

THOMSON REUTERS

LA LEY

**ESTUDIOS SOBRE
LA NUEVA LEY DE ACUERDO
DE UNIÓN CIVIL**

**GABRIEL HERNÁNDEZ P.
MAURICIO TAPIA R.
COORDINADORES**



THOMSON REUTERS

ACUERDO DE UNIÓN CIVIL:
UNA REVISIÓN DE SU JUSTIFICACIÓN, ORIGEN Y CONTENIDO

MAURICIO TAPIA R.*

El propósito de esta contribución es efectuar algunas reflexiones sobre:
(I) Las funciones de la ley civil frente a los diversos modelos familiares;
(II) La génesis de la Ley N° 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil (AUC), así como sus más sensibles vacíos, y (III) Algunos aspectos específicos de su contenido, en lo que dice relación con la regulación civil de las familias. Como corolario, se mencionará la necesidad de avanzar hacia una ley de matrimonio igualitario¹.

* Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile (mtapia@derecho.uchile.cl).

¹ Esta contribución, en especial su primera parte, se funda en investigaciones y publicaciones anteriores del suscrito, en particular: TAPIA, Mauricio, "Regulación de las convivencias y homosexualidad", en FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo; BARROS BOURIE, Enrique y TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (coords.), *Estudios de Derecho Civil VI. Jornadas nacionales de derecho civil*, Olmué, 2010, Santiago, AbeledoPerrot-LegalPublishing, 2011, pp. 73-82. También en GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz y LEPÍN MOLINA, Cristián, *Parejas homosexuales: ¿Unión civil o matrimonial?*, Santiago, AbeledoPerrot-Thomson Reuters, 2013, pp. 91-102, y "Por una regulación patrimonial sistemática de las convivencias", en GUZMÁN BRITO, Alejandro (ed.), *Colección de estudios de derecho civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvalho*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2008, pp. 243-248. También en las siguientes crónicas: TAPIA, Mauricio, "Es hora de regular la relación patrimonial de las convivencias", *Diario La Tercera*, Ideas y debates, p. 4, 17 de junio de 2009; "La ley y la orientación sexual", *Diario La Tercera*, Ideas y debates, 8 de abril de 2010; "Matrimonio y uniones civiles", *Diario La Tercera*, Ideas y debates, 24 de enero de 2011; "Acuerdo de Vida en Pareja", *Diario La Tercera*, Ideas y debates, 12 de agosto de 2011; "AVP y matrimonio homosexual", *Diario La Tercera*, Ideas y debates, 28 de noviembre de 2012, y "Acuerdo de Unión Civil", "Blog del profesor Mauricio Tapia", 29 de enero de 2015 (en línea: <http://voces.latercera.com/2015/01/29/mauricio-tapia/acuerdo-de-union-civil/>). También en edición impresa, *La Tercera*, 29 de enero de 2015.

I. FUNCIONES DE LA LEY CIVIL FRENTE A LOS DIVERSOS MODELOS FAMILIARES

1. Sin duda que la discusión acerca de la regulación de las convivencias heterosexuales y homosexuales posee un interés que excede a aquellos directamente concernidos, pues integra un debate público que contribuye a trazar los términos de la vida en común. Efectivamente, este debate tiene una relevancia que trasciende a las minorías directamente aludidas, pues plantea la interrogante acerca de qué grado de autonomía una sociedad está dispuesta a reconocer a sus ciudadanos. La pregunta es si la orientación sexual debe ser una cuestión entregada a la libre decisión de las personas, o si el Estado mediante la ley puede dar preferencia a algunas por sobre otras. Como de los vínculos sexuales nacen relaciones estables y descendencia, inevitablemente esta cuestión redunda en la pregunta acerca de cuánto Derecho estamos dispuestos a tolerar en las familias que las personas libremente desean constituir.

2. Las afinidades y las relaciones de pareja están fuera del alcance de las leyes. El derecho no puede modelarlas, pero sí regular sus consecuencias externas y resolver los problemas que genera el fracaso familiar. No se puede obligar a las personas a seguir queriéndose, pero sí a ser razonables durante y al fin de su relación.

Así, es una falacia sostener que la fragilidad de los vínculos es fruto de la liberalización de las leyes. Sin duda que los vínculos afectivos son más efímeros en la actualidad, pero eso se debe a que las costumbres mutaron.

3. En efecto, es cierto que las personas prefieren tarde o temprano compartir sus vidas, formar una familia y entrar, mediante los hijos, en un futuro que la condición humana impide alcanzar. Pero el carácter de la mayoría de esos vínculos difiere de aquellos que justificaron la actual regulación matrimonial. Hoy las personas deciden compartir sus vidas, pero con grados crecientes de libertad. Desean vivir juntas, pero mantener independencia para desarrollar proyectos y administrar sus bienes. Viven en pareja porque quieren y no porque se sientan socialmente forzados².

² El último censo nacional (2012) debía servir como diagnóstico actualizado de la amplitud del fenómeno de las convivencias en Chile. Lamentablemente, la ineptitud con la que fue

Por ello, frente al fracaso, prefieren la sinceridad de una separación y no la hipocresía de un matrimonio de apariencias. La misma diversidad actual lleva a reconocer que una familia existe con independencia de la orientación sexual de sus integrantes y que todos pueden recurrir a la procreación asistida y a la adopción. Sin duda que junto a estas nuevas formas familiares coexiste otra más tradicional, modelo que inspiró la actual regulación matrimonial.

