto de compromiso*, una solución transaccional en un debate impregnado de convicciones morales acerca de la naturaleza del matrimonio y de la realidad incuestionable de las rupturas matrimoniales. Así, la ley reconoce el divorcio por culpa (que, sin embargo, no hace más que profundizar los conflictos y frustrar cualquier posibilidad de reconciliación), y el divorcio por cese irremediable de la convivencia (que exige el plazo de un año desde el cese de la convivencia en caso de acuerdo entre los cónyuges, o tres años en caso contrario).²⁸⁷ Los plazos parecen prudentes frente a otras propuestas que se discutieron en el Parlamento (tres y cinco años, respectivamente), porque resulta infructuoso forzar una reconciliación que será replanteada en el juicio y porque los conflictos no deben eternizarse obstaculizando acuerdos favorables a los hijos y retardando innecesariamente la formalización de nuevas familias. Pero a la vez, como un gesto de tolerancia y de buena voluntad hacia la confesión mayoritaria, se otorgó efectos civiles al matrimonio religioso y se reconocieron nuevas causas de nulidad tomadas del derecho canónico.²⁸⁸ En efecto, según el *Censo 2002*, un 70% de la población se declara católica,²⁸⁹

²⁸⁶ V. párrafo 215.

²⁸⁷ Existe una abundante bibliografía sobre la reforma del matrimonio. V. esp. BARRIENTOS JAVIER y NOVALES ARANZAZU, *Nuevo derecho matrimonial chileno. Ley N° 19.947: celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad*, Santiago, Lexis Nexis, 2004; CORRAL HERNÁN, *Ley de divorcio: Las razones de un no*, Santiago, Editorial Universidad de los Andes, 2001; COURT EDUARDO, *Nueva Ley de Matrimonio Civil N° 19.947 de 2004 analizada y comentada*, Bogotá, Universidad Adolfo Ibáñez-Lexis, 2004; RAMÍREZ MAURO, "Comentarios sobre el Proyecto de Ley de Matrimonio Civil", *in* MARTÍNICH MARIA DORA (coord.), *Nuevas tendencias ... op. cit.*, p. 53; TAPIA MAURICIO, "Nulidad y divorcio...", *op. cit.*, p. 232, y VELOSO PAULINA, "Hernán Cortal: Ley de divorcio: las razones de un no", E. Públicos, 2002, N° 87, p. 279.

²⁸⁸ Afortunadamente, la propuesta de crear un matrimonio opcional indisoluble fue rechazada, porque era previsible que originaría presiones indebidas y que, fracasado el matrimonio, se recurriría de todas formas a nulidades simuladas.

²⁸⁹ Índice que parece mantenerse estable en los últimos años. Según una *Encuesta Csp*, diciembre 2004, un 69,4% de los encuestados se declara sentir más cercano de la religión católica (<http://www.cepchile.cl/>).

aunque el porcentaje de parejas casadas sigue bajando y en el año 2001 la mayoría de los chilenos afirmaba que el divorcio cae dentro de la "moral personal".²⁹⁰

La validez civil del matrimonio religioso no es una idea nueva,²⁹¹ y la *Nueva Ley de Matrimonio Civil* contempla algunos resguardos para cautelar el principio de igualdad y evitar abusos. Cualquiera entidad religiosa puede celebrarlo siempre que goce de personalidad jurídica de derecho público (según las normas de la Ley N° 19.638, denominada *ley de cultos*), pero para que produzca efectos civiles debe inscribirse en el Registro Civil dentro del plazo de ocho días (momento en que se constata nuevamente la concurrencia de las condiciones legales de validez, art. 26).²⁹² Como señalara Jean CARBONNIER, parece "*schlüssig, psychologischamente, dejar que cada pareja se forme la idea de poder otorgarse su propia constitución*".²⁹³

Asimismo, se reconocieron nuevas causales de nulidad tomadas del derecho canónico (como el error sobre cualidades personales o la incapacidad para comprender y comprometerse en deberes y derechos matrimoniales), que en realidad suelen operar como verdaderas causales de divorcio. Luego de años de convivencia, de planes compartidos, del nacimiento de hijos, de formación de un patrimonio, la ruptura matrimonial es la prueba de un proyecto de vida común que funcionó por un tiempo y que por cualquiera razón terminó en un fracaso, y no de algo que jamás debió existir por vicios originarios. A pesar de esto, y de su difícil apreciación, las nuevas causales constituyen innegablemente una solución jurídica menos violenta para las pare-

jas católicas. Así, obtenida la nulidad canónica, podrá hacerse valer la misma causal ante el juez civil.

Para prevenir decisiones irreflexivas y resolver todos los problemas personales y patrimoniales generados por la ruptura matrimonial esta ley contempla, además, normas de protección de los hijos (de su "*interés superior*"), particularmente relevante en la definición de su cuidado personal).²⁹⁴ También introduce la *compensación económica* en favor del cónyuge que se dedicó al hogar y a los hijos, que intenta disminuir la disparidad que la ruptura provoca en las condiciones de vida, y que toma en cuenta no sólo la pasada inactividad laboral de un cónyuge, sino que también su edad, estado de salud, calificación profesional, patrimonio, etc.²⁹⁵ Finalmente, esta ley prevé un llamado a conciliación obligatorio y una mediación facultativa. En realidad, el divorcio y la nulidad deberían someterse estrictamente a estas mismas reglas protectoras, pues en ambos subyace una dolorosa ruptura con los mismos problemas prácticos: división del patrimonio común, protección del cónyuge menos favorecido y de los hijos. Sin embargo, la ley establece algunas asimetrías, como en materia de llamado a conciliación (previsto para el divorcio) y en la mediación que se declara no proceder en las causales de nulidad (art. 71).²⁹⁶

Por otra parte, esta ley regula la *separación de hecho* (arts. 21 y s.) e introduce la *separación judicial* (arts. 26 y s.), que pone término al régimen de bienes (sociedad conyugal y participación en los gananciales) y suspende algunos derechos y obligaciones personales (como el deber de cohabitación y fidelidad), permitiendo regular judicialmente las relaciones mutuas entre cónyuges y respecto de los hijos. En realidad, se trata también de una alternativa al divorcio, destinado a las parejas que no puedan por convicción acceder a él, como se prueba al constatar que ambas figuras comparten prácticamente las mismas causales.

²⁹⁰ Encuestas Fundación Chile 21 y Universidad Alberto Hurtado.

²⁹¹ Al momento de la discusión de la Ley de Matrimonio Civil en 1884, Julio ZEGERS lo propuso, argumentando que para una gran mayoría de los chilenos sólo el matrimonio religioso era considerado válido. V., en este sentido, ALSSANDRI Arturo, "Precedencia del matrimonio civil al matrimonio religioso", Santiago, Imprenta Universitaria, 1916, p. 20.

²⁹² En un artículo escrito en 1916, Arturo ALSSANDRI, hostil al reconocimiento civil del matrimonio religioso, consideraba que la única forma de que esto fuera aceptable era precisamente dando igualdad de oportunidades a las entidades religiosas y conservando el carácter de "contrato civil" del matrimonio para el derecho privado. V. "Precedencia del matrimonio civil...", *op. cit.*, p. 20.

²⁹³ *Kassab...*, *op. cit.*, p. 275.

²⁹⁴ V., sobre el denominado "*interés superior de los hijos*", párrafo 73.

²⁹⁵ Acerca de esta *compensación económica*, TURNER Susan, *Las prestaciones económicas entre cónyuges divorciados en la Nueva LMC de Matrimonio Civil*, Rev. Austral, 2004, vol. XVI, p. 95; TAPIA Mauricio, "Prestaciones pecuniarias entre cónyuges. Compensación económica. Nueva Ley de Matrimonio Civil (Ley N° 19.947)", inédito.

²⁹⁶ V. TAPIA Mauricio, "Nulidad y divorcio...", *op. cit.*, p. 232.

Todas estas normas fueron complementadas por las reglas orgánicas y procesales de la *Ley de Tribunales de Familia* (N° 19.968), cuyo propósito es concentrar y resolver pronta y adecuadamente el conjunto de cuestiones judiciales vinculadas al *derecho de familia* que se siguen de la ruptura (cuidado personal de los hijos, vistas, alimentos, etc.).

