

# CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA(S) EL CASO CHILENO: LAS RETÓRICAS DECLARACIONES CONSTITUCIONALES FRENTE A LA LENTA EVOLUCIÓN SOCIAL

Mauricio Tapia Rodríguez<sup>1</sup>

## RESUMEN

Las constituciones políticas aseguran a los ciudadanos derechos fundamentales que tienen, al menos teóricamente, incidencia en las relaciones privadas de familia. Describiendo la experiencia del Derecho chileno, la exposición intenta demostrar que la supuesta constitucionalización del Derecho Civil en esta materia –a diferencia de lo que puede ocurrir en materia civil patrimonial– se produciría, al menos en teoría, mediante el publicitado efecto que las declaraciones de derechos fundamentales de las constituciones y algunos tratados internacionales tendrían en la reforma de las leyes civiles. Tomando como ejemplo las dos instituciones fundamentales del Derecho de Familia, el matrimonio y la filiación, se concluye que el papel de estas declaraciones constitucionales es, más bien, retórico, pues a pesar de su temprana existencia, las leyes civiles no han sido reformadas oportunamente por su efecto, sino tardíamente y por otras causas “sociales” que sólo pueden enunciarse en esta exposición.

## ABSTRACT

Political Constitutions guarantee citizens fundamental rights that influence, at least theoretically, private family relations. Describing the experience of Chilean law, this paper attempts to demonstrate that the supposed *constitutionalization* of family law, unlike what can happen with patrimonial private law, would take place, at least hypothetically, through the publicized impact upon the reform of civil laws that would have the fundamental bills of rights contained in Constitutions and in some international treaties. Taking as examples the two core institutions of family law: marriage and affiliation, this essay concludes that the role of these constitutional declarations is

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Civil. Subdirector del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Chile. Pío Nono 1, Santiago, mauricio.tapia@estudiocg.cl. Artículo recibido el 29 de mayo de 2007 y aceptado para su publicación el 20 de junio de 2007.

rather rhetorical, because despite their early existence, civil laws have not been timely amended on the basis of their effect, but belatedly and due to other "social" causes that can only be referred to herein.

### 1. Objeto de la exposición

Esta exposición aborda la supuesta influencia de las declaraciones de derechos fundamentales, declarados y garantizados solamente en las constituciones y en algunos tratados internacionales, en la reforma de las leyes civiles<sup>2</sup>.

Revisando en el Derecho chileno, las dos instituciones fundamentales del Derecho de Familia, esto es, el matrimonio y la filiación, se concluye que el papel de estas declaraciones constitucionales es más bien retórico, pues a pesar de su temprana existencia, las leyes civiles no han sido reformadas oportunamente por su efecto, sino tardíamente y por otras causas "sociales" que sólo se enuncian en esta exposición.

### 2. Plan

Para estos efectos, la exposición abordará sucesivamente:

- I) El matrimonio y otras regulaciones de la convivencia, las declaraciones de la Constitución Política y la evolución legislativa y
- II) La filiación, las declaraciones de la Constitución Política y la evolución legislativa.

Antes, a modo de introducción, se efectuarán algunas precisiones acerca de las modalidades que puede asumir la constitucionalización de derecho civil y su aplicación a las instituciones de familia en el Derecho chileno.

<sup>2</sup> Véase para una visión general en el Derecho chileno de la denominada "constitucionalización del Derecho Civil": Ramón DOMÍNGUEZ A., "Aspectos de la constitucionalización del derecho civil chileno", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo xciii, Santiago, 1996, p. 107 y Alejandro GUZMÁN, *El derecho privado constitucional de Chile*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001. El tema es de actualidad y una prueba de ello son los interesantes trabajos sobre la materia que contiene el libro en homenaje al sesquicentenario del *Código Civil* preparado por la Universidad de Chile: Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, "Codificación y constitucionalización del derecho civil"; Claudia SCHMIDT, "La constitucionalización del derecho de familia"; María Claudia CRESPO BRAUNER y Anderson CAVALCANTE LOBATO, "El nuevo Código Civil brasileño y la constitucionalización del derecho de la familia"; Enrique NAVARRO, "Constitucionalización del derecho civil"; Miguel Ángel FERNÁNDEZ, "Constitución y autonomía de la voluntad", en María Dora Martini y Mauricio Tapia (dir.), y Sebastián Ríos (col.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, Santiago, Editorial LexisNexis, 2005, 2 tomos. Pueden también consultarse los interesantes trabajos publicados en la colección: *La constitucionalización del derecho chileno*, Universidad Austral de Chile, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

## INTRODUCCIÓN

### 3. Enumeración

Las modalidades de intervención de la Constitución en el Derecho Civil pueden ser, en teoría, tres distintas (A). Sin embargo, sólo una de ellas parece pertinente para el Derecho de Familia, al menos en la realidad del Derecho chileno y, particularmente, después de las últimas reformas constitucionales del año 2005 (B).

### A. MODALIDADES DE INTERVENCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN EL DERECHO CIVIL

#### 4. Generalidades

En un estudio de la profesora Aída Kemelmajer de Carlucci, que tuvo la gentileza de publicar en un libro homenaje a los ciento cincuenta años del *Código Civil* de Andrés Bello, preparado por la Universidad de Chile, podemos encontrar un lúcido análisis acerca del tema objeto de esta exposición y, en particular, acerca de las formas que puede revestir la intervención constitucional en el Derecho Civil<sup>3</sup>. Estas modalidades son, en esencia, tres distintas:

- i) La supremacía constitucional;
- ii) El denominado efecto horizontal de los derechos fundamentales y
- iii) La utilización del recurso constitucional de "protección" para la cautela de intereses civiles.

#### 5. i) Supremacía constitucional

En las normas de la Constitución y los tratados internacionales incorporados a su texto, se sostiene que deben prevalecer por sobre el resto del ordenamiento jurídico, lo que incluye naturalmente al *Código Civil*. Esta forma de influencia de la Constitución sobre las leyes civiles se verificaría mediante la declaración de inconstitucionalidad de ciertos textos, de manera preventiva antes de su entrada vigencia, o de manera correctiva una vez que se encuentran en vigor. La constitucionalización del Derecho Civil operaría, según este mecanismo, como una orientación impuesta a las leyes civiles mediante los denominados derechos fundamentales, que impediría la promulgación de leyes que los vulneren o, lo que es más frecuente, por la anterioridad de los textos civiles, que instaría a la modificación de las

<sup>3</sup> Me refiero a "Codificación..." (n. 2), p. 1.193 y s.

leyes civiles en vigor que resulten opuestas a los derechos fundamentales que progresivamente se van reconociendo.

Por las razones que expondré, en mi opinión, es éste el mecanismo por el que, al menos en el Derecho chileno, es posible sostener que la Constitución tendría en teoría un efecto en la regulación civil de las familias.

#### 6. ii) Efecto horizontal de los derechos fundamentales

En segundo lugar, mediante esta modalidad se sostiene que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, y particularmente aquéllos que tienen una connotación "civil" inmediata (como son los derechos de la personalidad recogidos en su texto) pueden invocarse no sólo en conflictos que oponen a los particulares frente al Estado sino, también, en los que se suscitan entre particulares entre sí. Este fenómeno suele denominarse *efecto horizontal de los derechos constitucionales*<sup>4</sup>.

En efecto, la Constitución, que contiene un catálogo de derechos y de garantías considerados fundamentales, no sólo representa una defensa de los particulares contra los excesos del Estado, también establece un conjunto de valores o principios que impone límites, aunque de contornos borrosos, a la actuación de los particulares en sus relaciones con otros particulares. Es esta utilización de las normas constitucionales la que se denomina usualmente *efecto horizontal de los derechos fundamentales*<sup>5</sup>. En el Derecho chileno, la jurisprudencia, gracias al extendido desarrollo del recurso constitucional de protección, ha aceptado que se invoque directamente un derecho constitucional en conflictos entre particulares, como los originados por el

<sup>4</sup> *Vid.* para una visión general de esta materia en el Derecho chileno: Andrés JANA, "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", en *Los derechos fundamentales*, seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, SELA, 2001, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, p. 53; Carlos PIZARRO, "Los derechos fundamentales y los contratos. Una mirada a la Drittwirkung", en *Gaceta Jurídica*, N° 221, Santiago, 1998, p. 7 y Eduardo ALDUNATE, "El efecto de irradiación de los derechos fundamentales", en María Dora Martinic y Mauricio Tapia (dir.), y Sebastián Ríos (col.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, Santiago, Editorial LexisNexis, 2005, tomo 1, p. 13 y s.

<sup>5</sup> La expresión *efecto horizontal* se utiliza para graficar que los derechos fundamentales producen efectos entre privados, en oposición al efecto *vertical* en que sólo resultan oponibles tales derechos a las acciones de entes públicos (es el contraste entre coordinación y subordinación). En el lenguaje jurídico alemán (derecho en que esta discusión ha alcanzado un mayor desarrollo) se utiliza la expresión *drittwirkung* para referirse al efecto de los derechos fundamentales frente a terceros. En el lenguaje jurídico anglosajón, en adición al *horizontal effect*, se ha introducido la nomenclatura de *privatisation of human rights*. El efecto horizontal puede ser, a su vez, *directo o inmediato (unmittelbare Drittwirkung)* e *indirecto o mediato (mittelbare Drittwirkung)*, según se reconozca a los derechos constitucionales el carácter de derechos subjetivos también vinculantes para los privados o sólo un rango de principios que se irradian a las relaciones privadas a través de los valores que subyacen a ellos. JANA (n. 4), p. 53.

incumplimiento de un contrato, o en materia de responsabilidad civil, en que algunas sentencias han utilizado el artículo 19 N° 1 y 4 de la Constitución para conceder la reparación del daño moral en materia contractual<sup>6</sup>.