4. La ley no puede, como se indicó, alterar esta diversidad familiar, pero sí puede y debe otorgarles a todos una regulación adaptada. Todos los modelos de relación de pareja ameritan una regulación adecuada, porque la ley civil es un instrumento de tolerancia y de justicia, y no de imposición de convicciones morales³.

Para lograr este fin, las soluciones se pueden resumir en dos: abrir, volver funcional y liberalizar el matrimonio (volveré sobre esto al término), o crear figuras alternativas de reconocimiento de las convivencias. El primer camino es preferible, pues evita discriminaciones (abriendo el matrimonio a las parejas homosexuales), otorga regulaciones patrimoniales funcionales y simplifica la formalización del quiebre. La segunda solución obliga a crear figuras contractuales híbridas e imperfectas (pues sólo regulan algunos aspectos patrimoniales), constituyendo necesariamente un vínculo con menos derechos y menos protección⁴.

llevado a cabo lo impidió. Datos anteriores permiten percibir la extensión del fenómeno: según el *Censo 2002*, un 8,9% de la población declaraba ser conviviente.

³ Sobre la irrupción de una noción de derecho civil atento a la diversidad de formas familiares, una breve contribución en las jornadas de derecho civil del año 2007: Tapia Mauricio, "Del derecho de familia hacia un derecho de las familias", en GUZMÁN BRITO, Alejandro (ed.), *Estudios de Derecho Civil III. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Valparaíso, 2007, Santiago, LegalPublishing, 2008, pp. 159 y ss.

⁴ Un completo análisis de las justificaciones jurídicas, filosóficas y políticas del matrimonio homosexual en: HERNÁNDEZ, Gabriel, "Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo en el estado democrático de derecho", en GUZMÁN BRITO, Alejandro (ed.), *Estudios de Derecho Civil III. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Valparaíso, 2007, Santiago, LegalPublishing, 2008, pp. 177 y ss. En contra, DEL PICÓ, Jorge, "La unión conyugal basada en la diferencia de sexo en la Ley N° 19.947 y los proyectos de reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales en Chile", en Departamento de Derecho Privado de la Universidad

5. Es precisamente la obstinación en mantener el matrimonio inalterado en las leyes, desconociendo la aludida diversidad, la que ha conducido a varios países a la creación de “pactos de unión civil”⁵. El resultado es que las parejas muy probablemente van a preferir de manera creciente la libertad otorgada por estos pactos —mucho más ajustados a sus necesidades, aunque con menos protección y derechos— y no una asfixiante regulación matrimonial⁶⁻⁷.

6. Sin duda que las parejas homosexuales constituyen una minoría a quienes el derecho en la actualidad los privaba de toda forma de reconocimiento. El matrimonio les está vedado, y los reconocimientos aislados que nuestro sistema jurídico contempla (hasta la entrada en vigencia del AUC) sólo beneficiaban, esencialmente, a la “madre de los hijos del difunto”⁸. Una

de Concepción (coord.), *Estudios de derecho civil V, Jornadas nacionales de derecho civil*, Concepción 2009, Santiago, LegalPublishing, 2010, pp. 285 y ss.

⁵ Algunas publicaciones en materia de pactos de unión civil o convenios de convivencia en el derecho nacional: FIGUEROA, Gonzalo, con la colaboración de LLANOS Daniela, “El pacto de convivencia: una alternativa al pacto de matrimonio”, en VARAS, Juan Andrés y TURNER, Susan (coord.), *Estudios de Derecho Civil, Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Valdivia, 2005, Santiago, LexisNexis, 2005, pp. 423 y ss., y TAPIA, Mauricio, “Por una regulación patrimonial sistemática de las convivencias”, *op. cit.*, pp. 243 y ss.

⁶ En este sentido, las interesantes reflexiones de BERNARD, Beignier, “Illusions et espoirs du pacte civil de solidarité”, en *Revue mensuelle Droit de famille* (París), LexisNexis Jurisclasseur, marzo 2010, p. 4.

⁷ Las estadísticas en Francia son elocuentes: en el año 2009 el 95% de los pactos de unión civil se suscribieron entre un hombre y una mujer (164.689), en el contexto de una alza anual progresiva (94.797 en 2007; 136.582 en 2008). En oposición, la tasa de nupcialidad va en constante baja: 267.198 en 2007; 258.739 en 2008, y 245.151 en 2009. V. sobre las comparaciones entre pactos y matrimonio en Francia: BÉGUIN, Jacques, “Réflexions sur la concurrence entre le mariage et le PACS”, *La semaine juridique* (París), édition générale, N°s. 1-2, 10 de enero de 2011, pp. 6 y ss.

⁸ El derecho nacional reconoce ciertos efectos al concubinato entre un hombre y una mujer: la legislación social declara beneficiaria del seguro de accidentes del trabajo a la “madre de los hijos” del trabajador fallecido, como también ocurre en el caso del seguro de accidentes de circulación; la jurisprudencia nacional ha reconocido una comunidad de bienes o una sociedad de hecho entre concubinos sin vínculos matrimoniales concurrentes y ha concedido en favor de un concubino la indemnización de los daños provocados por la muerte de su conviviente, etcétera. Evidentemente, estos efectos aislados no forman el estatuto orgánico que algunos proyectos de ley en curso estiman indispensable introducir. Un completo catastro de esos reconocimientos, incluyendo aquellos contenidos en algunas políticas públicas, en: AMENÁBAR,

forma eufemística de nombrar a la concubina que ha dado descendencia al causante (utilizado, por ejemplo, para concederle beneficios asistenciales en caso de accidente del trabajo). Los únicos reconocimientos a las parejas homosexuales parecían más bien inspirados en la voluntad de sancionar, que en la de otorgar efectos a tales relaciones de convivencia, como ocurre en caso de violencia intrafamiliar⁹.