En todo caso, la *Nueva Ley de Matrimonio Civil* permanece como *anexa* al Código Civil (aunque efectúa modificaciones a algunos artículos), cuestión que como se adelantó es objeable desde la perspectiva de racionalización del derecho privado, pues entre sus normas existen numerosas reglas generales que tienen un lugar natural en el Código Civil.

Pero es necesario dejar hasta aquí esta exposición de la evolución de la institución del matrimonio. Las relaciones personales entre cónyuges se aludirán a propósito de la situación de la mujer.²⁹⁷ En cuanto a sus relaciones patrimoniales, se tratan en los párrafos siguientes. Pero antes deben tratarse algunas realidades sociales próximas al matrimonio, que siguen estando relativamente ausentes del Código Civil.

65. ¿Y el concubinato? La codificación no consideró a los concubinos, y se afirma que en esto influyó la opinión del propio NAPOLEÓN. En la discusión del Código Civil francés, NAPOLEÓN sostuvo que si los concubinos ignoran el derecho, al mantenerse deliberadamente al margen del matrimonio, el derecho, por su parte, debe también ignorarlos. En una sociedad fundada en una visión cristiana de la familia y sacramental del matrimonio, el concubinato era más bien excepcional. Sin embargo, en parte por efecto de las *leyes laicas* (muchas parejas católicas recalcitrantes contraían sólo el matrimonio religioso),²⁹⁸ a principios del siglo XX el concubinato era una realidad social preocupante, y más de la tercera parte de los hijos nacían fuera del matrimonio.²⁹⁹

²⁹⁷ V. párrafo 69.

²⁹⁸ Situación que terminó con la Ley N° 4.808 de 1930, que dispuso que si no se celebra el matrimonio civil antes que el religioso, aquél debía contraerse en el plazo de ocho días bajo apercibimiento de sanciones penales. Estas reformas, como se expuso, se deben a Arturo ALESSANDRI.

²⁹⁹ V. los *Anuarios estadísticos* de 1911 a 1914, citados por Arturo ALESSANDRI, "Precedencia del matrimonio civil...", *op. cit.*, p. 20.

Actualmente, según el *Censo 2002*, un 8,9% de la población declara ser conviviente³⁰⁰ y el 55,56% de los hijos nacidos en el año 2004 fueron extramatrimoniales (según el *Servicio de Registro Civil e Identificación*). Este fenómeno tiene, como se sabe, varias causas: la pluralidad de concepciones acerca de las relaciones de pareja, la postergación de los planes familiares en beneficio de proyectos profesionales; el temor al fracaso matrimonial, que conduce a muchas parejas a convivir antes del matrimonio,³⁰¹ etc. Incluso la igualdad introducida entre los hijos matrimoniales y no matrimoniales por las reformas de la filiación, puede considerarse como un incentivo para no contraer matrimonio. Sin embargo, en materia de sucesiones, como se expone, existen los incentivos contrarios.³⁰²

A pesar de esta realidad social, y a diferencia de varios derechos comparados que otorgan un estatuto al concubinato estable y continuo,³⁰³ el sistema jurídico nacional no contempla una regulación orgánica. Algunas indicaciones al Proyecto de *Nueva Ley de Matrimonio Civil* perseguían reconocer los "hogares no matrimoniales", pero no eran más que un intento declarado de enregistrar esta *moneda de cambio* para impedir el reconocimiento del divorcio vincular. Puede sostenerse que una regulación es necesaria porque, así como ocurre con el matrimonio, en el concubinato se presentan problemas que interesan al derecho privado: la protección de los hijos, particularmente al momento de la ruptura; la protección de los terceros frente a esta "aparición de

³⁰⁰ Según una *Encuesta Cep*, diciembre 2004, un 9,6% de los encuestados declara ser conviviente (<http://www.cepchile.cl/>).

³⁰¹ Según una *Encuesta Cep*, diciembre 2002, un 14,3% está muy de acuerdo y un 52% de acuerdo, con la idea de convivir antes de casarse (<http://www.cepchile.cl/>).

³⁰² V. párrafo 104.

³⁰³ Por ejemplo, en Francia, el art. 515-8 del Código Civil, introducido por la reforma de la ley de 15 de noviembre de 1999, dispone que "el concubinato es una unión de hecho, caracterizada por una vida común que presenta un carácter de estabilidad y de continuidad, entre dos personas de sexo diferente o del mismo sexo, que viven como pareja". La definición no es novedosa, sino que confirmó una noción de concubinato ya consagrada por la Corte de Casación, que lo entiende como una "relación estable y continua" (v. por ejemplo, 3ª Sala Civil de la Corte de Casación, 17 de diciembre de 1997, D. 1998, p. 111, nota J.-L. AUBERT). El texto legal aclaró simplemente que el concubinato puede existir entre personas del mismo sexo.

matrimonio", y la protección del concubino, que se dedicó preferentemente al hogar y a los hijos comunes, al momento de la ruptura o de la muerte de su pareja. Un avance importante en la regulación del concubinato, en cuanto a las relaciones entre padres e hijos, fue dado por la reforma de la filiación (Ley N° 19.585). Los hijos de los concubinos (más bien, todos los hijos nacidos fuera del matrimonio) se sujetan a normas sobre cuidado personal y patria potestad similares a las establecidas para los hijos matrimoniales.³⁰⁴ Pero las relaciones personales y patrimoniales entre concubinos (y frente a terceros) permanecen en una nebulosa, y varios han sostenido la necesidad de dedicarse seriamente a regularlas en la medida en que exista naturalmente un consenso social en tal sentido (las encuestas de opinión, y las estadísticas mencionadas, son buenos indicadores).³⁰⁵

No obstante, tampoco es correcto concluir que el concubinato es ignorado completamente por el derecho positivo nacional. Diversas disposiciones aluden al concubinato y le otorgan algunos efectos civiles aislados.³⁰⁶ El propio Código Civil, según la reforma de la filiación (N° 19.585), afirma que el "concubinato" de la madre con el supuesto padre sirve de base para una presunción judicial de paternidad (art. 210). La ley sobre abandono de hogar y pago de pensiones alimenticias (N° 14.908), declara solidariamente responsable al pago de la pensión alimenticia al concubino del alimentante (art. 18).³⁰⁷ La legislación social reconoce la calidad de beneficiaria del seguro social de accidentes del trabajo y de enfermedades profesionales a la con-

cubina que ha tenido hijos con el trabajador muerto (arts. 43 y 45 Ley N° 16.744).³⁰⁸ Asimismo, el legislador la ha declarado beneficiaria del seguro obligatorio de accidentes de la circulación (art. 31 Ley N° 18.490).³⁰⁹ Por otra parte, la jurisprudencia nacional reconoció tempranamente la existencia del concubinato y le atribuyó algunos efectos patrimoniales si ninguno de los concubinos tiene un vínculo matrimonial no disuelto (en particular, la formación en determinados casos de una comunidad de bienes o de una sociedad de hecho entre los concubinos).³¹⁰ Asimismo, la jurisprudencia ha tendido a conceder la acción de indemnización de perjuicios al concubino por los daños provenientes de la muerte de su pareja.³¹¹

De manera consistente con la realidad social, algunos proyectos de ley en curso pretenden regular algunos efectos patrimoniales (atribuyéndole el carácter de un cuasicontrato de comunidad)³¹² y otorgar un estatuto orgánico (comprendiendo aspectos personales y patrimoniales) al concubinato heterosexual estable y continuo.³¹³ Existen, por lo demás, algunos argumentos fundados en los tratados internacionales vigentes en apoyo de estos proyectos.³¹⁴ Naturalmente, no se trata de crear otro matrimonio (¿caso los concubinos no persiguen precisamente escapar de éste?), sino de regular algunos de sus efectos civiles

³⁰⁸ Esta ley se refiere a la concubina eufemísticamente como "la madre de sus hijos" que "hubiere estado viviendo a expensas de éste hasta el momento de su muerte".

³⁰⁹ De la misma forma que la Ley anterior, este texto se refiere a la concubina como "la madre de los hijos naturales de la víctima".