Este fenómeno plantea un problema considerable desde el punto de vista del *Código Civil*, pues si los principios constitucionales relativos a materias de Derecho Privado tienen un efecto entre particulares, ¿qué función queda para el *Código Civil*?, ¿sus principios y reglas resultan ahora prescindibles? No cabe duda de que la invocación de la Constitución en conflictos entre privados muestra el vigor y la elasticidad de sus preceptos. Pero esa práctica involucra algunos riesgos. Las normas constitucionales son expresión de principios considerados fundamentales por la sociedad. Estos principios tienen contornos borrosos y generalmente se presentan de una forma dialéctica (privacidad *versus* libertad de prensa, por ejemplo). En consecuencia, constituyen más bien un "marco abierto de bienes jurídicos que están en conflicto recíproco"<sup>7</sup>. La materialización de esos principios generales y abstractos en reglas precisas es una tarea que corresponde al legislador y, particularmente, al *Código Civil*. La denominada *constitucionalidad del Derecho Civil* en este ámbito no supone un abandono del *Código*, sino una nueva "mirada" sobre sus categorías y reglas esenciales, que siguen siendo imprescindibles para resolver los casos específicos. Así, por ejemplo, el respeto constitucional de la *integridad física* concluye que el daño corporal sufrido por la infracción contractual debe ser reparado, pero ello nada nos dice acerca de la naturaleza de esa reparación, de su alcance y de sus límites. Estas últimas cuestiones son los típicos problemas que el Derecho Privado, en más de veinte siglos de evolución, ha intentado resolver mediante leyes y prácticas judiciales que, por ejemplo, extendieron la reparación al *pretium doloris*, precisado las reglas sobre legitimación activa y exigido la previsibilidad de los daños como límite de la reparación. Esta riqueza normativa corre el riesgo de despreciarse cuando las sentencias fundan su decisión no en las normas del *Código Civil* y costumbres judiciales, sino en la aplicación directa de normas constitucionales que tienen valor de principios generales, pero cuyos contornos son enormemente difusos. Esa misma indeterminación es una fuente de inseguridad jurídica, pues sobre la base de esas normas de la Constitución pueden plantearse las soluciones más peregrinas.

Pero no corresponde extenderse aquí sobre esta modalidad de intervención de la Constitución en las instituciones civiles. En efecto, como ya se adelantó, al menos en materia de familia y en la experiencia chilena, la

<sup>6</sup> *Vid.*, por ejemplo, CS, 20 de octubre de 1994, en *RDJ*, tomo XCI, Santiago, 1994, sec. 1ª, p. 100.

<sup>7</sup> Enrique BARROS, "Tensiones del derecho actual", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXVIII, Santiago, 1991, p. 17.

influencia de la Constitución en el Derecho Civil se percibe no tanto como una aplicación directa de sus derechos en conflictos entre particulares sino, más bien, como una preponderancia –cuyo alcance práctico se examina en esta exposición– de los principios constitucionales en la renovación de algunas instituciones del *Código Civil*.

### 7. iii) Recurso de protección

El Derecho chileno carece de una acción procesal civil de urgencia, que asegure una protección rápida y efectiva a una vulneración grave de algunos de los derechos patrimoniales previstos en la legislación civil. Por esto, y al menos desde comienzos de la década de 1980, se comenzó a utilizar masivamente el denominado “recurso constitucional de protección”, para suplir ese vacío. Este recurso asegura una protección rápida de ciertos derechos, agredidos por acciones u omisiones ilegales o arbitrarias, y son conocidos por las cortes de apelaciones (art. 20 de la Constitución). Su naturaleza es cercana a la del *référé* del Derecho francés y del Derecho belga, el *amparo* del Derecho argentino y al *mandado de segurança* del Derecho brasileño<sup>8</sup>.

Ahora bien, mediante esta herramienta procesal también es perceptible una cierta influencia de la Constitución en el Derecho Civil. En efecto, frente a la ausencia de otras acciones cautelares efectivas, el recurso de protección ha sido utilizado profusamente en el Derecho chileno, con la finalidad de buscar una tutela efectiva de algunos derechos civiles. En atención a que el recurso de protección sólo procede cuando existe agresión a alguno de los derechos que prevé la Constitución, y entre tales se encuentra el derecho de propiedad sobre cosas corporales e incorporales (art. 19 N° 24 de la Constitución), la práctica judicial ha tendido a multiplicar la invocación de este derecho en conflictos entre particulares. Así, la jurisprudencia de las cortes chilenas condujo progresivamente a reconocer, de manera sistemática, la existencia de un derecho de propiedad sobre los créditos emanados de los contratos<sup>9</sup>. En otros términos, por ejemplo, para hacer aplicable el recurso de protección en un conflicto que opone a un arrendador y a un arrendatario, se declara la existencia de un derecho de propiedad sobre los derechos personales emanados de ese convenio<sup>10</sup>. Esto ha llevado, como lo ha destacado una parte de la

<sup>8</sup> Un estudio comparado del recurso de protección puede encontrarse en la interesante obra del profesor de la Universidad de Chile y ex fiscal de la Corte Suprema, Enrique PAILLAS, *El recurso de protección ante el derecho comparado. Una acción en busca de una justicia rápida y eficaz*, Santiago, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 2002.

<sup>9</sup> En el Derecho chileno existe un estudio, teórico, bastante completo sobre el estatuto de las cosas incorporales: Alejandro GUZMÁN, *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

<sup>10</sup> Un examen acabado de este fenómeno en la jurisprudencia chilena en Andrés JANA LINEZKY y Juan Carlos MARÍN GONZÁLEZ, *Recurso de protección y contratos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

doctrina chilena, a una aplicación directa de las normas constitucionales en conflictos entre particulares, sin la mediación de la rica tradición civil. Esto provoca, como ha señalado Carlos Peña, generalizar una práctica constitucional procesalmente avanzada, pero argumentativamente arcaica<sup>11</sup>; o lo que es peor, fundada en una forma elemental de justicia de equidad<sup>12</sup>.

Sin embargo, como se desprende, esta práctica judicial chilena afecta principalmente los derechos civiles patrimoniales, y se vincula directamente al fenómeno descrito de *efecto horizontal de los derechos fundamentales*.

Por esto, corresponde dejar hasta aquí esta exposición sobre las formas de intervención de la Constitución en el Derecho Civil para centrarse en aquélla que tiene potencialmente una mayor importancia en el Derecho de Familia, esto es, la *supremacía constitucional*, que puede sostenerse que acaba de ser reforzada por la última reforma constitucional chilena.

## B. REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 2005 Y SU INFLUENCIA EN LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

### 8. Control de constitucionalidad antes de la reforma

Antes de la reforma de 2005, el Tribunal Constitucional chileno, encargado de velar por la constitucionalidad de leyes, sólo podía efectuar un control preventivo en el proceso de formación de las leyes, y que tenía efectos generales (antiguo artículo 82 de la Constitución). En efecto, el control correctivo de constitucionalidad de las leyes, esto es, luego de su entrada en vigencia, estaba entregado a la Corte Suprema, quien resolvía mediante el *recurso de inaplicabilidad*, con efecto *inter partes*, sólo en el juicio para el que fue pronunciado, manteniendo su plena vigencia el precepto legal que había sido declarado inconstitucional (antiguo artículo 80 de la Constitución).

### 9. Control constitucional después de la reforma

La reforma constitucional del año 2005, efectuada por la ley N° 20.050, modificó radicalmente esta situación. En la actualidad, el Tribunal Constitucional tiene competencia exclusiva para:

- i) Efectuar el *control preventivo* de las leyes, con efectos generales;
- ii) Resolver la *inaplicabilidad* correctiva por inconstitucionalidad de un precepto legal, que se intente hacer valer en cualquiera gestión judicial, con efectos entre partes y

<sup>11</sup> *Práctica constitucional y derechos fundamentales*, Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1997, p. 154.

<sup>12</sup> *Id.*, en este sentido, JANA y MARÍN (n. 10).

iii) Resolver la *inconstitucionalidad* de un precepto legal, declarado inaplicable conforme a lo señalado en el número ii) anterior, con efectos generales (art. 93 de la Constitución).

Para esto último, la Constitución concede acción pública para requerir la declaración de inconstitucionalidad de un precepto declarado inaplicable<sup>13</sup>. Como se entiende, esta reforma puede resultar trascendental, en el futuro, para el tema objeto de esta exposición, por cuanto el denominado principio de *supremacía constitucional*, relevante en la denominada constitucionalización del Derecho de Familia, cuenta con una herramienta poderosísima en la actualidad para hacerlo efectivo: la posibilidad de que cualquier persona solicite la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal contrario a la Constitución, y que esa declaración tenga efectos generales.

Tal vez la aplicación de estas nuevas competencias del Tribunal Constitucional chileno puedan en el futuro hacer variar la conclusión un tanto sombría de esta exposición, acerca de la pobre influencia que han tenido los textos constitucionales en la modificación de las leyes civiles, como se señala a continuación.

#### I. Matrimonio y otras regulaciones de la convivencia Constitución Política y evolución legislativa

### 10. Generalidades

Como es sabido, los códigos que siguieron el modelo francés, como el *Código Civil* chileno, no le destinan 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 privacidad puede proteger también un ámbito familiar reservado, etc. Si dejamos fuera el *derecho sucesorio*, en

<sup>13</sup> Sobre esta reforma de las competencias del Tribunal Constitucional chileno, puede consultarse los siguientes estudios, aparecidos en la colección Francisco ZÚÑIGA (coord.), *Reforma Constitucional*, Santiago, LexisNexis, 2005: Juan COLOMBO, "Tribunal Constitucional: integración, competencia y sentencia", p. 551 y s.; Humberto NOGUERA, "El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional 2005, de la competencia del Tribunal Constitucional y los efectos de su sentencia", p. 593 y s.; Lautaro RÍOS, "El nuevo Tribunal Constitucional", p. 627 y s.; Gastón GÓMEZ, "La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional. El nuevo Tribunal Constitucional chileno", p. 651 y s. y Arturo FERNANDOIS, "Efecto vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional: ¿límite o realidad?", p. 685 y s.

el *Código Civil* el *derecho de familia* se estructura sobre las consecuencias personales y patrimoniales de dos instituciones: *matrimonio y filiación*.

Si examinamos la regulación originaria del matrimonio en el *Código Civil* (A), podremos apreciar cuánto se oponía a las solemnes declaraciones constitucionales y de los tratados internacionales, particularmente de aquéllos en vigor en las últimas décadas (B). Veremos que la respuesta del Derecho Civil, para adaptarse a estos principios, ha llegado, pero con bastante retardo en materia de matrimonio y de otras regulaciones de las convivencias (C).

#### A. Regulación original del matrimonio en el *Código Civil*

##### 11. Un modelo discriminatorio y poco libertario de familia

La regulación civil del matrimonio y de la filiación depende, como se sabe, directamente de la organización social del país de que se trate, particularmente de la económica. En la sociedad chilena de la primera mitad del siglo XIX, organizada sobre la base de una economía agrícola y doméstica, impregnada de una visión católica y patriarcal 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 *patría potestad* sobre los bienes del hijo, pasando 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 *patría potestad* 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 chileno<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Una descripción de la regulación original del *Código Civil* chileno en materia de familia, y de su posterior evolución, en Mauricio TAPIA, *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 102 y s.