7. En la nomenclatura de los estudios sobre la materia, los homosexuales convivientes son de esas uniones de hecho forzadas, que se mantienen al margen de la ley por voluntad de ésta y no por decisión libre de ellos. Y esto marca una diferencia importante con las parejas heterosexuales sin vínculos anteriores, quienes se mantienen al margen del matrimonio por opción o por desinterés.

La cuestión que debía resolverse, entonces, es si esta regulación patrimonial les sería útil (mientras se espera un clima social más favorable para la apertura del matrimonio a las parejas homosexuales, consenso social que ya parece aproximarse).

8. En la materia, es posible concluir que una regulación civil de las uniones heterosexuales y homosexuales es socialmente útil por dos razones esenciales: porque existen problemas pecuniarios que resolver, y porque la regulación les proporcionará una cierta legitimación, que puede inferirse que también persiguen.

9. Como se afirmó, la convivencia heterosexual y la convivencia homosexual desde el momento que se prolongan de manera estable en el tiempo generan similares problemas que el sistema jurídico debe resolver. Es sabido que en la armonía familiar, el derecho civil tiene un papel

Catalina y HARCHA, Carla, *Diagnóstico del reconocimiento jurídico de las uniones de hecho en contraposición a la institución matrimonial*, Santiago, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2011.

⁹ Me refiero al fallo de la Corte de Apelaciones de La Serena (2007) que concluye que “el concepto de conviviente incluye en forma extensiva a aquel unido a otro en una relación de convivencia homosexual, a quien se considera además como integrante del grupo familiar”, *Ministerio Público con Muñoz*, Corte de La Serena, 8 de enero de 2007, LegalPublishing, N° Legal Publishing: 40951.

casi inexistente. Es en el conflicto o en la tensión, en el quiebre o en la muerte, donde las personas resultan incapaces de resolver espontáneamente tales conflictos, y el derecho debe intervenir. En verdad, la causa del conflicto no es la convivencia sino la congruencia de dos factores: la desavenencia y la propiedad. Es el surgimiento del patrimonio familiar construido por la pareja el que hace emerger la discordia en el quiebre sentimental, y la necesidad de que el derecho intervenga para proteger al comparativamente más desvalido. Es por eso que las parejas jóvenes, o aquellas "inestables", que no han tenido tiempo ni posibilidad de formar un patrimonio, no presentan mayores problemas patrimoniales y el derecho, en general, no las alcanza. La continuidad en el tiempo, la circunstancia que los proyectos compartidos se traduzcan en bienes adquiridos, hace emerger la necesidad del derecho. Evidentemente, existen también importantes cuestiones jurídicas que resolver cuando hay descendencia, aunque ellas se resuelven por las reglas de la filiación (cuidado personal y relación directa y regular), que actúan con independencia de si existe vínculo formal entre los padres.

10. En efecto, durante la vida armoniosa de la pareja, bien poco puede contribuir el derecho civil. Dependiendo de las alternativas que se sigan para regular estas relaciones, probablemente éste contribuye a clarificar, frente a terceros, a si es necesario el consentimiento de ambos para la enajenación o gravamen de un bien adquirido durante la convivencia, o definir, frente a la muerte de uno de ellos, los derechos que le asistan al otro. En este último caso, resulta también particularmente relevante —sobre todo considerando los niveles económicos nacionales— los beneficios asistenciales (previsionales, seguros por accidentes, etc.) que pueda reclamar el conviviente sobreviviente.

11. En la ruptura por desavenencia, en cambio, se presentan los mayores inconvenientes. En primer lugar, después de años de formación del patrimonio familiar, en el que ambos han contribuido, se genera la interrogante si debe permitirse que uno de ellos parta con los bienes porque él consta como titular, o si, por el contrario, es justo que el otro reciba una compensación por sus esfuerzos en la formación de ese patrimonio, aun cuando su trabajo no haya redundado en una contribución pecuniaria. Tal como ocurre en algunos matrimonios, resulta injusto que quien ha trabajado remunera-

damente, o en el hogar, pierda toda protección económica al momento del quiebre, y quede en una situación desvalida.

12. Tal situación resulta injusta, y el derecho privado tiene por vocación resolver problemas de injusticia, sobre todo patrimonial, en las relaciones interpersonales que deriven de vínculos de relaciones estables. La situación en que se encuentra ese conviviente "pobre", luego de una relación estable y continua, es del todo análogo, en lo que interesa al Derecho, a aquella del cónyuge desvalido económicamente luego de la ruptura. Tales situaciones se resuelven en el derecho civil mediante las disposiciones que regulan los regímenes patrimoniales (en el caso de la sociedad conyugal y la participación en los gananciales) y, más recientemente, por medio de la institución de la compensación económica.