³¹⁰ V., entre las innumerables sentencias, Corte Suprema, 31 de julio de 1943 (RDJ), T. XLI, sec. 1°, p. 88); Corte Suprema, 3 de mayo de 1957 (RDJ, T. LIV, sec. 1°, p. 71); C.S., 14 de diciembre de 1970 (RDJ), T. LXVII, sec. 1°, p. 583); Corte Suprema, 6 de abril de 1994 (RDJ), T. XCI, sec. 1°, p. 30). V., sobre otros efectos civiles del concubinato en Chile, René RAMOS P., *Derecho de familia, op. cit.*

³¹¹ V. Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de enero de 1945 (G. de los T., 1945, T. I, p. 232), respecto de una pareja sólo unida por un matrimonio religioso, y Corte Suprema, de 5 de marzo de 2002 (ingreso 326-01).

³¹² Proyecto de ley que regula los efectos patrimoniales en el concubinato, de 15 de octubre de 2003 (Boletín N° 3377-07). En línea: <http://sil.senado.cl/pags/index.html>

³¹³ Proyecto de ley que establece un régimen legal para las uniones de hecho, de 7 de abril de 2004 (Boletín N° 3494-07). En línea: <http://sil.senado.cl/pags/index.html>

³¹⁴ V., en este sentido, MARTÍNIC María Dora y WESTSTEIN Graciela, "Nuevas tendencias de las uniones conyugales de hecho", *op. cit.*, p. 13.

³⁰¹ V. párrafo 72.

³⁰⁵ V., por ejemplo, MARTÍNIC María Dora y WESTSTEIN Graciela, "Nuevas tendencias de las uniones conyugales de hecho", in SCHMIDT Claudia y MARTÍNIC María Dora (dir.) y URREGOLA Bárbara (coord.), *Instituciones de derecho de familia, op. cit.*, p. 13.

³⁰⁶ V., sobre los efectos civiles del concubinato en Chile el temprano estudio de HUMBERTO PINTO, *El concubinato y sus efectos jurídicos*, Santiago, Editorial Nascimento, 1942, publicado en la colección de estudios dirigida por Luis BARRECA. También René RAMOS P. dedica algunos párrafos a su estudio en el libro *Derecho de familia, op. cit.*

³⁰⁷ También en materia de conflictos familiares, más allá de esas regulaciones pertenecientes al ámbito del derecho privado, puede citarse como ejemplo la ley de violencia intrafamiliar (N° 19.325), que comprende en el concepto de familia al "conviviente".

para proteger a terceros, a los concubinos y a sus hijos cuando existen conflictos o se disuelve la convivencia por ruptura o muerte. En todo caso, si llegan a término estas modificaciones sería preferible introducir su regulación sistemática en el *Libro Primero* del Código Civil, porque se trata de una institución perteneciente al *derecho de familia* (o de las *familias*), aprovechando algunos de los numerosos vacíos en su texto que dejaron las sucesivas reformas en materia de filiación.³¹⁵

66. ¿Y la convivencia homosexual? Superadas, o en camino de superarse, las discriminaciones en razón de sexo (entre hombres y mujeres), el paso natural, como ha ocurrido en otros países, es superar las que se fundan en las opciones sexuales de los individuos. Existe un consenso progresivo de que tales opciones pertenecen a la esfera privada de las personas. La transformación de la concepción ideológica del *derecho de familia*, aludida más arriba, involucra una mayor tolerancia hacia las parejas homosexuales, particularmente hacia la convivencia homosexual estable y continua. Pero como todos los cambios sociales, esta mayor tolerancia se ha ido imponiendo lentamente. Así, en una muestra de opinión realizada en Santiago en el año 2000, un 57,3% de los encuestados declaraba que los médicos deberían “investigar más las causas de la homosexualidad para evitar que sigan naciendo gays” y un 31,6% consideraba que la homosexualidad debiera ser prohibida por ir en contra de la “naturaleza humana.”³¹⁶ Pero una encuesta idéntica, realizada en 1997, había arrojado porcentajes mayores respecto de esas mismas afirmaciones, de un 70,6% y un 45,2%, respectivamente. Según un estudio de 2002, el 35% de los chilenos estaría de acuerdo con el “matrimonio homosexual”, y esa cifra se elevaría al 50,9% en el rango de edad de entre 18 a 29 años, cuestión que demuestra, como afirmaba Jean CARBONNIER, que cada época tiene su tolerancia.³¹⁷

³¹⁵ V. sobre estos vacíos, párrafo 213.

³¹⁶ Encuesta efectuada entre septiembre y diciembre de 2000 por la *Fundación Iniciativas para la Democracia, la Educación y la Acción Social* (Ideas), entre la población adulta de la Región Metropolitana.

³¹⁷ Estudio de la *Fundación Iniciativas para la Democracia, la Educación y la Acción Social* (Ideas) y la Universidad de Chile.

Por otra parte, en el ámbito criminal, se despenalizaron en 1999 las relaciones sexuales consentidas entre hombres mayores de edad (antiguo art. 365 del Código Penal, según la reforma de la Ley N° 19.617). Sin embargo, subsisten graves discriminaciones en perjuicio de la homosexualidad, como quedó en evidencia recientemente con el fallo que privó a una madre del cuidado personal de sus hijas por mantener una convivencia homosexual estable y continua.³¹⁸ Paradójicamente, la ausencia de una regulación orgánica de la procreación asistida en Chile puede beneficiar a parejas homosexuales (al menos las lésbicas), aunque es necesario reconocer que existen ciertas prácticas “conservadoras” de los establecimientos que las efectúan (que las aceptan generalmente sólo para parejas casadas y “maduras”). Como ha ocurrido en el mundo, y como lo hicieron antes los movimientos feministas, las parejas homosexuales han comenzado a asociarse para defender sus intereses y exigir reformas legales (por ejemplo, el *Movimiento de Integración y Liberación Homosexual*).

Ahora bien, los problemas civiles que presentan las uniones homosexuales son similares pero no idénticos a los que plantea el concubinato heterosexual. Estos últimos parecen precisamente querer escapar de la institución del matrimonio, a la que tienen legalmente acceso (salvo existencia de un vínculo anterior no disuelto, lo que ocurriría frecuentemente hasta el reconocimiento del divorcio vincular), aunque sí buscan beneficiarse de algunos de sus efectos civiles (sobre todo patrimoniales) y de derechos sociales o previsionales. Las parejas homosexuales buscan precisamente lo contrario, esto es, el reconocimiento de una forma de unión o matrimonio en su favor, al que la ley les prohíbe todo acceso (art. 102 CC), para aprovecharse de sus ventajas personales y patrimoniales (incluso, eventualmente acceder a la procreación asistida o a la adopción), pero también para

³¹⁸ Fallo de la Corte Suprema, de 31 de mayo de 2004. Según señala Juan Ignacio CORREA en un comentario a esta sentencia, las organizaciones *Libertades Públicas, Fundación Ideas y Clínica de Acciones de Interés Público de la UDP*, junto a la abogada, denunciaron al Estado de Chile ante la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* por considerar que esta sentencia viola, entre otros textos, la *Convención sobre los Derechos del Niño* y CORREA A. JUAN IGNACIO, “Caso jueza Atala: ¿y el interés de los niños?”, *Revista Capital*, 2005, N° 150, p. 128.

conseguir una mayor legitimación social. Y en este sentido existen dos modelos en el mundo: o bien se les otorga acceso al contrato de matrimonio con todos sus derechos (como ha ocurrido en Bélgica, Holanda y España),³¹⁹ o bien, se crea un *contrato de unión civil*, regulando sus efectos personales y patrimoniales. Este último es el camino seguido, por ejemplo, en Francia con la ley sobre el *Pacto civil de solidaridad* (1999), que introdujo este contrato en el *Libro Primero* del Código Civil (arts. 515-1 y s.). Esta ley francesa muestra el carácter necesariamente híbrido de estas uniones civiles, porque a pesar de que se define como un *contrato*, se prohíbe celebrarlo entre parientes o con personas casadas (art. 515-2). Inspirado en esta experiencia comparada, e invocando también algunos tratados internacionales vigentes, un proyecto de ley chileno en curso busca crear un "*contrato de unión civil entre personas del mismo sexo*", definiéndolo como un tipo de familia aunque negándole la calidad de matrimonio, con el objeto de otorgarle algunos efectos civiles (sobre todo patrimoniales) y de regular su terminación.³²⁰ El éxito de éstos u otros proyectos análogos dependerá naturalmente de la evolución que pueda tener la sociedad nacional en los próximos años.