## B. Principios constitucionales y tratados internacionales

### 12. Igualdad y libertad

Evidentemente, este modelo de regulación civil de la familia nunca fue muy consistente con los principios constitucionales o derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

En particular, el estatuto civil de la familia contenía una regulación desequilibrada entre los derechos y deberes del hombre y de la mujer, con severas discriminaciones en perjuicio de la mujer y, por lo demás, privaba de todo reconocimiento legal a otras formas de unión diferentes al matrimonio. Esto, naturalmente, se oponía abiertamente al *principio de igualdad* constitucional. Este principio tenía una larga historia en las constituciones chilenas, pues había sido reconocido por primera vez, mucho antes de la dictación del *Código Civil* de Andrés Bello de 1855, en el artículo 24 del Reglamento Constitucional de 1812. El artículo 12 N° 1 de la Constitución de 1833 “bajo cuya vigencia se dictó el Código Civil” señalaba que: “La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: 1° La igualdad ante la ley”. Esa disposición fue reproducida en la Constitución de 1925, y se encuentra prevista, actualmente, en los artículos 1° y 19 N° 2 de la Constitución de 1980. En este último artículo, se insertó, además, la siguiente regla, aplicación del principio de igualdad: “ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”<sup>15</sup>. La legislación puede, por tanto, establecer distinciones entre las personas, siempre que no sean arbitrarias, tal como parecen serlo algunas de las previstas en la regulación original del *Código Civil*.

Por otra parte, cabe tener presente que la Constitución chilena señala que la soberanía encuentra sus límites en los derechos fundamentales que reconoce en su texto, así como en los *tratados internacionales*, ratificados y vigentes, y que es deber del Estado respetar y promover tales derechos (art. 5°)<sup>16</sup>. Y según la opinión mayoritaria de la doctrina nacional estos tratados tendrían un rango constitucional o, al menos, un rango claramente superior a la de una ley simple. Es así que por esta remisión explícita de la Constitución, la regulación del *Código Civil* de las relaciones de pareja debe necesariamente ajustarse a los siguientes tratados ratificados por Chile:

- i) Pacto internacional de derechos civiles y políticos (16 de diciembre de 1966), incorporado a la legislación chilena en 1989. Este tratado obliga a los Estados partes, en particular, a asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades entre los

<sup>15</sup> Sobre la consagración del principio de igualdad en el derecho constitucional chileno, puede consultarse Mario VERDUGO, Emilio PFEFFER y Humberto NOGUEIRA, *Derecho Constitucional*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, tomo I, p. 214 y s.

<sup>16</sup> Según la reforma constitucional de 1989, efectuada por la ley N° 18.825.

cónyuges al momento del matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo (arts. 3 y 23 N° 4).

- ii) Convención americana sobre derechos humanos o Pacto de San José de Costa Rica (22 de noviembre de 1969), incorporado a la legislación chilena en 1989, establece obligaciones análogas a las del anterior Pacto (art. 17 N° 4).

- iii) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (18 de diciembre de 1979), incorporado a la legislación chilena en 1989. En su artículo 16 obliga a los Estados partes a eliminar toda discriminación contra la mujer en los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares, en especial, a otorgar los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución, los mismos derechos personales entre marido y mujer, y análogas facultades en materia de adquisición, goce y disposiciones de bienes.

Por otra parte, las severas restricciones impuestas a los cónyuges, quienes no podían elegir la forma en que se suscribiría el matrimonio, ni optar por diferentes regímenes de bienes, ni divorciarse, así como el desconocimiento y falta de regulación de las parejas estables, heterosexuales u homosexuales, formadas al margen de matrimonio, transgredía abiertamente a la *libertad*, proclamada solemnemente en la Constitución, y que es el sustrato de un gobierno democrático. Este principio, inaugura la Constitución de 1980: “Las personas nacen libres...” (art. 1°)<sup>17</sup>.

En todos estos aspectos, la evolución del Derecho Civil no fue inmediata, sino que siguió, con bastante retardo, la lenta evolución de las costumbres. La historia de la modificación de las leyes civiles siempre ha estado bastante lejos de precipitarse por la adaptación a los principios constitucionales o de los tratados internacionales.

## C. Evolución de las costumbres y del Derecho Civil

### 13. Lenta evolución social

En efecto, más que una influencia de los textos constitucionales o internacionales “que, sin embargo, son con frecuencia citados como uno entre varios fundamentos en la discusión parlamentaria” las modificaciones legales fueron impulsadas por la lenta, aunque inexorable, transformación de las costumbres. Sólo tardamente el Derecho Civil reaccionó.

La evolución de las costumbres condujo a una progresiva obsolescencia del modelo de familia que reconocía el *Código Civil*<sup>18</sup>. La concentración de

<sup>17</sup> Al respecto, *vid.* VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA (n. 15), p. 234 y s.

<sup>18</sup> *Vid.* una evolución de la regulación en materia de familia en el Derecho chileno, especialmente Manuel SOMARRIVA, *Evolución del Código Civil chileno (Homenaje al centenario*

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<sup>19</sup>. La mujer se ha ido incorporando al trabajo remunerado y los avances médicos le permitieron controlar la mortalidad<sup>20</sup>. Estos fenómenos, así como el control de la mortalidad infantil y el aumento de la esperanza de vida, condujeron, asimismo, 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 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.

14. La aún más lenta evolución del Derecho Civil

Todos estos cambios sociológicos se reflejaron lenta e, incluso, tardíamente en el Derecho Civil chileno, pues salvo la laicización del matrimonio (1884), las modificaciones importantes comenzaron a introducirse en el segundo cuarto del siglo XX.

Varias razones pueden explicar esta lentitud. Ante todo, la subsistencia, a pesar de estos cambios, de muchas de las reglas del *Código Civil*, es también una prueba de la reacción natural del Derecho frente a las mutaciones sociales. La legislación actúa con mucho retraso frente a los cambios, en gran medida porque las reglas jurídicas de Derecho Común contenidas

de su promulgación), Santiago, Editorial Nascimento, 1955, p. 39; Pedro LURA, *El Código Civil y el nuevo derecho*, Santiago, Imprenta Nascimento, 1944, p. 27; Alejandro SILVA BASCUÑÁN, "Un siglo de evolución legislativa en lo familiar", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLIX, Santiago, 1952, p. 99; Emilio RÍOSEO, "El Código Civil y la evolución del derecho de familia", en *Revista de la Universidad de Concepción*, N° 98, Concepción, 1956, p. 541 y *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LIII, Santiago, 1956, p. 11; TAPIA (n. 14), p. 102 y s.

<sup>19</sup> Pero esta afirmación es demasiado general. Una ley reciente (N° 19.749) contiene estímulos a la creación de "microempresas familiares".

<sup>20</sup> *Vid.* en este sentido, el interesante y completo estudio de Luz MONGE, *La libertad de procrear, pouvoir de la femme*, tesis, Paris, Université Paris II, 2000.

en el *Código*, que son flexibles y abiertas, se adaptan con facilidad a éstos. ¿Cuántas transformaciones sociales acarreo la *Independencia*? Y, sin embargo, el *Código Civil* chileno, cerca de cuarenta años después recogió reglas de Derecho Común que venían elaborándose desde Roma y conservó buena parte del Derecho Castellano en materia de familia. Como afirmaba Georges Ripert, el Derecho es pasado y para que los cambios presentes se reflejen en normas jurídicas, generalmente debe esperarse que pasen a formar parte de ese mismo pasado<sup>21</sup>. Por esto François Géný sostuvo que para la humanidad el pasado, en particular la tradición jurídica, es una carga excesivamente pesada<sup>22</sup>.

Además, otra explicación de este fenómeno, es que los juristas, los operadores del Derecho, tienen una posición naturalmente reservada frente a los cambios, lo que provoca un retardo en la reacción del Derecho: "encargados de formular, explicar, aplicar las reglas de derecho, los juristas las consideran como indispensables para la vida social; por esto, no piensan sino en mantenerlas"<sup>23</sup>.

Por esto, frente a la apología entusiasta de las "metamorfosis sociales"<sup>24</sup> o de la "révolte des faits contre le code"<sup>25</sup>, cabe también pensar en una insurrección de la ley contra los hechos, o simplemente de la "resistencia de la ley a la evolución de las costumbres"<sup>26</sup>. Naturalmente, en esta resistencia a los cambios también influye el valor simbólico del *Código Civil*, que ha retrasado su modificación.

Se debe agregar, además, que en cuestiones 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.

En realidad, como ha sostenido Jean Carbonnier, lejos de la vanguardia o la reacción, la posición ideal del legislador sería de una prudente y reflexiva observación de los cambios sociales: "la ley debe acompañar el cambio de la sociedad, sin precipitarlo ni tratar de frenarlo"<sup>27</sup>.

<sup>21</sup> En efecto, nadie mejor que Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2ª ed., Paris, LGDJ, 1955, p. 10 ha descrito esta tensión entre los cambios sociales y la resistencia del derecho, que sólo tardamente se pliega a las evoluciones.

<sup>22</sup> François GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, 1915, vol. II, p. 376.

<sup>23</sup> RIPERT (n. 21), p. 8.

<sup>24</sup> René SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui* (*Première série. Panorama des mutations*), 3ª ed., Paris, Dalloz, 1964.

<sup>25</sup> Gaston MORIN, *La révolte des faits contre le code*, Paris, Bernard Grasset éditeur, 1920.

<sup>26</sup> RIPERT (n. 21), p. 47.

<sup>27</sup> Jean CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10ª ed., Paris, LGDJ, 2001, p. 50.

15. "A cada uno su familia, a cada uno su derecho"<sup>28</sup>

La cuestión que debe destacarse es que las modificaciones legales reemplazaron progresivamente 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, tiene un carácter funcional, es "un instrumento entregado a cada uno para el desarrollo de su personalidad"<sup>29</sup>. 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 *didáctica* 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 Lev Nikoláyevich Tolstói en *Ana Karenina*.

En efecto, estas reformas muestran un repliegue del ordenamiento jurídico (como ocurre también en el derecho comparado<sup>30</sup>), un retroceso tardío fundado en los principios de *igualdad* y de *libertad* constitucionales que ya fueron descritos, y 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* y *libertaria* (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

<sup>28</sup> Jean CARBONNIER, *Essais sur les lois*, 2ª ed., Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1995, p. 181.

<sup>29</sup> *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: *Revista del Centro de Estudios Públicos*, N° 76, Santiago, 1999, p. 137. En Chile, Enrique BARROS, "La ley civil ante las rupturas matrimoniales", *Revista del Centro de Estudios Públicos*, N° 82, Santiago, 2002, p. 5.