13. En segundo lugar, como se expuso, es necesario destacar que en los casos de desavenencia los instrumentos del derecho civil patrimonial resultan insuficientes para resolver estos problemas pecuniarios entre los que fueron convivientes. La práctica muestra que las herramientas actuales del derecho civil y de la jurisprudencia (a la que majaderamente se aludió como forma de evitar el AUC), son soluciones fragmentarias que no resuelven íntegramente los problemas aludidos, dejando en una situación desvalida al conviviente "pobre".

14. Desde otra perspectiva, una regulación patrimonial de las convivencias resulta conveniente por el simbolismo que envuelve la ritualización jurídica de las convivencias. Es sabido que el matrimonio es una unión convertida en rito civil, y también religioso para la mayoría de las confesiones. Es cierto que la regulación patrimonial de las convivencias no equivale a abrir el matrimonio a estas parejas, pero también es cierto que cuando ese reconocimiento se materializa mediante la suscripción de un acuerdo, y ante el oficial civil, un ritualismo similar al del matrimonio surge. Prueba de ello son las ceremonias que se crearon en la mayoría de los países que han reconocido pactos de unión civil. Y esto no es baladí, pues para ese sector de la población, privado del matrimonio como se ha venido diciendo, la creación de un rito que demuestre a la comunidad un nuevo estado de unión tiene una dosis de simbolismo, reconocimiento y legitimación incluso más relevante que las protecciones económicas para

la cual se crearon. De ahí la importancia que intervenga en su celebración el Registro Civil e Identificación.

15. Sin duda que podrá criticarse el buscar un símil con el matrimonio, que para algunos tiene una connotación sacramental que va más allá del contrato que establece la ley civil. Pero pareciera que el costo de herir algunas susceptibilidades es sustancialmente inferior al beneficio social que significa contribuir al reconocimiento de los proyectos de vida de un sector de la población, mediante la simbólica suscripción de un pacto¹⁰.

II. GÉNESIS DEL AUC Y SUS MÁS SENSIBLES VACÍOS

16. El proyecto de ley de Acuerdo de Unión Civil (AUC), presentado en 2011, constituye el último de varios intentos legislativos en la materia, que venían discutiéndose desde 2003. Más de 10 años de discusión respecto de una institución que en sistemas comparados existe desde la década de los 90.

El retraso no debería, en principio, impresionar. Todas las reformas en materia de familia son tributarias de las costumbres, esto es, las leyes se reforman cuando los modelos familiares mutan. Lo que sí extraña es que esa evolución de las costumbres y ese consenso social en Chile parecen existir desde hace mucho tiempo (cerca de una década), como lo prueban las encuestas y la circunstancia de que los candidatos que han llegado a la Presidencia en los últimos tres períodos lo han incluido en sus programas de gobierno.

¹⁰ Tal vez en este sentido sea ilustrativa la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos, de 24 de junio de 2010 (Schalk y Kopf/Austria), que concluye que si bien existe un consenso creciente a favor del reconocimiento de las parejas del mismo sexo, los estados miembros de la Unión Europea son libres de apreciar el momento en el cual introducir un cambio legislativo de esta naturaleza. En otros términos, no violaría la *Convención europea de derechos humanos* el negar acceso al matrimonio a las parejas homosexuales o asignarles otra regulación. Si bien lógicamente impecable en su razonamiento, el fallo elude el problema de fondo, esto es, si tal medida es discriminatoria. De todas formas, este precedente, en lo que importa para este análisis, no obliga a los estados miembros de la Unión Europea a avanzar desde un pacto de unión civil a un matrimonio homosexual. V. En este sentido, el interesante análisis de Hugues Fulchiron, "La CEDH n'impose pas l'ouverture du mariage aux couples de même sexe", *La semaine juridique* (París), édition générale, N° 41, 11 de octubre de 2010, pp. 1899 y ss.

En un instante donde nuestros vecinos –países de similares costumbres a las nuestras y de similar evolución–, han discutido y aprobado leyes de matrimonio igualitario, y en un contexto nacional donde todo indica que existe una mayoría favorable en tal sentido, recién aprobamos el AUC.

17. Ahora bien, por una peculiar reunión de circunstancias, a diferencia de otros países, esta ley, en su redacción final, parece envolver un acuerdo más bien idéntico al matrimonio, incluso mejorado en algunos aspectos, pero que prescinde de la situación de los hijos. Es un matrimonio corregido, pero sin hijos.

La explicación es simple: a un sector político (progresista) le interesaba que el AUC fuese contundente en derechos para las parejas, mientras que a otro sector (conservador) le interesaba sobre todo postergar la discusión acerca del matrimonio igualitario con todas sus letras. A unos y a otros, a fin de cuentas, les inquietaba la idea de abrir enfrentamientos con las eficaces Iglesias y con los poderes fácticos más devotos. Por eso, se mejoró sustantivamente el proyecto original, pero se excluyeron a los hijos y no se dice que es matrimonio.

Revisemos brevemente cómo se llegó a este estado de cosas.

18. *Primer paso.* El primer gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet llevó adelante discusiones y estudios para redactar y presentar un proyecto de ley sobre pacto de unión civil, tomando también en consideración mociones presentadas desde 2003. Finalmente, el proyecto no se presentó como mensaje presidencial, sino por moción de algunos diputados, cuestión que lo hacía inviable porque contenía materias que sólo el Ejecutivo podía proponer al Congreso según la Constitución (cuestiones previsionales y vinculadas al Registro Civil). Se trataba, en todo caso, de un modelo de contrato simplificado, que se circunscribía a las relaciones patrimoniales de las parejas, prescindiendo de aspectos familiares y de sucesiones, conforme a lo que se había propuesto en el mismo programa de ese gobierno.