67. Régimenes de bienes del matrimonio. Las modificaciones del *derecho de familia* también afectaron profundamente los *régimenes de bienes del matrimonio*, previstos esencialmente en el *Libro Cuarto* (títulos XXII y XXII-A) y en el *Libro Primero* (título VI) del Código Civil, cuyas múltiples sutilezas son imposibles de inventariar aquí.³²¹

Consistente con su ideología original en materia de familia, el Código Civil establecía la sociedad conyugal como régimen

obligatorio del matrimonio. Una primera ley permitió el *pacto de la separación total de bienes* (Ley N° 5.521, y antes Decreto Ley N° 328) como capitulación matrimonial y otras facultaron a convenirlo durante el matrimonio (Leyes N°s 7.612 y 10.271).³²² Por otra parte, se introdujo el *patrimonio reservado de la mujer casada* (Ley N° 5.521) y se modificó el régimen de administración de la sociedad conyugal, que sigue siendo el régimen supletorio (arts. 135 y 1718 CC), respecto de los actos que necesitan autorización de la mujer (Leyes N°s 18.802³²³ y 19.585³²⁴). Sin embargo, el marido sigue siendo el representante y administrador de la sociedad conyugal, y muchos se preguntan si no es tiempo de suprimir esta discriminación en perjuicio de la mujer estableciendo una administración común.³²⁵

Por otra parte, se introdujo un nuevo régimen de *participación en los gananciales*, un tercer régimen matrimonial que puede convenirse al momento o durante el matrimonio, que intenta combinar independencia en la administración de los bienes con equidad en la distribución final de las utilidades, y que se presenta como un modelo útil cuando ambos cónyuges desarrollan actividades remuneradas (Ley N° 19.335, arts. 1792-1 a 1792-27 CC).³²⁶

Finalmente, se destaca que, además del divorcio vincular que disuelve el matrimonio y en consecuencia el régimen de bienes, la *Nueva Ley de Matrimonio Civil* (N° 19.947) introdujo la *separación judicial* que también pone término a la sociedad conyugal y al régimen de participación en los gananciales (art. 34).

³¹⁹ V., sobre estas reformas, SOMARRIVA Manuel, *Evolución...*, *op. cit.*, p. 283; LIRA Pedro, *El Código Civil y el nuevo derecho*, *op. cit.*, p. 55, y ALSSANDRI Arturo, "El Código Civil chileno y sus reformas", *op. cit.*, p. 49.

³²⁰ V., sobre esta reforma, RAMOS René, "Modificaciones introducidas por la Ley N° 18.802 a la capacidad de la mujer casada y al régimen matrimonial chileno", *Rev. Concep.*, 1988, N° 184, p. 21.

³²¹ Esta última, respecto de la aceptación o repudiación de una herencia (art. 1225 inc. final).

³²² V. párrafo 69.

³²³ V. BARROS Enrique, "Por un nuevo régimen de bienes del matrimonio", *E. Públicos*, 1991, N° 43, p. 139, y SCHMIDT HOTT Claudia y LÓPEZ R. Gissella, "Régimen de participación en los gananciales", *in* SCHMIDT Claudia y MARTÍNEZ María Dora (dir.), y URREGOIA Bárbara (coord.), *Instituciones de derecho de familia*, *op. cit.*, p. 35.

³¹⁹ Y al menos, formalmente, en el año 2002, en Buenos Aires. En efecto, la Legislatura de Buenos Aires aprobó, el 13 de diciembre de 2002, una ley de *unión civil "conformada libremente por dos personas, con independencia de su sexo u orientación sexual"*. Tales uniones, según esta ley, "tendrá en sus derechos y obligaciones un tratamiento similar al de los cónyuges".

³²⁰ Proyecto de ley sobre *Fomento de la no discriminación y contrato de unión civil entre personas del mismo sexo*, 10 de julio de 2003 (Boletín N° 3283-18). En línea: <http://sil.senado.cl/pags/index.html>

³²¹ Sobre esta materia en general, puede consultarse, RAMOS René, *Derecho de familia*, *op. cit.*

68. Bienes familiares. Esta institución de *orden público* evidencia la tensión que existe en el *derecho de familia* moderno entre individualismo y protección. En este caso, entre respeto a la propiedad individual y la preocupación de asegurar un mínimo asistencial a la familia. Esta institución, que tiene una larga historia en el derecho comparado,³²⁷ persigue superar los inconvenientes prácticos originados en la circunstancia de que en los regímenes patrimoniales los bienes más importantes de la familia (la habitación), son con frecuencia propiedad de uno de los cónyuges que los administra y dispone con relativa libertad.

Así, según la reforma de la Ley N° 19.335 (arts. 141 y s. CC), con independencia del régimen de bienes del matrimonio el inmueble de propiedad de uno de los cónyuges que sea la residencia de la familia (incluido los derechos o acciones en las sociedades propietarias de ese inmueble), y los muebles que lo guarnecen, pueden ser declarados judicialmente bienes familiares. Esta declaración surte efectos (provisorios) desde la inscripción de la demanda, es oponible a terceros mediante las inscripciones en los registros respectivos, e impide la enajenación o gravamen de tales bienes, así como la constitución de derechos personales de uso y goce en favor de terceros, sin el consentimiento del otro cónyuge. Asimismo, el juez se encuentra facultado para constituir, durante el matrimonio y en favor del cónyuge no propietario, derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares (teniendo en cuenta el interés de los hijos y los recursos patrimoniales de los cónyuges).³²⁸ Esta nueva institución es consistente con las reformas en materia de sucesiones, como se expone más adelante.³²⁹

69. Situación de la mujer. Antes de analizar las modificaciones en materia de filiación, es necesario efectuar algunas observa-

ciones acerca de la *situación de la mujer*, porque es en materia de *derecho de familia* donde se encuentran las mayores discriminaciones civiles en su contra. En la redacción original del Código Civil, la mujer fue drásticamente disminuida en derechos en relación al marido, que poseía preponderantes facultades patrimoniales y personales sobre ella y sobre los hijos. Asimismo, la mujer era incapaz de ejercer toda tutela o curaduría (salvo algunas excepciones); el adulterio tenía a su respecto consecuencias más graves; necesitaba la autorización del marido para aceptar una legitimación o un reconocimiento de filiación natural en su favor, y era inhábil para servir de testigo en un testamento solemne. Esta situación se prolongó por bastante tiempo (al menos hasta el segundo cuarto del siglo XX). Es curioso leer en el libro dedicado al centenario del Código Civil (1955), de Manuel SOMARRIVA, la siguiente pregunta que encabeza uno de sus párrafos: “¿Puede afirmarse que la mujer sea biológica e intelectualmente inferior al hombre?”. Afortunadamente, este autor respondía que esto era simplemente “un mito”.³³⁰ Pero el solo planteamiento de la pregunta es sugestivo de la condición social de la mujer en esa época.

En la actualidad, la desaparición progresiva de esos prejuicios y la evolución social sobre el rol de la mujer es evidente, como lo demuestra su incorporación masiva al trabajo remunerado (el 46,7% de las mujeres entre 25 y 54 años trabaja según el *Censo 2002*), el avance en los niveles de escolaridad y los otros progresos sociales descritos al inicio de este subítulo. En materia de familia, cabe destacar el papel importante que ejecuta en la actualidad como “*jefa de hogar*”, pues según el *Censo 2002* el 85,1% de las familias *monoparentales* y el 11,5% de las familias *biparentales* están a cargo de la mujer (el 31,5% de los hogares en Chile estarían liderado por una mujer).³³¹

³²⁷ En Francia, una ley de 1909 introdujo esta noción de bien de familia. En 1957, una comisión integrada por Pedro Lira propuso integrar esta institución en el derecho nacional, LRA Pedro y otros, “Tendencias actuales del derecho civil, comercial y de otras ramas del derecho”, Rev. Concep., 1957, N° 101, p. 556.

³²⁸ V. CORRAL Hernán, *Bienes familiares y partición en los gananciales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, y SCHMIDT Claudia, “Los bienes familiares”, actualizado por Bárbara Urrejola, in SCHMIDT Claudia y MARTINEZ María Dora (dir.), y URREJOLA Bárbara (coord.), *Instituciones de derecho de familia*, op. cit., p. 229.

³²⁹ V. párrafo 104.

³³⁰ *Evolución...* op. cit., p. 258.