<sup>30</sup> *Vid.* una visión del estado del Derecho de Familia en la Unión Europea: Frédérique GRANET, "L'opportunité d'une réforme d'ensemble: convergences et divergences des droits européens de la famille", *Revue Droit de la famille, hors-série*, Paris, diciembre 2000, p. 6. Respecto del Derecho francés, *vid.* Irène THERY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui: le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Paris, Odile Jacob, La documentation Française, 1998 y Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille: propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Paris, Odile Jacob, La documentation Française, 1999.

proyectos de vida de los individuos: "a cada uno su familia, a cada uno su derecho"<sup>31</sup>. 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"<sup>32</sup>. El Derecho de Familia pasa a 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. 1°), la preeminencia otorgada al individuo mediante los *derechos de la personalidad* resulta evidente. Por lo demás, si estas declaraciones de principio de la Constitución han conducido a algunos a sostener la examinada *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 prefiriere 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 cautelar los intereses de los hijos, que aún no pueden 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 expondrá, las modificaciones del Derecho de Familia nacional resultan acentuadamente *protectoras*<sup>33</sup>.

Las reformas del *Código Civil* en materia de familia son las más importantes de que fue objeto su texto.

16. Matrimonio (la tardía ampliación de la *libertad*)

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), que "estimuló" la secularización materializada por el *Código* de Napoleón. Sin

<sup>31</sup> CARBONNIER (n. 28), p. 181.

<sup>32</sup> *Op. cit.*, p. 189.

<sup>33</sup> En este sentido, una aproximación general a estas reformas en Enrique BARROS, "Notas históricas y comparadas sobre el nuevo ordenamiento legal de la filiación", en AA. VV., *El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil chileno*, Santiago, Universidad de Chile, Fundación Facultad de Derecho, 1999, p. 39.

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. Limitando severamente la libertad proclamada solemnemente en las constituciones, 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<sup>34</sup>), 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<sup>35</sup>. 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 rescicio 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<sup>36</sup>. Este cambio de mentalidad en nuestra jurisprudencia, según un comentario escrito por Arturo Alessandri hace más de setenta 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)<sup>37</sup>. 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, puesto 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 (y en esto está presente, también, el principio de igualdad constitucional).

Esta nueva ley de Matrimonio Civil representa un *estatuto de compromiso*, una solución transaccional en un debate impregnado de convicciones mo-

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> *Vid.* en este sentido, Mauricio TAPIA, "Nulidad y divorcio en el proyecto de nueva Ley de Matrimonio civil", *Revista del Centro de Estudios Públicos*, N° 86, Santiago, 2002, p. 232.

<sup>36</sup> BARROS (n. 29), p. 12.

<sup>37</sup> Comentario a sentencia, Corte Suprema, 28 de marzo de 1932, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo xxix, Santiago, 1932, sec. 1<sup>a</sup>, p. 351. Según una encuesta Cep (Santiago de Chile, 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/>).

rales 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 le cese de la convivencia en caso de acuerdo entre los cónyuges, o tres años en caso contrario)<sup>38</sup>. 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 causales de nulidad tomadas del Derecho Canónico<sup>39</sup>. En efecto, según el *Censo 2002*, un 70% de la población se declara católica<sup>40</sup>, 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"<sup>41</sup>.

La validez civil del matrimonio religioso no es una idea nueva<sup>42</sup>, 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*),

<sup>38</sup> Existe una abundante bibliografía sobre la reforma del matrimonio. *Vid.*, especialmente, Javier BARRIENTOS y Aránzazu NOVALES, *Nuevo derecho matrimonial chileno. Ley N° 19.947: celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad*, Santiago, LexisNexis, 2004; Hernán CORRAL, *Ley de divorcio: Las razones de un no*, Santiago, Editorial Universidad de Los Andes, 2001; Eduardo COURT, *Nueva Ley de Matrimonio Civil N° 19.947 de 2004 analizada y comentada*, Bogotá, Universidad Adolfo Ibáñez-Legis, 2004; Ramírez MARIO, "Comentarios sobre el Proyecto de Ley de Matrimonio Civil", en María Dora Martinic (coord.), *Nuevas tendencias del Derecho*, Santiago, Lexis Nexis, 2004, p. 53; TAPIA (n. 35), p. 232 y Paulina VELOSO, "Hernán Corral: Ley de divorcio: las razones de un no", *Revista del Centro de Estudios Públicos*, N° 87, Santiago, 2002, p. 279.

<sup>39</sup> 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.

<sup>40</sup> Índice que parece mantenerse estable en los últimos años. Según una encuesta Cep, diciembre 2004, un 69,4% de los encuestados se declara sentir más cercano de la religión católica (<http://www.cepchile.cl/>), visitada el 3 de julio de 2007.

<sup>41</sup> Encuestas Fundación Chile 21 y Universidad Alberto Hurtado.

<sup>42</sup> 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. *Vid.* en este sentido, Arturo ALESSANDRI, *Precedencia del matrimonio civil al matrimonio religioso*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1916, p. 20.

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)<sup>43</sup>. Como señalara Jean Carbonnier, parece: “saludable, psicológicamente, dejar que cada pareja se forme la idea de poder otorgarse su propia constitución”<sup>44</sup>.

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 parejas 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<sup>45</sup>). 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, también, su edad, estado de salud, calificación profesional, patrimonio, etc.<sup>46</sup>. 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

<sup>43</sup> En un artículo escrito en 1916, Arturo Alessandri, 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. *Vid.* (n. 42), p. 20.

<sup>44</sup> *Vid.* (n. 28), p. 275.

<sup>45</sup> *Vid.* sobre el denominado “interés superior de los hijos”, párrafo 73.

<sup>46</sup> Acerca de esta compensación económica: Susan TURNER, “Las prestaciones económicas entre cónyuges divorciados en la Nueva LMC de Matrimonio Civil”, en *Revista de la Universidad Austral de Chile*, vol. xvi, Valdivia, 2004, p. 95; Mauricio TAPIA, “Prestaciones pecuniarias entre cónyuges. Compensación económica. Nueva Ley de Matrimonio Civil (ley N° 19.947), inédito.

algunas asimetrías (¿violación del principio de igualdad?), 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)<sup>47</sup>.

Por otra parte, esta ley regula la *separación de hecho* (art. 21 y s.) e introduce la *separación judicial* (art. 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 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.

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, visitas, alimentos, etcétera).

#### 17. ¿Y el concubinato? (la deuda pendiente de igualdad)

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. Puede considerarse un atentado importante al *principio de igualdad*, pero 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 recalitrantes contraían sólo el matrimonio religioso<sup>48</sup>), 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<sup>49</sup>. Actualmente, según el *Censo 2002*, un 8,9% de la población declara ser conviviente<sup>50</sup> 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

<sup>47</sup> *Vid.* TAPIA (n. 35), p. 232.

<sup>48</sup> Situación que terminó con la ley N° 4.808 de 1930, que dispuso que si no se celebraba el matrimonio civil antes que el religioso, aquél debía contraerse en el plazo de ocho días bajo apercibimiento de sanciones penales. Estas reformas, se deben a Arturo Alessandri.

<sup>49</sup> *Vid.* los *Anuarios estadísticos* de 1911 a 1914, citados por ALESSANDRI (n. 42), p. 20.

<sup>50</sup> Según una encuesta Cep, diciembre 2004, un 9,6% de los encuestados declara ser conviviente (<http://www.cepchile.cl/>), visitada el 3 de julio de 2007.

de proyectos profesionales; el temor al fracaso matrimonial, que conduce a muchas parejas a convivir antes del matrimonio<sup>51</sup>, 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.

A pesar de esta realidad social, y a diferencia de varios derechos comparados que otorgan un estatuto al concubinato estable y continuo<sup>52</sup>, el sistema jurídico chileno 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 entregar 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 “aparencia de 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. 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)<sup>53</sup>.

No obstante, tampoco es correcto concluir que el concubinato es ignorado completamente por el Derecho Positivo nacional. Diversas disposi-

<sup>51</sup> 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/>), visitada el 3 de julio de 2007.

<sup>52</sup> Por ejemplo, en Francia, el artículo 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” (*vid.*, por ejemplo, 3ª Sala civil de la Corte de Casación, 17 de diciembre de 1997, Dalloz 1998, p. 111, nota J.L. Aubert). El texto legal aclaró simplemente que el concubinato puede existir entre personas del mismo sexo.

<sup>53</sup> *Vid.*, por ejemplo, María Dora MARTÍNIC y Graciela WEISTEIN, “Nuevas tendencias de las uniones conyugales de hecho”, en Claudia Schmidt y María Dora Martinic (dir.) y Bárbara Urrejola (coord.), *Instituciones de derecho de familia*, Santiago, Lexis Nexis, 2004, p. 13.

ciones aluden al concubinato y le otorgan algunos efectos civiles aislados<sup>54</sup>. 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)<sup>55</sup>. La legislación social reconoce la calidad de beneficiaria del seguro social de accidentes del trabajo y de enfermedades profesionales a la concubina que ha tenido hijos con el trabajador muerto (arts. 43 y 45 ley N° 16.744)<sup>56</sup>. Asimismo, el legislador la ha declarado beneficiaria del seguro obligatorio de accidentes de la circulación (art. 31 ley N° 18.490)<sup>57</sup>. Por otra parte, la jurisprudencia nacional reconoció tempranamente la existencia del concubinato y le atribuyó algunos efectos civiles 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<sup>58</sup>). De igual forma, la jurisprudencia ha tendido a conceder la acción de indemnización de perjuicios al concubino por los daños provenientes de la muerte de su pareja<sup>59</sup>.

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)<sup>60</sup> u otorgar un estatuto orgánico

<sup>54</sup> *Vid.* 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 Barriga.

<sup>55</sup> También en materia de conflictos familiares, más allá de estas 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”.

<sup>56</sup> 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”.

<sup>57</sup> 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”.

<sup>58</sup> *Vid.* entre las innumerables sentencias: Corte Suprema, 31 de julio de 1943, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XI, Santiago, 1944, sec. 1ª, p. 88; Corte Suprema, 3 de mayo de 1957, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LIV, Santiago, 1957, sec. 1ª, p. 71; Corte Suprema, 14 de diciembre de 1970, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXVII, Santiago, 1970, sec. 1ª, p. 583; Corte Suprema, 6 de abril de 1994, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XCI, Santiago, 1994, sec. 1ª, p. 30. *Vid.* sobre otros efectos civiles del concubinato en Chile René RAMOS P., *Derecho de familia*, 4ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, 2 tomos.