19. *Segundo Paso.* Anunciado de manera destacada en su programa presidencial, el gobierno del Presidente Sebastián Piñera presentó en agosto de 2011 el proyecto de AUC. A diferencia del anterior, este proyecto, a pesar de sus graves imperfecciones, sí incluía una referencia accidental

a vínculos familiares y algunos derechos sucesorios disminuidos y condicionales. El proyecto recibió la tenaz resistencia de los sectores más conservadores de ese gobierno desde el primer día, y prueba de ello es que la versión anunciada públicamente en Santiago en la Moneda, a diferencia de la presentada unos días después en el Congreso en Valparaíso, sí contenía compensación económica a favor del conviviente que se dedicara al hogar y a los hijos. ¡La compensación económica de seguro se nos quedó en Casablanca!

Luego de ello, la Comisión de Constitución del Senado decidió abrir interminables sesiones públicas para escuchar a todos los actores, donde se oyeron defensas al proyecto, pero sobre todo se vieron sotanas y se presenciaron invocaciones al sagrado sacramento del matrimonio. Asimismo, esa Comisión decidió refundir ese proyecto con uno que había presentado el Senador Andrés Allamand, que iba en un sentido similar. Después de eso, el proyecto entró en un letargo que sólo se suspendió en las postrimerías de ese gobierno.

Como sea, este proyecto de AUC, en su versión original, era débil en derechos y bastante imperfecto. Se trataba de un contrato que pretendía ser sólo patrimonial, del que no derivaría estado civil, pero que paradójicamente daría reconocimiento a una "vida afectiva común". Intentaba proteger patrimonialmente a sus integrantes, pero reconocía una comunidad de bienes tan débil y derechos hereditarios tan disminuidos, que en verdad no lo hacía. Formalizaba supuestamente una relación de afecto, respeto y ayuda mutua, pero sus formas de terminación mostraban tal falta de consideración por el otro, que es dudoso que fueran consistentes con la dignidad humana. Envolvía un reconocimiento de las "diversas formas de familia" (en palabras del ex Presidente), pero la solución de los conflictos que se generaran quedaba entregada a tribunales cuya competencia esencial son los juicios de cobros y los problemas contractuales.

20. Tercer paso. La reunión de circunstancias peculiares que mencioné hizo que ese proyecto cambiara abruptamente el 2014, por un consenso "espontáneo" de fuerzas políticas (salvo la derecha más conservadora). Así, el proyecto que finalmente fue aprobado sí genera estado civil, sí da una protección patrimonial a los convivientes, sí contiene compensación económica, sí concede derechos hereditarios verdaderos, sí regula ade-

cuadamente su formación y parcialmente las causales de término, sí da competencia a los Tribunales de Familia, sí contiene derechos previsionales adecuados, etcétera.

Incluso, y salvo algunas cuestiones puntuales, podría considerarse que para las parejas que no quieran, no puedan o no piensen todavía tener hijos, es un contrato más atractivo que el matrimonio: tiene igual simbolismo en su celebración; posee una protección patrimonial que prescinde de las odiosas discriminaciones de la sociedad conyugal; no establece deberes personales (cohabitación, fidelidad, etcétera) que pueden estimarse éticos y lesivos de la intimidad de la pareja; por lo mismo, no envuelve la negativa institución del divorcio culposos; se disuelve por un divorcio de mutuo acuerdo o unilateral mucho más simplificado que el del matrimonio, etcétera.

Todo ello sin contar con el bochornoso cambio de nombre de PUC a AUC, producto del efectivo *lobby* del rector de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Pero el grave problema, ya lo dije, es que constituye un matrimonio egoísta, que hace abstracción de una realidad humana: las personas no sólo deciden vivir juntas para compartir sus días, sino también para proyectar ese afecto a través de los hijos, ya sean biológicos o adoptados. Salvo un par de referencias (como la presunción de paternidad o una regla subsidiaria, excepcional y mal redactada en materia de cuidado personal), el AUC no produce efectos ni regula la descendencia, no se pronuncia sobre los hijos con dos padres o con dos madres, ni abre la posibilidad de la adopción a las parejas homosexuales.

Curioso que cuando unos y otros acentúan el valor de la familia, cuando vemos la realidad de niños abandonados a su (mala) suerte en centros públicos, cuando somos testigos de la preocupante baja en la tasa de natalidad, cuando conocemos los conflictos a que expone una mala regulación en materia de custodia de los hijos, se legisle cerrando los ojos a esa realidad.

El AUC es un matrimonio en parte mejorado, pero sin hijos. A algunos les parecerá un avance, y otros respirarán tranquilos que no se llame ma-

rimonio y que no se hable (aún) de adopción homosexual. Pero creo que todos, en el fondo, deberíamos al menos reconocer que ello niega lo que hoy sucede en la realidad y que negar esa realidad traerá más problemas que soluciones.