³³¹ V., sobre estos cambios sociológicos, LEHMANN Carla, “Mujer, trabajo y familia: realidad, percepciones y desafíos. Análisis sobre la base de la encuesta CEP de diciembre 2002” CEP Chile, *Puntos de referencia*, 2003, N° 269, y PÉREZ Cecília (Ministra Directora del Servicio Nacional de la Mujer), “Una mirada a la familia y a la mujer” (en línea, consultado 4/04/2005, http://www.gobiernodechile.cl/discursos/discursos_ministrosd.asp?idarticulo=463).

El derecho civil evolucionó considerablemente durante el siglo XX en materia de igualdad de la mujer, de una forma muy similar a las propuestas efectuadas en 1915 por Luis CLARO.³⁸² En efecto, la desaparición de estas discriminaciones y la plena *igualdad civil* de la mujer fue restablecida progresivamente (Leyes N°s 5.521, 7.612, 10.271 y 18.802), como se aludió a propósito de los regímenes de bienes del matrimonio, hasta la desaparición de su último grave vestigio, la incapacidad relativa en régimen de sociedad conyugal.³⁸³ En tal sentido, resulta gráfico que la antigua descripción del Código Civil acerca de los roles del marido (protección) y de la mujer (obediencia) fuera sustituida por una concepción de colaboración recíproca y fidelidad (arts. 131 y s. CC).

Respecto de los *hijos*, en caso de separación, la mujer fue obteniendo progresivamente un derecho cada vez más amplio de custodia, hasta que la Ley N° 18.802 le concedió en tales casos el cuidado personal de todos los hijos menores no importando su sexo. La Ley N° 19.585 confirmó esta regla, aunque reconociendo valor al acuerdo de los padres y facultando al juez para modificarlo en interés de los hijos (art. 225 CC).

Por otra parte, recientemente se reconoció en favor del cónyuge no propietario, como se expuso, la institución protectora de los bienes familiares,³⁸⁴ se modificó en favor de la mujer la administración de la sociedad conyugal,³⁸⁵ se reconoció en caso de divorcio o nulidad del matrimonio la compensación económica (que beneficia al cónyuge que se dedicó al hogar común y a los hijos)³⁸⁶ y se mejoró su situación hereditaria como cónyuge sobreviviente.³⁸⁷

³⁸² "Condición civil de la mujer: Necesidad de la reforma del Código Civil", RDJ, T. XII, p. 217.

³⁸³ V., sobre esta evolución legislativa, CLARO Luis, "Proyecto de reforma del Código Civil", RDJ, T. XII, p. 1, e *ibidem*, DOMÍNGUEZ A. Ramón, "Reforma del Código Civil sobre situación jurídica de la mujer casada. Normas generales y sucesorales", Rev. Concep., 1988, N° 184, p. 7, y RAMOS René, "Modificaciones introducidas por la Ley N° 18.802...", *op. cit.*, p. 21.

³⁸⁴ V. párrafo 68.

³⁸⁵ V. párrafo 67.

³⁸⁶ V. párrafo 64.

³⁸⁷ V. párrafo 104.

Sin embargo, por una parte, el hombre sigue siendo en el Código Civil (art. 1749 CC) el jefe y administrador de la sociedad conyugal, cuestión que presenta graves problemas cuando la ruptura de hecho no se formaliza en una disolución del vínculo (y del régimen de bienes), y por otra parte, en ausencia de acuerdo, la *patria potestad* de los hijos (derechos patrimoniales sobre sus bienes) corresponde al padre (art. 244 CC).³⁸⁸ Pero las discriminaciones actuales más graves en perjuicio de las mujeres no provienen del derecho civil, sino que se producen en el ámbito laboral o asistencial, en las desigualdades de acceso al trabajo y de remuneraciones, en las generadas en materia de prestaciones garantizadas por la salud privada, o incluso en el trato que la publicidad comercial les otorga.³⁸⁹

Finalmente, se destaca que la Constitución fue reformada simbólicamente en 1999 por la Ley N° 19.611, cuyo título resulta pretencioso en relación a su contenido: "*Establece la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer*". La reforma se limitó a sustituir en el art. 1° la expresión "los hombres" por "las personas" y en el art. 19 N° 2 a agregar la declaración "hombres y mujeres son iguales ante la ley".

70. Filiación. El matrimonio y la filiación son las dos instituciones principales del *derecho de familia*. Aquél interesa preferentemente a los cónyuges, el segundo, a los hijos (o a los "niños", término que acentúa su fragilidad y la necesidad de protección). Esta materia es crucial para entender la evolución del Código Civil, y con el objeto de despejar ciertas confusiones es necesario efectuar algunas aclaraciones previas.

³⁸⁸ Lamentablemente, esta y otras discriminaciones continúan sufriendo las mujeres, v. MARTUS Verdónica *et al.*, *Los derechos de la mujer en Chile: un reporte sombra*, Nueva York, Centro legal para derechos reproductivos y políticas públicas, 1999; JARAMILLO Betzle, "Mujeres y discriminación. Nena, qué será de ti", Diario La Nación, 10 de abril de 2005. V. También el completo estudio de: NOVAKS Aranzazu, *Derecho antidiscriminatorio y género: las premisas invisibles*, Santiago, Librería Ediciones, 2004.

³⁸⁹ V. en este sentido las interesantes conclusiones del estudio del SERENAC, "Publicidad comercial emitida en Chile. Análisis desde la perspectiva de género y consumo", diciembre 2004 (en línea, consultado 15/4/2005, <http://www.serenac.cl/Contentido/Atach/1198/Publicidad%20y%20Género.Etapa%20II.%202005.pdf>).

Es imposible estudiar el derecho de la filiación, afirmaba en tantas veces citado Jean CARBONNIER, sin participar en las emociones colectivas que suscita.³⁴⁰ Profundamente mediatizado por la prensa, los conflictos de familia tienden a ser analizados desde la perspectiva de sus patologías escandalosas, de las aberraciones a que se expone la vulnerabilidad de los niños. Indudablemente, las reglas de filiación persiguen resolver varios problemas que se originan en las relaciones entre padres e hijos, aunque los más graves son objeto de la represión penal. Pero, ante todo y de forma preventiva, como explica ese mismo autor, las reglas de la filiación tratan de designar, de identificar, a aquellos más aptos "para asegurar la socialización del niño, para impulsarlo hacia adelante, por la autoridad parental y la herencia."³⁴¹ ¿Cómo designarlos? La pregunta es importantísima porque una vez designada esta persona mediante las normas de la filiación se producen una serie de efectos jurídicos: además del estado civil, se fijan los otros atributos de la personalidad funcionales del niño (nacionalidad, nombre y domicilio); siendo el menor incapaz, queda sujeto al cuidado personal de la persona designada, quien administra sus bienes, lo representa y responde por los daños que cause a terceros; surgen todos los otros derechos y obligaciones recíprocas personales y patrimoniales entre padres e hijos (educación, obediencia, alimentos, etc.), y se fijan los derechos hereditarios recíprocos.

La primera reacción es, por supuesto, establecer la filiación entre el niño y quienes lo procrearon, sus padres biológicos. Pero esta realidad "natural" no es sinónimo necesariamente de aptitud para encargarse de los hijos (ni de amor), y así el derecho nacional les niega toda prerrogativa a los padres que se hayan opuesto al establecimiento de una filiación que terminó siendo acreditada por pruebas biológicas. En realidad, el *derecho de familia* contemporáneo sigue confiando fuertemente en la *voluntad*—esa vieja ideología del Código Civil— para establecer la filiación, para designar a los titulares de derechos y obligaciones sobre los hijos, declarando aptos: a los padres que se casaron y

tuvieron hijos; al padre que decide reconocer espontáneamente a un hijo; a los padres que deciden adoptar un niño; a los padres que decidieron someterse a procedimientos de procreación asistida; al padre que vive en concubinato con la madre del hijo, o a quienes se comportan en la práctica como padres del niño, pues la posesión notoria del estado civil no es más que "la *aptitud para criar al niño demostrada por los mismos hechos*"³⁴²

Pero al mismo tiempo que designar a los más aptos para encargarse de los hijos, y fijar sus derechos y obligaciones, el *derecho de familia* moderno se preocupa especialmente, siguiendo su inspiración terapéutica, de los conflictos civiles conexos, entre los que se cuentan: los medios de reclamación de una filiación resistida (acciones de filiación); las objeciones al establecimiento de una filiación (impugnaciones); las dificultades que se presentan en el cuidado personal o en la administración de los bienes y representación, y los problemas que surgen entre los padres, al momento de la ruptura de su relación, sobre el cuidado personal y la patria potestad de los hijos.