<sup>59</sup> *Vid.* Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de enero de 1945, en *Gaceta de los Tribunales*, tomo I, Santiago, 1945, p. 232, respecto de una pareja sólo unida por un matrimonio religioso y Corte Suprema, de 5 de marzo de 2002 (ingreso 326-01).

<sup>60</sup> “Proyecto de ley que regula los efectos patrimoniales en el concubinato, de 15 de octubre de 2003”, en *Boletín N° 3377-07*, en línea: <http://sil.senado.cl/pags/index.html>, visitado el 3 de julio de 2007.

(comprendiendo aspectos personales y patrimoniales) al concubinato heterosexual estable y continuo<sup>61</sup>. Existen, por lo demás, algunos argumentos fundados en los tratados internacionales vigentes en apoyo de estos proyectos<sup>62</sup>. 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 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.

18. ¿Y la convivencia homosexual? (una deuda aún mayor de igualdad)

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”<sup>63</sup>. 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 dieciocho a veintinueve años, cuestión que demuestra, como afirmaba Jean Carbonnier, que cada época tiene su tolerancia<sup>64</sup>. Por otra parte,

<sup>61</sup> “Proyecto de ley que establece un régimen legal para las uniones de hecho, de 7 de abril de 2004”, en *Boletín* N° 3494-07, en línea: <http://sil.senado.cl/pags/index.html>, visitado el 3 de julio de 2007.

<sup>62</sup> *Id.* en este sentido, MARTINIC y WEISTEIN (n. 53), p. 13.

<sup>63</sup> Encuesta efectuada entre septiembre y diciembre de 2000 por la Fundación Ideas, entre la población adulta de la Región Metropolitana.

<sup>64</sup> Estudio de la Fundación Ideas y la Universidad de Chile.

en el ámbito criminal, se despenalizaron en 1999 las relaciones sexuales consentidas entre hombres mayores de edad (antiguo artículo 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<sup>65</sup>. 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 ocurría 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 *Código Civil*), para aprovecharse de sus ventajas personales y patrimoniales (incluso, eventualmente acceder a la procreación asistida o a la adopción), pero también para 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<sup>66</sup>) o, bien, se crea un *contrato de unión civil*, regulando sus efectos personales y patrimoniales. Este último es

<sup>65</sup> 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 afectada, 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. *Vid.* Juan Ignacio CORREA A., “Caso jueza Atala: ¿y el interés de los niños?”, en *Revista Capital*, N° 150, Santiago, 2005, p. 128.

<sup>66</sup> Y al menos, formalmente, en el año 2002, en Buenos Aires. En efecto, la legislación de Buenos Aires aprobó, el 13 de diciembre del 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”.

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* (art. 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 objetivo de otorgarle algunos efectos civiles (sobre todo patrimoniales) y de regular su terminación<sup>67</sup>.

El éxito de éste u otros proyectos análogos —como el que prepararon el profesor Carlos Pizarro y el autor de este artículo—, dependerá naturalmente de la evolución que pueda tener la sociedad nacional en los próximos años.

#### 19. Régimen de bienes (ampliación de la libertad)

Las modificaciones del Derecho de Familia también afectaron profundamente los *regímenes 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<sup>68</sup>.

Consistente con su ideología original en materia de familia, el *Código Civil* establecía la sociedad conyugal como régimen obligatorio del matrimonio (un severo atentado a la *libertad*). Una primera ley permitió el *pacto de la separación total de bienes* (N° 5.521, y antes decreto-ley N° 328) como capitulación matrimonial y otras facultaron a convenirlo durante el matrimonio (N°s 7.612 y 10.271)<sup>69</sup>. Por otra parte, se introdujo el *patrimonio reservado de la mujer casada* (N° 5.521) y se modificó el régimen de administración de la sociedad conyugal, que sigue siendo el régimen supletorio (arts. 135 y 1.718 *Código Civil*), respecto de los actos que necesitan autorización de la mujer (N°s 18.802<sup>70</sup> y 19.585<sup>71</sup>). Sin embargo, el marido sigue

<sup>67</sup> Proyecto ley sobre “Fomento de la no discriminación y contrato de unión civil entre personas del mismo sexo, 10 de julio de 2003”, en *Boletín* N° 3283-18, en línea: <http://sil.senado.cl/pags/index.html>, visitada el 3 de julio de 2007.

<sup>68</sup> *Vid.* sobre esta materia en general a RAMOS (n. 58).

<sup>69</sup> *Vid.* sobre estas reformas: SOMARRIVA (n. 18), p. 283; LJRA (n. 18), p. 55 y Arturo ALESSANDRI, “El Código Civil chileno y sus reformas”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo xiv, Santiago, 1948, pp. 37, 49.

<sup>70</sup> *Vid.* sobre esta reforma: René RAMOS, “Modificaciones introducidas por la ley 18.802 a la capacidad de la mujer casada y al régimen matrimonial chileno”, en *Revista de la Universidad de Concepción*, N° 184, Concepción, 1988, p. 21.

<sup>71</sup> Esta última, respecto de la aceptación o repudiación de una herencia (art. 1.225 inc. final).

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, que se ajuste más al principio constitucional y a los tratados internacionales.

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 (N° 19.335, arts. 1.792-1 a 1.792-27 *Código Civil*)<sup>72</sup>.

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).

#### 20. Situación de la mujer (una igualdad a medias)

Antes de analizar las modificaciones en materia de filiación, es necesario efectuar algunas observaciones acerca de la *situación de la mujer*, porque es en materia de Derecho de Familia donde se encontraban las mayores discriminaciones civiles en su contra. En la redacción original del *Código Civil*, la mujer fue drásticamente disminuida en derechos en relación con el 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”<sup>73</sup>. Pero el solo planteamiento de la pregunta es sugestivo de la condición social de la mujer en esa época.

<sup>72</sup> *Vid.* Enrique BARROS, “Por un nuevo régimen de bienes del matrimonio”, en *Revista del Centro de Estudios Públicos*, N° 43, Santiago, 1991, p. 139 y Claudia SCHMIDT HOTT y Gissella LÓPEZ R., “Régimen de participación en los gananciales”, en Claudia Schmidt y María Dora Martinić (dir.) y Bárbara Urrejola (coord.), *Instituciones de derecho de familia*, Santiago, Lexis Nexis, 2004, p. 35.

<sup>73</sup> *Vid.* (n. 48), p. 258.

En la actualidad, la desaparición progresiva de esos prejuicios y la evolución social sobre el papel de la mujer es evidente, como lo demuestra su incorporación masiva al trabajo remunerado (el 46,7% de las mujeres entre veinticinco y cincuenta y cuatro 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)<sup>74</sup>.

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<sup>75</sup>. En efecto, la desaparición de estas discriminaciones y la plena *igualdad civil* de la mujer fue restablecida progresivamente (leyes N° 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<sup>76</sup>. En tal sentido, resulta gráfico que la antigua descripción del *Código Civil* acerca de los papeles del marido (protección) y de la mujer (obediencia) fuera sustituida por una concepción de colaboración recíproca y fidelidad (art. 131 y s. *Código Civil*).

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 *Código Civil*).

Por otra parte, recientemente se reconoció en favor del cónyuge no propietario, la institución protectora de los bienes familiares, se modificó en favor de la mujer la administración de la sociedad conyugal, se reconoció en caso de divorcio o nulidad del matrimonio la compensación económica

<sup>74</sup> Vid. sobre estos cambios sociológicos: Carla LEHMANN, “Mujer, trabajo y Familia: realidad, percepciones y desafíos. Análisis sobre la base de la encuesta CEP de diciembre 2002”, *CEP Chile, Puntos de referencia*, N° 269, 2003 y Cecilia PÉREZ (Ministra Directora del Servicio Nacional de la Mujer), “Una mirada a la familia y a la mujer” en [http://www.gobiernodechile.cl/discursos/discursos\\_ministrosd.asp?idarticulo=463](http://www.gobiernodechile.cl/discursos/discursos_ministrosd.asp?idarticulo=463), consultado el 4 de abril de 2005.

<sup>75</sup> Luis CLARO SOLAR, “Condición civil de la mujer. Necesidad de la reforma del Código Civil”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XII, Santiago, 1915, p. 217.

<sup>76</sup> Vid. sobre esta evolución legislativa: CLARO Luis, “Proyecto de reforma del Código Civil”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XII, Santiago, 1915, p. 1 y Ramón DOMÍNGUEZ A., “Reforma del Código Civil sobre situación jurídica de la mujer casada. Normas generales y sucesorales”, en *Revista de la Universidad de Concepción*, N° 184, Concepción, 1988, p. 7.

(que beneficia al cónyuge que se dedicó al hogar común y a los hijos) y se mejoró su situación hereditaria como cónyuge sobreviviente.

Sin embargo, subsisten graves atentados al *principio de igualdad* en estas materias. Por una parte, el hombre sigue siendo en el *Código Civil* (art. 1.749) 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 *Código Civil*)<sup>77</sup>. 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<sup>78</sup>.

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

## II. FILIACIÓN

### CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

#### 21. Generalidades

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).

<sup>77</sup> Lamentablemente, ésta y otras discriminaciones continuán sufriendo las mujeres. Vid. Verónica MATUS *et al.*, *Los derechos de la mujer en Chile: un reporte sombra*, Nueva York, Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas, 1999; Betzie JARAMILLO, “Mujeres y discriminación. Nena, qué será de ti”, *La Nación*, Santiago, 10 de abril de 2005. También el completo estudio de Aránzazu NOVALES, *Derecho antidiscriminatorio y género: las premisas invisibles*, Santiago, Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile y Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica de Chile, 2004.

<sup>78</sup> Vid. en este sentido las interesantes conclusiones del estudio del SERNAC, “Publicidad comercial emitida en Chile. Análisis des de la perspectiva de género y consumo”, diciembre 2004, en <http://www.sernac.cl/Contenido/Atach/1198/Publicidad%20y%20Género.Etapa%20II.%202005.pdf>, consultado 15 de abril de 2005.

Es imposible estudiar el derecho de la filiación, afirmaba el tantas veces citado Jean Carbonnier, sin participar en las emociones colectivas que suscita.<sup>79</sup> 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 expone la vulnerabilidad de los niños. Indudablemente, las reglas de filiación persiguen resolver varios problemas que se originan en las relaciones entre padres de 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 aquéllos más aptos "para asegurar la socialización del niño, para impulsarlo hacia adelante, por la autoridad parental y la herencia".<sup>80</sup> ¿Cómo designarlos? La pregunta es importantísima porque una vez designada esta persona mediante las normas de la filiación se produce 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*, dependiente de la *libertad*— 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".<sup>81</sup>

<sup>79</sup> Jean CARBONNIER, *Droit civil, La famille, l'enfant, le couple*, 21ª ed., Paris, PUF, Thémis droit privé, 2002, tome II, p. 198.