21. Otro vacío sensible de la ley de AUC es el que afecta a las convivencias de hecho.

Una cuestión que era muy relevante abordar en esta ley se vincula a la situación de las parejas que conviven (que se sostiene que en Chile alcanzan a los 2 millones de personas, aunque no lo sabemos con exactitud por la grave negligencia que se cometió en el Censo 2012) y que por distintas razones no quieren o no pueden acceder al matrimonio, y que no querrán ni siquiera someterse al AUC. Esto es, son convivencias que —como ocurre en todo el mundo— se mantendrán, por las razones que sean, al margen de toda regulación legal.

En principio, es difícil otorgar una regulación a quienes precisamente dan testimonio de que no quieren ninguna regulación. Se atribuye a Napoleón la frase, expresada en el proceso de redacción del Código Civil francés, de que si los convivientes se desinteresan del derecho, el derecho también debe desinteresarse de ellos. No obstante, en caso de ruptura o de muerte de uno de estos convivientes, la práctica muestra que en ese instante el afectado patrimonialmente por la ruptura o el sobreviviente reclama protección legal.

Debe tenerse en cuenta que, como se dijo, algunas leyes de seguridad social otorgan ciertos derechos disminuidos a los convivientes (en particular a la “conviviente” que ha tenido hijos con quien sufre un accidente laboral o de tránsito), y que la jurisprudencia nacional ha reconocido en muchas ocasiones la existencia de una “comunidad de bienes” en tales casos (pero sólo en convivencias heterosexuales), con el fin de proteger patrimonialmente al sobreviviente o al conviviente desfavorecido en términos económicos¹¹.

¹¹ Respecto de este último aspecto, una completa revisión de los fallos en: DONOSO, Florencia y RIOSECO, Andrés, *El concubinato ante la jurisprudencia chilena*, Santiago, LexisNexis, 2007, prólogo de Mauricio Tapia.

Pero se trata de efectos aislados, fragmentarios y que en ningún caso constituyen un "estatuto" para las convivencias. Además, son contrarios al principio de igualdad constitucional, pues están reservados sólo para algunos convivientes (la mujer que ha tenido hijos con el trabajador muerto o con el peatón accidentado), se excluye en términos absolutos a las parejas homosexuales y sólo pueden acceder a ellos quienes tienen los suficientes recursos para llevar adelante con abogados calificados un complejo juicio hasta la Corte Suprema, pues no se cuenta con un texto legal que apoye su petición. Por esto, se trata de un estado de cosas que difícilmente se condice con una sociedad democrática.

Para este universo de convivientes era tal vez aconsejable lo siguiente (lo que lamentablemente no se hizo, a pesar de haber sido sugerido en el proceso de discusión en el Congreso):

a) Introducir una norma en esta ley que dispusiera que una convivencia estable y permanente de dos personas (del mismo sexo o sexo diferente), por un espacio de tiempo determinado (usualmente es entre 3 a 5 años) diera lugar al nacimiento de una comunidad sobre los bienes adquiridos a título oneroso, desde el momento del inicio de la vida en común y hasta su término. Y que, por ello, se diera lugar a la comunidad prescrita en los artículos 2304 y siguientes del Código Civil (o a la comunidad de bienes que se regula en el AUC) y al derecho a solicitar judicialmente su división por partes iguales al término de la convivencia, ya sea por muerte de uno de los convivientes o por ruptura.

b) Que también el conviviente sobreviviente (en caso de parejas de sexo diferente o del mismo sexo), en hipótesis de convivencia estable y permanente, tuviera legitimidad activa para demandar indemnización de perjuicios patrimoniales y morales que se deriven como consecuencia de la muerte o lesiones graves de su pareja por un hecho ilícito de un tercero.

c) Que el conviviente sobreviviente (en caso de parejas de sexo diferente o del mismo sexo), en hipótesis de convivencia estable y permanente, tuviera derecho a que se reconociera judicialmente tal calidad para acceder a todos los beneficios sociales (previsionales y otros) idénticos a los del cónyuge sobreviviente, con independencia de si existen hijos comunes. Me refiero a derechos similares a los establecidos en el AUC.

III. COMENTARIOS ESPECÍFICOS A SU CONTENIDO

22. A continuación se efectuarán algunos comentarios específicos, aunque no exhaustivos, al contenido de la ley de AUC, en aquellas materias vinculadas directamente a la regulación civil familiar:

(i) El AUC es un estatuto que subsistirá aunque se apruebe el matrimonio igualitario

23. Debe tenerse en cuenta que el AUC, aun cuando después se reconozca el matrimonio igualitario, será un contrato que perdurará en el tiempo, al que accederán muchas parejas, que va a generar un estado civil y que, por ello, se transformará en un estatuto permanente. Con ello atiendo a que no podrá derogarse pura y simplemente cuando se adopte el matrimonio igualitario, aunque con el tiempo, y por esa causa, vaya disminuyendo el número de parejas que opten por el AUC. Por ello, esta legislación debía responder al más alto estándar jurídico, a una precisión absoluta en los conceptos, y debía anticipar y regular todo eventual entrecruzamiento con otros cuerpos normativos. En efecto, se trata de una regulación estable de pareja, que regulará familias, dando origen a estados permanentes, a parentesco y estado civil y, por esto, es particularmente sensible y relevante.

Lamentablemente, la ley de AUC, en su redacción final, en mi modesta opinión no cumple ese estándar, por las razones que se expondrán.