71. Evolución en materia de filiación. En materia de filiación el Código Civil experimentó importantes modificaciones de su texto, particularmente desde el segundo cuarto del siglo XX.³⁴³ En efecto, respecto del establecimiento de la filiación y los derechos entre padres e hijos, el Código Civil contemplaba discri-

³⁴⁰ *Ibidem*.

³⁴¹ La bibliografía es también abundante. En cuanto a las obras generales, v. esp., ABURTO M. René, *La filiación y sus efectos*, 2 T., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000; COURT Eduardo, *Nueva ley de filiación*, Santiago, Editorial Conosur, 2000, 2ª ed.; y SCHMIDT Claudia y VEROSO Paulina, *La filiación en el nuevo derecho de familia*, Santiago, LexisNexis, 2004. Sobre la reforma de 1998, v. esp. los artículos publicados en *El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil chileno* (op. cit.), BARRIOS Enrique, "Notas históricas y comparadas sobre el nuevo ordenamiento legal de la filiación", p. 39; BENSTEIN Ricardo, "Las acciones de filiación en el Código Civil chileno", p. 199; BUSTAMANTE Luis, "Las acciones de estado: principios comunes y acciones de reclamación de filiación no matrimonial en el Código Civil reformado", p. 225; GÓMEZ DE LA TORRE Maricruz, "La determinación de la filiación y las técnicas de reproducción humana asistida", p. 185; SCHMIDT Claudia, "Filiación matrimonial y filiación no matrimonial: fundamento y alcance de esta distinción en la nueva legislación", p. 155; y VEROSO Paulina, "Principios fundametales que inspiran el nuevo estatuto de filiación", p. 19. También, v. RAMOS René, "Análisis crítico...", op. cit., p. 125.

³⁴⁰ *Droit civil, La famille...*, op. cit., p. 198.

³⁴¹ *Ibidem*.

minaciones entre hijos legítimos, naturales y simplemente ilegítimos (y de dañado ayuntamiento, adúlteros e incestuosos), que podían explicarse por la concepción confesional que el Código tenía del matrimonio. Era también coincidente con el desconocimiento casi sistemático del concubinato en la codificación decimonónica. Estas discriminaciones fueron progresivamente eliminadas (Leyes N^{os} 5.750 y 10.271) desde el segundo cuarto del siglo XX, en beneficio de una sola distinción reconocida en el año 1998: hijos matrimoniales y no matrimoniales (Ley N^o 19.585).³⁴⁴

La evolución social condujo, en efecto, a una mayor consideración de la suerte de los hijos y a concluir que el matrimonio no es la única forma de construir relaciones filiales, de fundar una familia. Más arriba se mencionó, a propósito de las familias *monoparentales* y del concubinato, que en la actualidad más de la mitad de los hijos nacen en Chile fuera del matrimonio. No debe tampoco olvidarse, como concluye el Júcido ensayo de la antropóloga Sonia MONTECINO, que históricamente una parte importante de la población nacional se construyó gracias al mestizaje fuera del matrimonio entre mujeres mapuches y hombres españoles: una madre india que procreaba, criaba y educaba a los hijos en soledad, frente a un padre ausente y casi "genérico".³⁴⁵ Esa ausencia, lejos de ser excepcional, fue más bien la condición normal en la que creció históricamente una gran parte de la población. Una cultura del "huacho", expresión evidentemente desdenosa, pero simbólica de un fenómeno social masivo, de una discriminación que era amparada por el propio texto del Código Civil (texto que, por lo demás, ignoró completamente a los *indígenas*).³⁴⁶ Desde esta perspectiva, las modificaciones legales en materia de filiación no hacen más que reconocer una realidad bastante antigua y bien cimentada en nuestras costumbres.

³⁴⁴ Un excelente estudio comparativo acerca de esta reforma de la filiación y su homóloga (y anterior) argentina en KEMELMAIER DE CARLUCCI Aída, "Lineamiento del régimen de la filiación biológica en Argentina y en la reciente reforma al Código Civil chileno", in *El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil chileno*, *op. cit.*, p. 105.

³⁴⁵ MONTECINO Sonia, *Madres y huachos. Alegorías del mestizaje chileno*, Santiago, Editorial Sudamericana, 1991.

³⁴⁶ V. párrafo 94.

Esta reforma de la filiación del año 1998 (Ley N^o 19.585) es coincidente con la tendencia mundial, ya mencionada, de repliegue del derecho en el ámbito de la familia, cumpliendo con algunos tratados internacionales ratificados por Chile (*Convención americana de derechos humanos*, *Convención sobre los derechos del niño* y *Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de las Naciones Unidas*). Esta reforma intervinó precisamente en los dos ámbitos principales de la filiación que se mencionaron: en su establecimiento y en la resolución de conflictos. Por una parte, terminó con las discriminaciones entre los hijos que reconocía originalmente el Código Civil (*principio de igualdad*); y, por otra parte, acentuó la protección de los hijos en los conflictos que puedan generarse entre sus padres (*interés superior del hijo*).

72. La igualdad en la reforma de la filiación. La modificación de la filiación operada por la Ley N^o 19.585 introdujo una amplia *igualdad* de derechos entre los hijos, provengan o no de una relación matrimonial, como lo exige el texto de la Constitución (arts. 1^o y 19 N^o 2) y los tratados internacionales (en especial, el art. 17 del *Pacto de San José de Costa Rica*). De esta forma, siguiendo los criterios mencionados en párrafos anteriores, se perfeccionaron los mecanismos para designar a los más aptos para encargarse de los hijos y se igualaron los derechos con indiferencia del tipo de filiación establecida.

Pero la ley, como se sostuvo en la reforma (*Mensaje*), no puede inventar un matrimonio donde no existe y por eso conservó, con otra nomenclatura, dos categorías: hijos matrimoniales y no matrimoniales. ¿Es realmente necesaria esta discriminación? Analizando las disposiciones y teniendo presente la tolerancia que asume el *derecho de familia* frente a los modelos de relaciones humanas, la única razón para mantener esta distinción es *probatoria* y se reduce fundamentalmente a la aplicación de la presunción *pater is est*, que sólo opera plenamente en la filiación matrimonial.³⁴⁷ En efecto, las diferencias entre estos dos órdenes de filiación se reducen a una cuestión de prueba de la con-

³⁴⁷ V. BARROS Enrique, "Notas históricas y comparadas...", *op. cit.*, p. 42.

dición de hijo (sobre todo, respecto del padre, porque la maternidad se prueba siempre por el parto, art. 183). Las diferencias son adjetivas y no de fondo, porque los efectos de ambas filiaciones son prácticamente idénticos. Más aún, la reforma de la *filiación adoptiva* (el tercer tipo de filiación), le atribuyó a ésta los mismos efectos que la establecida por naturaleza. Así, estas tres filiaciones son diferentes en su forma de constitución o en su prueba, pero una vez establecidas producen fundamentalmente las mismas consecuencias, porque lo relevante para el *derecho de familia* contemporáneo es regular equitativamente las relaciones entre padres e hijos, siendo indiferente cómo esas relaciones se hayan establecido o acreditado. Cabe entonces la pregunta de si no sería en el futuro conveniente reconocer una sola filiación, una sola calidad de hijo—como parece exigirlo la evolución social—que pueda ser establecida por diversos medios, como el matrimonio, el concubinato, el reconocimiento espontáneo, el parto respecto de la madre, la procreación asistida respecto de ambos padres (y, si se acepta, la maternidad subrogada respecto de los padres que la contratan), la investigación de la maternidad o la paternidad, la posesión notoria del estado o la adopción. Después de todo, simbólicamente el calificar de “no matrimonial” a un hijo ¿no es acaso desdoso? El matrimonio sigue siendo la principal forma de constituir la familia y una fuente valiosa de estabilidad para los hijos (una garantía de su “*interés superior*”), pero no es la única, y las estadísticas muestran así que más de la mitad de los hijos nacen en Chile fuera del matrimonio.