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> *Ibid.* (n. 79).

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.

Ahora bien, si examinamos la regulación originaria de la filiación del *Código Civil* (A), podremos identificar, como en el caso del matrimonio, cuánto se oponía a las solemnes declaraciones constitucionales y de los tratados internacionales específicamente aplicable a los menores (B). Veremos que la respuesta del Derecho Civil, para adaptarse a estos principios, ha llegado, pero con bastante retardo, de manera similar a lo ocurrido en materia de matrimonio (C).

#### A. Regulación originaria del *Código Civil*

##### 22. Un modelo discriminatorio (y odioso)

Respecto del establecimiento de la filiación y los derechos entre padres e hijos, el *Código Civil* contemplaba graves discriminaciones arbitrarias entre hijos legítimos, naturales y simplemente ilegítimos (y de dañado ayuntamiento, adulterinos e incestuosos), que podían explicarse por la concepción confesional que el *Código* tenía del matrimonio, pero que tenían un carácter abiertamente contrario al principio de igualdad constitucional y que con el tiempo devinieron en odiosas. Esta regulación original era también coincidente con el desconocimiento casi sistemático del concubinato en la codificación decimonónica.

#### B. Principios constitucionales y tratados internacionales

##### 23. Principio de igualdad y sus aplicaciones en materia de filiación

Como se expuso en otra parte de este estudio, los textos constitucionales reconocían, mucho antes de la dictación del *Código Civil* y su estatuto filiativo discriminatorio, el principio de igualdad.

Asimismo, en esta materia, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, contienen también deberes a cargo de los Estados:

- i) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16 de diciembre de 1966), obliga a los Estados partes, en particular, a asegurar

la igualdad de derechos y la no discriminación entre las personas, incluso por razones de "nacimiento" (arts. 2 N° 1 y 26). Según este tratado internacional, la no discriminación comprende extender igualitariamente las "medidas de protección" a los niños, sin efectuar distinciones por nacimiento (art. 24 N° 1).

- ii) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (19 de diciembre de 1966), incorporado a la legislación chilena en 1989, establece la necesidad de reconocer "medidas de protección" a favor de los niños, sin discriminación alguna (art. 10).
- iii) Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (22 de noviembre de 1969), establece la prohibición de discriminaciones por cualquier motivo, entre ellos el de nacimiento (art. 1° N° 1); la necesidad de que la ley reconozca iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera como a los nacidos dentro del matrimonio (art. 17 N° 5) y la exigencia de que la ley reconozca "medidas de protección" a favor de los niños (art. 19).
- iv) Convención sobre los Derechos del Niño (20 de noviembre de 1989), incorporada a la legislación chilena en 1990, establece la obligación para los Estados de asegurar a cada niño, sin distinción alguna (incluidas distinciones por nacimiento) el respeto de sus derechos (art. 2°); la consideración en todas las decisiones públicas (incluidas las legislativas) del denominado "interés superior del niño" (art. 3 N° 1); el derecho del niño a un nombre, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos (art. 7 N° 1) y el deber de los Estados de respetar el derecho del niño a preservar su identidad y relaciones familiares (art. 8)<sup>82</sup>.

### C. Evolución de las costumbres y del Derecho Civil

#### 24. La lenta evolución social

La lenta evolución social condujo 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 lúcido ensayo de la antropóloga Sonia Montecino, que históricamente una parte importante de la

<sup>82</sup> Para una exposición acabada de las obligaciones impuestas en estos tratados internacionales en relación con el estatuto de filiación, *vid.* el completo trabajo de Gissella López, *Nuevo estatuto de filiación y los derechos esenciales*, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur, 2001, p. 53 y s.

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"<sup>83</sup>. 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*). Desde esta perspectiva, las modificaciones legales en materia de filiación, que se detallan a continuación, no hacen más que reconocer una realidad bastante antigua y bien cimentada en nuestras costumbres.

#### 25. La aún más lenta evolución del Derecho Civil

En materia de filiación el *Código Civil* experimentó importantes modificaciones de su texto, pero tardíamente, a partir del segundo cuarto del siglo XX<sup>84</sup>. En verdad, las discriminaciones entre los hijos fueron progresivamente eliminadas (leyes N° 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° 19.585)<sup>85</sup>.

Esta reforma de la filiación del año 1998 (ley N° 19.585) es coincidente con la tendencia mundial, ya mencionada, de repliegue del Derecho en el ámbito de la familia, cumpliendo con los mencionados tratados interna-

<sup>83</sup> Sonia MONTECINO, *Madres y huachos. Alegorías del mestizaje chileno*, Santiago, Editorial Sudamericana, 1991.

<sup>84</sup> La bibliografía es también abundante. En cuanto a las obras generales *vid.* especialmente: René ABELIEUX M., *La filiación y sus efectos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, 2 tomos; Eduardo COURT, *Nueva ley de filiación*, 2ª ed., Santiago, Editorial Conosur, 2000 y Claudia SCHMIDT y Paulina VELOSO, *La filiación en el nuevo derecho de familia*, Santiago, LexisNexis, 2004. Sobre la reforma de 1998, *vid.* los artículos: BARROS (n. 33), p. 39; Ricardo BERSTEIN, "Las acciones de filiación en el Código Civil chileno", p. 199; Luis BUSTAMANTE, "Las acciones de estado: principios comunes y acciones de reclamación de filiación no matrimonial en el Código Civil reformado", p. 225; Maricruz GÓMEZ DE LA TORRE, "La determinación de la filiación y las técnicas de reproducción humana asistida", p. 185; Claudia SCHMIDT, "Filiación matrimonial y filiación no matrimonial: fundamento y alcance de esta distinción en la nueva legislación", p. 155 y Paulina VELOSO, "Principios fundamentales que inspiran el nuevo estatuto de filiación", p. 19, publicados en AA.VV., *El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil chileno*, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1999.

<sup>85</sup> Un excelente estudio comparativo acerca esta reforma de la filiación y su homóloga (y anterior) argentina en Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, "Lineamiento del régimen de la filiación biológica en Argentina y en la reciente reforma al Código Civil chileno", en AA.VV., *El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil chileno*, Santiago, Universidad de Chile, Fundación Facultad de Derecho, 1999, p. 105.

cionales ratificados por Chile (diez años más tarde de su incorporación a la legislación chilena). Esta reforma intervino 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*)<sup>86</sup>.

## 26. La igualdad en la reforma de la filiación

La modificación de la filiación operada por la ley N° 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° y 19 N° 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 *probatória* y se reduce fundamentalmente a la aplicación de la presunción *pater is est*, que sólo opera plenamente en la filiación matrimonial<sup>87</sup>. En efecto, las diferencias entre estos dos órdenes de filiación se reducen a una cuestión de prueba de la condición 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

<sup>86</sup> Una descripción de la regulación original del *Código Civil* chileno en materia de filiación, y de su posterior evolución, en TAPIA (n. 14), p. 123 y s.

<sup>87</sup> Vid. BARROS (n. 33), p. 42.

"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 éno es acaso desdeñoso? 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:

- i) 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 irrefragable presunción *pater is est* (art. 184 *Código Civil*), cuyas condiciones de aplicación se simplificaron (aunque otorgando una posibilidad más amplia de impugnación, art. 212 *Código Civil*).

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<sup>88</sup>.

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 *repudiación*", considerando como una forma socialmente deseable de establecer la filiación y de asignar el cuidado de los hijos (art. 186 y s. *Código Civil*). 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

<sup>88</sup> Las leyes N° 17.999 y 19.089 perfeccionaron el reconocimiento voluntario, sin variar radicalmente estas reglas.

(como la prueba de ADN) y valorando también la posesión notoria del estado civil e, incluso, prefiriéndola cuando existe contradicción entre tales pruebas (art. 195 y s. *Código Civil*). Además, el legislador estableció una *presunción grave* en contra de quien se niegue injustificadamente a someterse a un peritaje biológico (art. 199 inc. 2° *Código Civil*) y una *presunción judicial* de paternidad contra el concubino de la madre (art. 210 *Código Civil*). 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 *Código Civil*).

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 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 mediotre 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 sólo 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 *Código Civil*). En segundo lugar, se eliminó la exigencia de “antecedentes suficientes” para la interposición de la demanda de reclamación de filiación (derogándose el art. 196 *Código Civil*). 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)<sup>89</sup>.

ii) También se introdujo la igualdad en los derechos y obligaciones personales (*cuidado personal*) y patrimoniales (*patria potestad*), que ahora corresponden a los padres tanto respecto de los hijos matrimoniales como de los no matrimoniales. La *patria potestad* antes se limitaba 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*. 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. 222 *Código Civil*).

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 con la “posición social” del alimentario, fórmula más bien anacrónica y un tanto sesgada que está difícilmente en concordancia con la normas de la Convención de los Derechos del Niño (art. 2°)<sup>90</sup>.

iii) 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 repetía cruelmente que el “hijo natural no tiene abuelos”, pues las normas

<sup>89</sup> 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 artículo 199 bis.

<sup>90</sup> Vid. Paula RECABARREN, “El régimen alimentario. Un análisis a la luz de los derechos fundamentales”, en Claudia Schmidt y María Dora Martinic (dir.) y Bárbara Urrejola (coord.), *Instituciones de derecho de familia*, Santiago, Lexis Nexis, 2004, p. 187.

sucesorias negaban los lazos familiares que efectivamente podían existir en la realidad. En la actualidad, los hijos no matrimoniales pueden heredar de sus abuelos por derecho representación de sus padres (art. 986 *Código Civil*), pueden demandar a sus abuelos alimentos si sus padres carecen de los medios suficientes (art. 232 *Código Civil*), pueden ser cuidados personalmente por el abuelo en carácter de tutor o curador (art. 367), etcétera.

iv) Finalmente, 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.

Originalmente los hijos legítimos excluían totalmente a los naturales. La situación de estos últimos fue mejorada en 1952 (ley N° 10.271), atribuyéndoles la mitad de lo que correspondiera al hijo legítimo<sup>91</sup>. Manuel Somarriva afirmaba (1955) sobre esta reforma que: “no se puede criticar al legislador no haber llegado a la equiparación absoluta de ambas clases de hijos. Podrá ser odiosa la diferencia para el hijo natural, pero ello obedece a fines de gran utilidad social: defender la institución del matrimonio base de la familia y por ende de la sociedad<sup>92</sup>. Pero ya se expuso la evolución que sufrió el Derecho de Familia, que tiende a dejar el diseño de cada modelo de familia a la decisión de los individuos. El derecho “de familia”, pasó en gran medida a ser un derecho “para las personas”, como un instrumento para la realización de sus proyectos.