(ii) El AUC debía constituir una reforma verdadera al Código Civil

24. El AUC se ideó como una ley autónoma, separada del Código Civil. No obstante, sus normas modificaron o complementaron el Código Civil de manera "indirecta" o "tácita". Esto es, prácticamente todas las modificaciones se hacen "sin tocar" el Código Civil (salvo una que se indicará en materia de cuidado personal), circunstancia que deja a los ciudadanos, a los abogados y a los jueces la difícil tarea de "interpretar" sus disposiciones y determinar cómo se efectúa esa modificación, lo que inevitablemente dará lugar a dificultades y contencioso. Por ejemplo, el artículo 16 declara "legitimario" al conviviente civil, pero no se modificaron los artículos relativos a los legitimarios del Libro III del Código Civil (artículos 1181

y ss.), lo que también ocurre con las normas de atribución preferente del inmueble familiar, sobre parentesco, estado civil, bienes familiares, entre varias otras.

Más allá, era necesario que este contrato de AUC, por ser una regulación de familia, se incorporara íntegramente en el Libro I del Código Civil, que tiene por fin normar estas instituciones, a continuación del Título V que regula el matrimonio. El que permaneciera al margen del Código Civil, que es la constitución civil de las personas, da base a la crítica de ser un “matrimonio” de segundo orden y discriminatorio.

(iii) Otros comentarios específicos

25. *Definición de AUC (art. 1°).* La ley define el AUC como el “contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente”.

a) En primer lugar, por su fuerza simbólica, habría sido conveniente señalar expresamente que se puede celebrar entre dos personas “sean de igual sexo o de sexo distinto”. No obstante, es cierto que la noción de “persona”, según el artículo 55 del Código Civil, comprende a todo individuo de “cualquier sexo”, por lo que técnicamente es correcto que no se efectúe esa aclaración. Indiscutiblemente es un contrato abierto a dos personas (y sólo dos), cualquiera sea su sexo. Con ello, afortunadamente, se desatendieron las insistentes indicaciones y presiones efectuadas por sectores conservadores en el Congreso con miras a restringir este contrato solo para los homosexuales (con el anhelo, no declarado, de alejarlos aún más del matrimonio), lo que habría dado lugar a una nueva discriminación.

En efecto, habría sido muy inadecuado restringir este contrato para que sólo lo celebraran las parejas homosexuales. No existían razones jurídicas que impidieran que el AUC pudiese ser celebrado por personas de igual o distinto sexo. Por el contrario, restringirlo a las parejas homosexuales importaría un atentado al principio de igualdad constitucional (una discriminación arbitraria).

El AUC puede prestar una importante utilidad a las parejas heterosexuales que, por razones de creencias, prácticas o de cualquiera otra índole, no quieran suscribir un contrato matrimonial.

En especial, si se considera que el AUC contiene medidas de protección patrimonial (comunidad, beneficios previsionales y hereditarios), un importante número de parejas heterosexuales podría acceder a esa protección (que hoy sólo se reserva para el matrimonio), lo que redundaría en un innegable beneficio social.

Por lo demás, la experiencia comparada mayoritaria en materia de pactos de unión civil apunta en ese mismo sentido.

El argumento de que abrir el AUC a las parejas heterosexuales "debilitaría el matrimonio", no es más que un prejuicio paternalista y un intento de eludir la corrección de las falencias que actualmente afectan a la regulación matrimonial. En efecto, privar a las personas heterosexuales de la posibilidad de acceder al AUC, para que con ello no disminuya el número de matrimonios, da cuenta de una visión ideológica que menosprecia la libertad humana y la autonomía de cada pareja para decidir qué forma jurídica otorgará a su relación. Al mismo tiempo, esta perspectiva omite explicar por qué las parejas heterosexuales se desinteresan cada vez más del matrimonio, y que dice relación con la naturaleza arcaica y poco ajustada a nuestros tiempos de la regulación civil de ese contrato. Las personas perciben, crecientemente, que el matrimonio es una regulación poco adaptada a las formas de relación de pareja del presente, y eso no se solucionará creando más restricciones legales y "encerrando" a los heterosexuales en el matrimonio.

Para volver nuevamente interesante el matrimonio para las personas —si estimamos que es una institución social benéfica— deberían modernizarse y flexibilizarse sus reglas (por ejemplo, en materia de regímenes patrimoniales y deberes personales), además de abrirse a las parejas homosexuales.

b) En segundo lugar, la definición incorpora una restricción incomprensible al señalar que es un contrato que se celebra entre dos personas que "comparten un hogar", pues al mismo tiempo la ley no establece un deber de cohabitación. Si los convivientes civiles no están obligados a cohabitar,

no se entiende por qué se incorporó esa frase. De todas formas, como no existe tal deber, la ausencia de cohabitación no debería tener efecto jurídico alguno (sobre todo considerando que en el AUC no existe "divorcio por culpa"), salvo lo que se pueda decir acerca de la ayuda mutua que se deben y que se analizará más adelante.

c) En tercer lugar, esta definición señala que su fin es regular jurídicamente la "vida afectiva en común". Aunque es indesmentible que en este contrato subyacen los afectos humanos, éstos escapan al control y a la regulación de la ley. La ley no puede dirigir o regular los afectos, ni la dilución de los afectos tendrá efecto jurídico alguno. La ley sólo puede regular las manifestaciones exteriores del afecto, materializadas en una vida en común. Por ello, habría sido conveniente que se señalara que su fin es regular un "proyecto de vida en común".