En todo caso, la reforma de la filiación del año 1998 intenta otorgar *derechos iguales* a hijos, fundamentalmente de la manera siguiente:

(a) En primer lugar, como se adelantó, esta reforma reconoce una especie de *derecho a la identidad*, un derecho a conocer sus progenitores, a establecer la filiación. Junto con contribuir a conocer su *identidad*, las modificaciones legales insisten en la *voluntad* como criterio para asignar a los más aptos para hacerse cargo de los hijos.

Tratándose de filiación matrimonial, el niño ya estaba bastante protegido antes de la reforma por la prácticamente irre-

fragable presunción *pater is est* (art. 184), cuyas condiciones de aplicación se simplificaron (aunque otorgando una posibilidad más amplia de impugnación, art. 212 CC).

Pero es en filiación no matrimonial donde se producían las mayores inequidades. La redacción original del Código Civil no permitía investigar la filiación. Con posterioridad, se aceptó en el año 1935 únicamente para que el hijo ilegítimo reclamara alimentos (Ley N° 5.750). En el año 1952 (Ley N° 10.271), se autorizó para obtener la calidad de hijo natural, pero de manera limitadísima sobre la base de documentos que contuvieran una confesión manifiesta de paternidad.³⁴⁸

Por su parte, la reforma de la Ley N° 19.585 otorgó un amplio margen al *reconocimiento voluntario* de la paternidad y maternidad—y regula adecuadamente también sus mecanismos de *reputación*—, considerándola como una forma socialmente deseable de establecer la filiación y de asignar el cuidado de los hijos (arts. 186 y s.). Frente a los padres reticentes, la reforma concede además *acciones de filiación* que consagran una *libre investigación* de la paternidad y la maternidad, reconociendo los medios de prueba biológicos (como la prueba de ADN) y valorando también la posesión notoria del estado civil, e incluso prefiriéndola cuando existe contradicción entre tales pruebas (arts. 195 y s. CC). Además, el legislador estableció una *presunción grave* en contra de quien se niegue injustificadamente a someterse a un peritaje biológico (art. 199 inc. 2° CC) y una *presunción judicial* de paternidad contra el concubino de la madre (art. 210 CC). Finalmente, como se adelantó, la reforma consagra una verdadera *pena civil* al declarar que cuando la filiación se establece judicialmente en oposición del padre o de la madre, éstos quedan privados de todos los derechos personales y patrimoniales sobre el hijo (art. 203 CC).

Sin embargo, esta reforma no fue una garantía efectiva del *derecho a la identidad* de los hijos extramatrimoniales. Según estadísticas del *Servicio de Registro Civil e Identificación*, desde la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585 y hasta marzo de 2002 se

³⁴⁸ Las Leyes N° 17.999 y 19.089 perfeccionaron el reconocimiento voluntario, sin variar radicalmente estas reglas.

había logrado sólo la determinación judicial de la filiación de dos mil setenta y dos personas. El promedio anual de hijos reconocidos sólo por uno de sus padres no bajó ostensiblemente. La mediere efectividad de la ley en este ámbito se debió principalmente a tres razones: a la existencia de una duplicidad de juicios (uno en el tribunal de menores para citar a confesar judicialmente la paternidad o maternidad y otro en el tribunal civil, en juicio ordinario de lato conocimiento, para reclamar la filiación); a la exigencia de acompañar a la reclamación "antecedentes suficientes" (cartas, etc.) que hagan "plausibles los hechos en que se funda", condición que fue interpretada estrictamente por los jueces privando en definitiva de la acción a los hijos fruto de una relación ocasional que no dejó huellas escritas, y a que la prueba biológica (ADN) con frecuencia no se llevaba a cabo por negativa del demandado y los tribunales no consideraban la *presunción grave* de negativa injustificada como suficiente y precisa para establecer la filiación. La reciente Ley N° 20.030 intentó solucionar estos problemas. En primer lugar, se unificó la confesión judicial y la reclamación de filiación en un solo procedimiento, que será conocido por los *Tribunales de Familia* y que contempla la realización inmediata de la prueba biológica si el demandado no comparece, o si niega o pone en duda la filiación (art. 199 bis). En segundo lugar, se eliminó la exigencia de "antecedentes suficientes" para la interposición de la demanda de reclamación de filiación (derogándose el art. 196 CC). Finalmente, la negativa injustificada a someterse a un examen biológico se considera en la actualidad una *presunción legal* de paternidad o maternidad (luego de efectuadas dos citaciones) y se establece expresamente que el juez puede dar a las pruebas biológicas valor suficiente para establecer la paternidad o la maternidad (actual art. 199).³⁴⁹

(b) En segundo lugar, también se introdujo la igualdad en los derechos y obligaciones personales (*cuidado personal*) y patrimoniales (*patria potestad*), que ahora corresponden a los padres

³⁴⁹ Desde el punto de vista formal, con una técnica discutible esta ley derogó íntegramente un artículo del Código Civil (art. 196) e introdujo un nuevo "art. 199 bis". V., sobre estas críticas, párrafo 213.

tanto respecto de los hijos matrimoniales como de los no matrimoniales. La *patria potestad* antes se limitaba, como se sabe, a los hijos legítimos, cuestión que planteaba serias dificultades prácticas en la administración de los bienes y la representación de los hijos naturales. Luego de la reforma, persisten algunas asimetrías entre los padres, porque en caso de separación corresponde a la madre y no al padre el cuidado personal de todos los hijos y, estando juntos, es el padre y no la madre quien ejerce, a falta de acuerdo, la *patria potestad*.³⁵⁰ En lo demás, las relaciones entre padres e hijos, ciertamente inspiradas en el respeto de su *interés superior*, siguen estando fundadas en una relación de subordinación sintetizadas elocuentemente en una regla que recuerda uno de los diez mandamientos: "los hijos deben obediencia y respeto a sus padres" (art. 292 CC).

Vinculado a estos derechos y obligaciones, los *alimentos* también fueron modificados de manera importante en el Código Civil, suprimiéndose la distinción entre alimentos *congruos* y *necesarios*, aumentando el límite de edad para solicitarlos y borrando algunas discriminaciones entre hombres y mujeres. Pero en esta materia las garantías más eficientes son las procesales, y así algunas leyes reforzaron, por ejemplo, la presunción de que el alimentante tiene los medios para otorgarlos (Ley N° 14.908, según reforma de la Ley N° 19.741). Sin embargo, sigue afirmándose que los alimentos son aquéllos para vivir de acuerdo a la "posición social" del alimentario, fórmula más bien anacrónica y un tanto sesgada que está difícilmente en concordancia con las normas de la *Convención de los derechos del niño* (art. 2°).³⁵¹

(c) En tercer lugar, una modificación simbólica en favor de la igualdad de derechos, pero que también acarrea importantes efectos prácticos, es que el hijo no matrimonial pasó formalmente a integrar la familia del padre o madre respecto del que se establece la filiación. Antes, se repeña cruelmente que el "hijo natural no tiene abuelos", pues las normas sucesorias negaban los

³⁵⁰ V., sobre estos derechos sobre los hijos, a propósito de la incapacidad, párrafo 57.

³⁵¹ V. RECABARREN Paula, "El régimen alimentario. Un análisis a la luz de los derechos fundamentales" in SCHMIDT Claudia y MARTINEC María Dora (dir.), y URZUOLA Bárbara (coord.), *Instituciones de derecho de familia, op. cit.*, p. 187.

lazos familiares que efectivamente podían existir en la realidad. En la actualidad, los hijos no matrimoniales pueden heredar de sus abuelos por derecho de representación de sus padres (art. 986 CC), pueden demandar a sus abuelos alimentos si sus padres carecen de los medios suficientes (art. 292 CC), pueden ser cuidados personalmente por el abuelo en carácter de tutor o curador (art. 367), etc.