Por otro lado, como argumento *económico* para defender estas discriminaciones, se sostenía que los hijos legítimos o matrimoniales participaban activamente en la creación del patrimonio familiar y que era lógico, en consecuencia, que aprovecharan de forma preferente sus beneficios. El argumento no podía evidentemente generalizarse, pero aún en los casos en que tal afirmación respondiera a la realidad de la construcción del patrimonio familiar, no debe desconocerse tampoco que son esos mismos hijos legítimos quienes durante la vida de sus padres aprovecharán de mejor forma tales recursos, debiendo contentarse con frecuencia el hijo natural con una exigua pensión de alimentos<sup>93</sup>.

Aunque la cuestión sobrepase los fines de esta exposición, tampoco debe olvidarse que hay un fuerte argumento político para sostener la igualdad sucesoria entre los hijos. En Francia, Jean-Louis Halpérin, a quien se deben

<sup>91</sup> Además, esta ley N° 10.271 confirió a los hijos naturales y a su descendencia legítima la calidad de asignatarios de la cuarta de mejoras.

<sup>92</sup> *Ibid.* (n. 18), p. 371.

<sup>93</sup> En este sentido, los comentarios de René RAMOS, “Análisis crítico de la ley N° 19.585”, en *Revista de la Universidad Austral de Chile*, vol. 10, Valdivia, 1999, p. 125.

profundos estudios sobre esta materia, afirmó en un conocido ensayo histórico que gran parte de las querellas “civiles” de la década que sucedió a la *Revolución* se debieron a los diversos intentos por regular las sucesiones y la condición de los hijos. El propósito político de los *revolucionarios* era evidente: afirmar por la fuerza de la ley una igualdad de los hijos en la sucesión, con el fin de atraer nuevos partidarios a su causa (los hijos perjudicados por las leyes del *Ancien Régime*), e impedir que los padres pudieran utilizar la libertad de testar para sancionar a los “hijos patriotas”<sup>94</sup>. Pueden identificarse algunas similitudes con lo que sucedió en Chile a propósito de la cuestión de los mayorazgos y vinculaciones, y la forma en que los resolvió Andrés Bello. En todo caso, esta reflexión permite concluir que en el presente podía ser conveniente que gobierno democrático apoyara su autoridad declarando solemnemente iguales a los hijos no matrimoniales, que representan cerca de la mitad de los hijos nacidos en la actualidad en Chile. Por lo demás, tales discriminaciones entre hijos también se oponían a normas constitucionales y a tratados vigentes, como ya se mencionó.

En definitiva, la ley N° 19.585 introdujo una igualdad entre los hijos matrimoniales y no matrimoniales en la sucesión del o los padres respecto de los que se estableció legalmente la filiación no matrimonial (art. 988). Así, desaparecen, al menos teóricamente, los órdenes de la *sucesión irregular*. Pero subsisten ciertos órdenes de sucesión “irregular” o “anómalo” respecto del causante que tuvo la calidad de hijo ilegítimo o no matrimonial, pues a su respecto es imposible que concurren en los órdenes de sucesión los ascendientes o colaterales de los que técnicamente carece según su condición jurídica<sup>95</sup>. Aunque, como se dijo, en el presente el hijo no matrimonial queda incorporado en la familia del padre respecto del que se estableció la filiación, y pasa al menos “a tener abuelos”, a los que puede suceder por derecho de representación de sus padres (art. 986 *Código Civil*)<sup>96</sup>.

## 27. Interés superior de los hijos

La reforma de la filiación también se funda en el denominado *interés superior del hijo* (especialmente art. 242 inc. 2° *Código Civil*), principio inspirado en tratados internacionales vigentes (Convención sobre los Derechos del Niño). La expresión es evidentemente valorativa y jerárquica: unos intereses (los del

<sup>94</sup> *Vid.* Jean-Louis HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, Paris, PUF, 1992, p. 93.

<sup>95</sup> Como concluye, Ramón DOMÍNGUEZ A., “Las reformas al derecho sucesoral de la ley 19.585”, *Revista de la Universidad de Concepción*, N° 204, Concepción, 1998, p. 80.

<sup>96</sup> Sobre la reforma de esta ley en materia de igualdad entre hijos matrimoniales y no matrimoniales pueden consultarse los siguientes estudios: DOMÍNGUEZ (n. 95), p. 73; RAMOS (n. 93), p. 125 y Ambrosio RODRÍGUEZ Q., “Cambios relativos a los órdenes de sucesión introducidos por la ley N° 19.585”, en AA.VV., *El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil chileno*, Santiago, Universidad de Chile, Fundación Facultad de Derecho, 1999, p. 89.

niño) priman sobre otros (los de los padres). El afán protector de los niños, de aquéllos que no tienen la suficiente madurez 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 papel 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. 222). 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 *Ilustración* 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 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<sup>97</sup>, 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 *Código Civil*); 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 *Código Civil*); 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 so-

<sup>97</sup> 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.

bre Tribunales de familia)<sup>98</sup>. 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 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 rectores*: el *interés superior del niño* (o adolescente) y su *derecho a ser oído* (ley N° 19.968, en especial art. 16). Después de todo, la principal y permanente amenaza a los intereses de los niños proviene precisamente de la inestabilidad de la relación de sus propios padres.

## 28. 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° 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<sup>99</sup>. 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)<sup>100</sup>.

<sup>98</sup> *Vid.* un análisis de este derecho en la ley chilena y en el Derecho Comparado en Fabiola LATHROP, “El derecho del niño a ser oído”, en Claudia Schmidt y María Dora Martinic (dir.) y Bárbara Urrejola (coord.), *Instituciones de derecho de familia*, Santiago, Lexis Nexis, 2004, p. 144.

<sup>99</sup> *Vid.* sobre esta modificación Hernán CORRAL, *Adopción y filiación adoptiva*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002 y María Dora MARTINIC, “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 María Dora Martinic (coord.), *Nuevas tendencias del Derecho*, Santiago, Lexis Nexis, 2004, p. 83.

<sup>100</sup> 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 debiera ser el libro primero del *Código Civil* y no una ley anexa.

## 29. Conclusión

Las constituciones políticas aseguran a los ciudadanos derechos fundamentales que tienen, al menos teóricamente, incidencia en las relaciones privadas de familia. Describiendo la experiencia del Derecho chileno, la exposición intentó demostrar que la supuesta constitucionalización del Derecho Civil en esta materia –a diferencia de lo que puede ocurrir en materia civil patrimonial– se produciría, al menos en teoría, mediante el publicitado efecto que las declaraciones de derechos fundamentales, contenidas en las constituciones y en algunos tratados internacionales, tendrían en la reforma de las leyes civiles. Tomando como ejemplo las dos instituciones fundamentales del Derecho de Familia, el matrimonio y la filiación, se concluye que el papel de estas declaraciones constitucionales es, más bien, retórico, pues a pesar de su temprana existencia, las leyes civiles no han sido reformadas oportunamente por su efecto, sino tardíamente y por otras causas “sociales” que sólo fueron enunciadas en esta exposición.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABELLEUK M. René, *La filiación y sus efectos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, 2 tomos.
- ALDUNATE Eduardo, “El efecto de irradiación de los derechos fundamentales”, en María Dora Martinic y Mauricio Tapia (dir.), y Sebastián Ríos (col.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, Santiago, Editorial LexisNexis, 2005, tomo 1.
- ALESSANDRI Arturo, *Precedencia del matrimonio civil al matrimonio religioso*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1916.
- ALESSANDRI Arturo, “El Código Civil chileno y sus reformas”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLV, Santiago, 1948.
- BARRIENTOS Javier y Aránzazu NOVALES, *Nuevo derecho matrimonial chileno. Ley N° 19.947: celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad*, Santiago, LexisNexis, 2004.
- BARROS, Enrique, “Tensiones del derecho actual”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXVIII, Santiago, 1991.
- BARROS Enrique, “La ley civil ante las rupturas matrimoniales”, *Revista del Centro de Estudios Públicos*, N° 82, Santiago, 2002.

- BARROS Enrique, “Notas históricas y comparadas sobre el nuevo ordenamiento legal de la filiación”, en autor, *El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil chileno*, Santiago, Universidad de Chile, Fundación Facultad de Derecho, 1999.
- BERSTEIN Ricardo, “Las acciones de filiación en el Código Civil chileno”, en AA.VV., *El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil chileno*, Santiago, Universidad de Chile, Fundación Facultad de Derecho, 1999.
- BRAUNER María Claudia Crespo y Anderson Cavalcante LOBATO, “El nuevo Código Civil brasileño y la constitucionalización del derecho de la familia”, en María Dora Martinic y Mauricio Tapia (dir.), y Sebastián Ríos (col.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, Santiago, Editorial LexisNexis, 2005, 2 tomos.
- BUSTAMANTE Luis, “Las acciones de estado: principios comunes y acciones de reclamación de filiación no matrimonial en el Código Civil reformado”, en AA.VV., *El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil chileno*, Santiago, Universidad de Chile, Fundación Facultad de Derecho, 1999.
- CARBONNIER, Jean, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10ª ed., Paris, LGDJ, 2001.
- CARBONNIER Jean, *Essais sur les lois*, 2ª ed., Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1995.
- CARBONNIER Jean, *Droit civil, La famille, l'enfant, le couple*, 21ª ed., Paris, PUF, Thémis droit privé, 2002, tome II, p. 198.
- CLARO, Luis “Condición civil de la mujer. Necesidad de la reforma del Código Civil”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XII, Santiago, 1915.
- COLOMBO Juan, “Tribunal Constitucional: integración, competencia y sentencia”, en ZÚÑIGA, Francisco (coord.), *Reforma Constitucional*, Santiago, LexisNexis, 2005.
- CORRAL Hernán, *Ley de divorcio: Las razones de un no*, Santiago, Editorial Universidad de Los Andes, 2001.
- CORRAL Hernán, *Adopción y filiación adoptiva*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- CORREA A. Juan Ignacio, “Caso jueza Atala: ¿y el interés de los niños?”, en *Revista Capital*, N° 150, Santiago, 2005.
- COURT Eduardo, *Nueva Ley de Matrimonio Civil N° 19.947 de 2004 analizada y comentada*, Bogotá, Universidad Adolfo Ibáñez-Legis, 2004.
- COURT Eduardo, *Nueva ley de filiación*, 2ª ed., Santiago, Editorial Conosur, 2000.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ Française, *Rénover le droit de la famille: propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Paris, Odile Jacob, La documentation Française, 1999.
- DOMÍNGUEZ A. Ramón, “Aspectos de la constitucionalización del derecho civil chileno”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XCIII, Santiago, 1996.
- DOMÍNGUEZ A. Ramón, “Reforma del Código Civil sobre situación jurídica de la mujer casada. Normas generales y sucesorales”, en *Revista de la Universidad de Concepción*, N° 184, Concepción, 1988.