(d) Finalmente, como se expone más adelante, la igualdad también alcanzó al *derecho sucesorio*, desapareciendo las discriminaciones en perjuicio de los hijos naturales, que llevaban la mitad de lo que correspondía a los legítimos.³⁵²

73. Interés superior de los hijos. La reforma de la filiación también se funda en el denominado *interés superior del hijo* (esp. art. 242 inc. 2° CC), principio inspirado en tratados internacionales vigentes (*Convención sobre los derechos del niño*). La expresión es evidentemente valorativa y jerárquica: unos intereses (los del niño) priman sobre otros (los de los padres). El afán protector para ejercer con libertad sus derechos, justifica aquí una excepción al principio de igualdad de derechos (y de intereses) proclamada por la Constitución. El Código Civil en esta materia no se desprendió de su rol didáctico y declara solemnemente que la preocupación fundamental de los padres debe ser este "*interés superior*", procurando otorgarles a los hijos su mayor "*realización espiritual y material*" y guiarlos en el "*ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*" (art. 292). Así, el Código Civil parece entender que el *interés superior del niño* consiste en criar hijos bien alimentados, bien educados y buenos ciudadanos (la cercanía con las ideas de la *Instrucción* es evidente). Estos programas de conductas son declaraciones de (buenas) intenciones que quedan fundamentalmente entregadas a la conciencia de cada persona, o de cada familia. Sin duda, varios de estos *intereses superiores* se pueden cautelar de manera efectiva mediante normas *sociales o asistenciales*: un acceso igualitario, oportuno y completo a la salud; una mayor justicia social en la

³⁵² V. párrafo 105.

educación impartida por los organismos públicos y privados (quizá la más evidente y urgente deuda social de garantía efectiva de los intereses del niño); derechos laborales o asistenciales en beneficio de su mantención y cuidado,³⁵³ etc. Más allá de estas medidas sociales, el derecho privado cuenta, por su parte, con medios muy limitados en esta materia, pues es incapaz de imponer modelos de paternidad y sólo puede cautelar el respeto de los intereses de los hijos cuando surgen problemas. En efecto, es en los conflictos entre sus padres donde este *interés superior* tiene un efecto práctico evidente: si el niño es maltratado, su interés superior exige entregar su custodia al otro padre (art. 225 CC); si las visitas del padre que no es titular de su cuidado personal perjudican su bienestar, su *interés superior* puede justificar suspenderlas o restringirlas judicialmente (art. 229 CC); si la relación de los padres se rompe (separación judicial, nulidad o divorcio) los acuerdos o decisiones judiciales que se adopten deben cautelar "especialmente" ese interés de los hijos (art. 85 Ley N° 19.947), etc. En definitiva, el derecho civil protege el *interés superior de los hijos* fundamentalmente frente a las amenazas provocadas por las crisis de sus propios padres, acentuando el carácter *terapéutico del derecho de familia* contemporáneo.

Por otra parte, la presunción de que la inmadurez del niño le impide gobernarse en la vida civil (y, por tanto, perseguir y defender sus intereses), no puede conducir a desconocer que el niño tiene una opinión, un juicio en formación y que en ocasiones, por lo demás, es bastante certero. Por esto, el Código Civil reconoce actualmente el *derecho del niño a ser oído*, en todos estos conflictos de familia (art. 227, según la modificación de la Ley N° 19.968 sobre *Tribunales de familia*).³⁵⁴ Naturalmente, esta consideración de la palabra del niño debe tomarse con cautela, porque si bien la honestidad parece ser una virtud de la infancia, su inexperiencia los hace muy vulnerables a las mentiras de

³⁵³ Como las establecidas por la Ley N° 19.905, que concede un permiso especial para los trabajadores en caso de enfermedad grave de los hijos.

³⁵⁴ V. un análisis de este derecho en la ley chilena y en el derecho comparado en LATHROP Fabiola, "El derecho del niño a ser oído" in SCHMIDT Claudia y MARTINEG María Dora (dir.), y URZEGOLA Bárbara (coord.), *Instituciones de derecho de familia, op. cit.*, p. 144.

los adultos (sobre todo, de quien tiene a cargo su cuidado exclusivo). Por eso, quizá la más eficiente protección de los intereses del niño no provenga del Código Civil, sino de las leyes orgánicas y sustantivas que crearon los *Tribunales de familia* y que concentraron el examen de los conflictos de sus padres sobre la base de estos dos *principios rectoras*: el *interés superior del niño* (o adolescente) y su derecho a ser oído (Ley N° 19.968, esp. art. 16). Después de todo, la principal y permanentemente amenazada a los intereses de los niños proviene precisamente de la inestabilidad de la relación de sus propios padres.

74. Filiación adoptiva. La adopción es el tercer mecanismo de filiación, y su regulación se funda en la voluntad de los padres y en la protección de los intereses del niño. Los propósitos de la institución de la filiación, descritos en párrafos anteriores, se cumplen perfectamente en el caso de la adopción, pues ¿existe una forma más perfecta de asegurar el bienestar del niño que entregar su cuidado a quienes tenazmente han buscado la paternidad? Una modificación legal reciente (contenida en la Ley N° 19.620, que deroga las Leyes N°s 7.613 y 18.703), introdujo un modelo único y radical de adopción, que pone término a la filiación sanguínea y da origen a una nueva, de forma también consistente con las disposiciones de la *Convención sobre los derechos del niño*.⁵⁸⁵ Esta modificación se inspira en principios similares a la reforma de la filiación por naturaleza (interés superior del adoptado, derecho del niño a ser oído, etc.). Valorando la fuerza de los lazos filiales que se establecen por la adopción, esta ley concede al adoptado la calidad de hijo con todos los derechos y obligaciones previstos en el Código Civil para la filiación por naturaleza (art. 37).⁵⁸⁶

⁵⁸⁵ V. sobre esta modificación, CORRAL Hernán, *Adopción y filiación adoptiva*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, y MARTÍNEZ María Dora, "Algunas consideraciones en torno a la Ley N° 19.620 de 1999 sobre adopción de menores y la convención sobre derechos del niño, publicada en el Diario Oficial de 27 de septiembre de 1999", en MARTÍNEZ María Dora (coord.), *Nuevas tendencias... op. cit.*, p. 83.

⁵⁸⁶ El derecho busca imitar con la adopción la filiación por naturaleza. Así, una ley dispone que son considerados "indígenas" (para los efectos de la ley de *protección indígena*), los descendientes de éstos incluyendo los adoptivos (Ley N° 19.253, art. 2°).

Estas normas son parte del estatuto general de la filiación, pues se refieren a una de las tres modalidades de filiación que reconoce el *derecho de familia*, y su lugar natural es el *Libro Primero* del Código Civil y no una ley anexa. Los diversos vacíos dejados por las sucesivas reformas de este Libro (existen cinco títulos vacíos) podrían utilizarse para integrar orgánicamente la filiación adoptiva en el Código Civil, como se expone más adelante.⁵⁸⁷

75. Síntesis de la evolución del Libro Primero. En síntesis, se puede sostener que en materia de *derecho de las personas* las modificaciones más importantes se encuentran fuera del Código Civil, los *derechos de la personalidad*. Sin embargo, tales derechos son coincidentes con el espíritu que anima al Código Civil, debiendo en todo caso interpretarse a la luz de sus principios y reglas. Evidentemente, algunos de estos *derechos de la personalidad* podrían tener un lugar en el texto del Código Civil.⁵⁸⁸ Por el contrario, en materia de *derecho de familia*, la ideología y las normas del Código Civil fueron profundamente transformadas, para dar paso a una visión individualista, igualitaria y protectora, y en definitiva pluralista, de la familia, tal como ha ocurrido en el derecho comparado.⁵⁸⁹ Pero también en varias de estas materias las categorías clásicas del Código Civil siguen confiriendo sentido a las instituciones. Un esfuerzo sistemático está pendiente para reordenar este Libro, pues no contribuye a la racionalización del derecho privado el que normas de derecho común se encuentren en leyes *anexas* y que una infinidad de artículos (e incluso títulos enteros) figuren en su texto como simplemente "*derogados*".⁵⁹⁰

⁵⁸⁷ V. párrafo 213.

⁵⁸⁸ V. párrafo 216.

⁵⁸⁹ En este sentido, en Colombia, que adoptó íntegramente el Código de Bello, el *derecho de familia* ha seguido un camino de reformas similar al chileno, como puede constatar en las siguientes modificaciones legales: patria potestad (Ley N° 75 de 1968 y Decreto N° 2804 de 1974); plena capacidad de la mujer casada para la administración de los bienes de la sociedad conyugal (Ley N° 28 de 1982); igualdad de derechos de los hijos (Leyes N°s 45 de 1936, N° 75 de 1968 y N° 29 de 1982); igualdad en los órdenes sucesorales (Ley N° 29 de 1982); divorcio (Ley N° 1 de 1976), etc.

⁵⁹⁰ Sobre la racionalización del derecho civil, párrafos 202 y s.