- DOMÍNGUEZ A. Ramón, "Las reformas al derecho sucesoral de la ley 19.585", *Revista de la Universidad de Concepción*, N° 204, Concepción, 1998.
- FERNANDOIS Arturo, "Efecto vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional: ¿mito o realidad?", en ZÚÑIGA, Francisco (coord.), *Reforma Constitucional*, Santiago, LexisNexis, 2005.
- FERNÁNDEZ Miguel Ángel, "Constitución y autonomía de la voluntad", en María Dora Martinic y Mauricio Tapia (dir.), y Sebastián Ríos (col.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, Santiago, Editorial LexisNexis, 2005, 2 tomos.
- GÉNY, François, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, 1915.
- GÓMEZ Gastón, "La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional. El nuevo Tribunal Constitucional chileno", en ZÚÑIGA, Francisco (coord.), *Reforma Constitucional*, Santiago, LexisNexis, 2005.
- GÓMEZ DE LA TORRE Maricruz, "La determinación de la filiación y las técnicas de reproducción humana asistida", en AA.VV., *El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil chileno*, Santiago, Universidad de Chile, Fundación Facultad de Derecho, 1999.
- GRANET Frédéric, "L'opportunité d'une réforme d'ensemble: convergences et divergences des droits européens de la famille", *Revue Droit de la famille*, vol.??, hors-série, París, diciembre 2000.
- GUZMÁN Alejandro, *El derecho privado constitucional de Chile*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001.
- GUZMÁN Alejandro, *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- HALPERIN Jean-Louis, *L'impossible Code civil*, Paris, PUF, 1992.
- JANA Andrés, "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", en *Los derechos fundamentales*, seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, SELA, 2001, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.
- JANA LINETZKY Andrés y Juan Carlos MARÍN GONZÁLEZ, *Recurso de protección y contratos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.
- JARAMILLO Betzie, "Mujeres y discriminación. Nena, qué será de ti", *La Nación*, Santiago, 10 de abril de 2005.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI Aída, "Codificación y constitucionalización del derecho civil", en María Dora Martinic y Mauricio Tapia (dir.), y Sebastián Ríos (col.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, Santiago, Editorial LexisNexis, 2005, 2 tomos.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI Aída, "Lineamiento del régimen de la filiación biológica en Argentina y en la reciente reforma al Código Civil chileno", en AA.VV., *El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil chileno*, Santiago, Universidad de Chile, Fundación Facultad de Derecho, 1999.
- Autor, *La constitucionalización del derecho chileno*, Universidad Austral de Chile, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

- LATHROP Fabiola, "El derecho del niño a ser oído", en Claudia Schmidt y María Dora Martinic (dir.) y Bárbara Urrejola (coord.), *Instituciones de derecho de familia*, Santiago, Lexis Nexis, 2004.
- 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*, N° 269, 2003.
- LIRA Pedro, *El Código Civil y el nuevo derecho*, Santiago, Imprenta Nascimento, 1944.
- LOPEZ Gissella, *Nuevo estatuto de filiación y los derechos esenciales*, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur, 2001.
- MARTINIC 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 María Dora Martinic (coord.), *Nuevas tendencias del Derecho*, Santiago, Lexis Nexis, 2004.
- MARTINIC María Dora y Mauricio TAPIA (dir.), y Sebastián RÍOS (col.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, Santiago, Editorial LexisNexis, 2005, 2 tomos.
- MARTINIC María Dora y Graciela WEISTEIN, "Nuevas tendencias de las uniones conyugales de hecho", en Claudia Schmidt y María Dora Martinic (dir.) y Bárbara Urrejola (coord.), *Instituciones de derecho de familia*, Santiago, Lexis Nexis, 2004.
- MATUS Verónica et al., *Los derechos de la mujer en Chile: un reporte sombra*, Nueva York, Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas, 1999.
- MONGE Luz, *La liberté de procréer, pouvoir de la femme*, tesis, París, Université Paris II, 2000.
- MONTECINO Sonia, *Madres y huachos. Alegorías del mestizaje chileno*, Santiago, Editorial Sudamericana, 1991.
- MORIN Gaston, *La révolte des faits contre le code*, París, Bernard Grasset éditeur, 1920.
- NAVARRO Enrique, "Constitucionalización del derecho civil", en María Dora Martinic y Mauricio Tapia (dir.), y Sebastián Ríos (col.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, Santiago, Editorial LexisNexis, 2005, 2 tomos.
- NOGUEIRA Humberto, "El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional 2005, de la competencia del Tribunal Constitucional y los efectos de su sentencia", en ZÚÑIGA, Francisco (coord.), *Reforma Constitucional*, Santiago, LexisNexis, 2005.
- NOVALES Aránzazu, *Derecho antidiscriminatorio y género: las premisas invisibles*, Santiago, Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile y Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica de Chile, 2004.
- PAILLAS, Enrique, *El recurso de protección ante el derecho comparado. Una acción en busca de una justicia rápida y eficaz*, Santiago, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 2002.

- PEÑA, Carlos, *Práctica constitucional y derechos fundamentales*, Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1997.
- PÉREZ Cecilia (Ministra Directora del Servicio Nacional de la Mujer), "Una mirada a la familia y a la mujer" en [http://www.gobiernodechile.cl/discursos/discurso\\_ministrosd.asp?idarticulo=463](http://www.gobiernodechile.cl/discursos/discurso_ministrosd.asp?idarticulo=463), consultado el 4 de abril de 2005.
- PINTO, Humberto, *El concubinato y sus efectos jurídicos*, Santiago, Editorial Nascimento, 1942.
- PIZZARRO Carlos, "Los derechos fundamentales y los contratos. Una mirada a la Drittwirkung", en *Gaceta Jurídica*, N° 221, Santiago, 1998.
- RAMÍREZ, Mario, "Comentarios sobre el Proyecto de Ley de Matrimonio Civil", en María Dora Martinic (coord.), *Nuevas tendencias del Derecho*, Santiago, Lexis Nexis, 2004.
- RAMOS René, "Modificaciones introducidas por la ley 18.802 a la capacidad de la mujer casada y al régimen matrimonial chileno", en *Revista de la Universidad de Concepción*, N° 184, Concepción, 1988.
- RAMOS P., René, *Derecho de familia*, 4ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, 2 tomos.
- RAMOS René, "Análisis crítico de la ley N° 19.585", en *Revista de la Universidad Austral de Chile*, vol. 10, Valdivia, 1999.
- RECABARREN Paula, "El régimen alimentario. Un análisis a la luz de los derechos fundamentales", en Claudia Schmidt y María Dora Martinic (dir.) y Bárbara Urrejola (coord.), *Instituciones de derecho de familia*, Santiago, Lexis Nexis, 2004.
- RÍOS Lautaro, "El nuevo Tribunal Constitucional", en ZÚÑIGA, Francisco (coord.), *Reforma Constitucional*, Santiago, LexisNexis, 2005.
- RUPERT, Georges, *Les forces créatrices du droit*, 2ª ed., Paris, LGDJ, 1955.
- RODRÍGUEZ Q. Ambrosio, "Cambios relativos a los órdenes de sucesión introducidos por la ley N° 19.585", en AA.VV., *El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil chileno*, Santiago, Universidad de Chile, Fundación Facultad de Derecho, 1999.
- SAVATIER René, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui (Première série. Panorama des mutations)*, 3ª ed., Paris, Dalloz, 1964.
- SCHMIDT Claudia, "La constitucionalización del derecho de familia", en María Dora Martinic y Mauricio Tapia (dir.), y Sebastián Ríos (col.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, Santiago, Editorial LexisNexis, 2005, 2 tomos.
- SCHMIDT Claudia, "Filiación matrimonial y filiación no matrimonial: fundamento y alcance de esta distinción en la nueva legislación", en AA.VV., *El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil chileno*, Santiago, Universidad de Chile, Fundación Facultad de Derecho, 1999.
- SCHMIDT HOTT Claudia y Gissella LÓPEZ R., "Régimen de participación en los gananciales", en Claudia Schmidt y María Dora Martinic (dir.) y Bárbara Urrejola (coord.), *Instituciones de derecho de familia*, Santiago, Lexis Nexis, 2004.

- SCHMIDT Claudia y Paulina VELOSO, *La filiación en el nuevo derecho de familia*, Santiago, LexisNexis, 2004.
- SERNAC, "Publicidad comercial emitida en Chile. Análisis des de la perspectiva de género y consumo", diciembre 2004, en <http://www.sernac.cl/Contenido/Atach/1198/Publicidad%20y%20Género.Etapa%20II.%202005.pdf>
- SILVA BASCUNÁN Alejandro, "Un siglo de evolución legislativa en lo familiar", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLIX, Santiago, 1952.
- SOMARRIVA Manuel, *Evolución del Código Civil chileno (Homenaje al centenario de su promulgación)*, Santiago, Editorial Nascimento, 1955.
- TAPIA Mauricio, *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- TAPIA Mauricio, "Nulidad y divorcio en el proyecto de nueva Ley de Matrimonio civil", *Revista del Centro de Estudios Públicos*, N° 86, Santiago, 2002.
- TAPIA Mauricio, "Prestaciones pecuniarias entre cónyuges. Compensación económica. Nueva Ley de Matrimonio Civil (ley N° 19.947)", inédito.
- THÉRY Irène, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui: le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Paris, Odile Jacob, La documentation Française, 1998.
- TURNER Susan, "Las prestaciones económicas entre cónyuges divorciados en la Nueva LMC de Matrimonio Civil", en *Revista de la Universidad Austral de Chile*, vol. XVI, Valdivia, 2004.
- VELOSO Paulina, "Principios fundamentales que inspirar el nuevo estatuto de filiación", en AA.VV., *El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil chileno*, Santiago, Universidad de Chile, Fundación Facultad de Derecho, 1999.
- VELOSO Paulina, "Hernán Corral: Ley de divorcio: las razones de un no", *Revista del Centro de Estudios Públicos*, N° 87, Santiago, 2002.
- VERDUGO Mario, Emilio PFEFFER y Humberto NOGUEIRA, *Derecho Constitucional*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- ZÚÑIGA, Francisco (coord.), *Reforma Constitucional*, Santiago, LexisNexis, 2005.