Por otra parte, y como los afectos pueden ser de diversa índole, nada impide que el AUC pueda ser suscrito por amigos que deseen formalizar su vida en común.

d) En cuarto lugar, se señala en la definición que la vida afectiva común que regula el AUC debe ser de "carácter estable y permanente". La expresión es usual en sistemas comparados cuando se quiere regular las convivencias de hecho, en las que se exige una cierta continuidad y estabilidad para otorgarle efectos. En el AUC la expresión carece en gran medida de sentido, pues no se exige como condición, evidentemente, que los contrayentes prueben la existencia de tal relación estable y permanente antes de suscribir el AUC. Por el contrario, al menos teórica y potencialmente el AUC es menos estable y permanente que el matrimonio, desde el momento que cuenta con formas expeditas de terminación, sin plazos de cese de la convivencia.

Esto prueba, nuevamente, que la definición está plagada de meras e inexactas declaraciones de intenciones, y en eso también se asemeja a la definición del matrimonio.

26. *Estado civil de "conviviente civil"* (art. 1º). El mismo artículo 1º señala que la suscripción del AUC da nacimiento a un estado civil, que en la ley se denomina "conviviente civil", y da origen, en consecuencia, a

parentesco. Esto no se encontraba en el texto original del proyecto de AUC, pero acertadamente la versión aprobada sí lo contempla.

El estado civil es un atributo de toda persona natural y da cuenta de situaciones permanentes de ese individuo en la sociedad, derivadas de las relaciones de la familia en la que nace y de aquellas que forma en la adultez.

El AUC es una forma de regulación de los efectos jurídicos de una relación de familia, de carácter permanente, por lo que es lógico que deba generar un estado civil y vínculos de parentesco por afinidad con la familia del otro contrayente.

Más aún, la demostración más elocuente de que el AUC genera un estado civil excluyente de otros se encuentra en el impedimento para contraerlo que afecta a quienes se encuentren casados con un tercero. Asimismo, y consistentemente, la ley asigna competencia en la suscripción de estos acuerdos al Registro Civil —que es la institución encargada de mantener las partidas civiles que acreditan el estado civil—.

Negar el carácter de estado civil a la relación que formaliza jurídicamente el AUC hubiese sido, implícitamente, reconocer que existen familias de primera y de segunda categoría, cuestión completamente contraria a la Constitución.

Por lo demás, es la única forma de asegurar la aplicación de normas administrativas y penales vinculadas al parentesco (como restricciones en la contratación por conflicto de interés y agravación de penas por parentesco). En otros términos, si no se hubiese reconocido la calidad de estado civil al vínculo que hace nacer el AUC, se abriría la puerta al fraude a la ley.

No obstante, para la adecuada reforma de las leyes civiles en la materia, habría sido aconsejable que se modificaran expresamente (y no tácitamente) los artículos respectivos del Código Civil sobre parentesco (arts. 31 y 41) y sobre estado civil (arts. 304 y ss.), incorporando al conviviente civil, con el fin de evitar problemas de interpretación y de aplicación.

El dejar el AUC al margen del Código Civil no sólo es una discriminación simbólica, también es una incorrecta y defectuosa técnica legislativa.

27. *Alcance del AUC. Sólo los derechos y deberes que establece la ley de AUC (art. 2°).* El artículo 2° dispone que el AUC generará para los convivientes civiles los derechos y obligaciones que establece esa ley. Esta norma es completamente superflua, por cuanto es del todo evidente que una ley de AUC establece los derechos y obligaciones respectivas para el AUC. Además de innecesaria es una disposición errónea porque, muy probablemente, leyes venideras otorgarán nuevos derechos a los convivientes civiles (sin ir más lejos ya se está discutiendo la posibilidad de otorgar la posibilidad de adopción a los convivientes civiles). La norma constituye un resabio de redacciones que se discutieron en el Congreso para el AUC, que le otorgaban muchos menos derechos a este contrato. En ese contexto, la norma servía esencialmente para distanciar este contrato del matrimonio y para tranquilizar a los sectores más conservadores de que con esta ley no se abría la puerta a la “adopción homosexual”, prevención totalmente inútil porque por más que una ley declare que un contrato sólo genera ciertos derechos, nada impide que otra ley reconozca otros adicionales.

28. *Compromiso actual y no sujeto a modalidades (art. 3°).* Esta norma señala el AUC no se puede sujetar a plazo, condición, modo ni gravamen alguno, ni prometerse su celebración. Al respecto, caben tres comentarios.

En primer lugar, tal como el matrimonio, el AUC es un compromiso actual, por lo que no admite modalidades (plazo, condición o modo), lo que es evidente, pues se trata de un contrato del derecho de las familias y no del mundo de los negocios.

En segundo lugar, es completamente erróneo y ambiguo el que se sostenga en este artículo que el AUC no se puede someter a “gravamen”. El AUC, porque formaliza una relación de familia, escapa completamente a esas figuras del derecho de los contratos patrimoniales y del derecho de bienes.

Por último, no se entiende por qué el AUC no podría prometerse, tal como ocurre en el matrimonio con los esponsales (arts. 98 y siguientes del Código Civil). Si bien los esponsales sólo producen efectos en la “consciencia” de las personas, y no dan derecho a exigir el cumplimiento del contrato ni la indemnización de perjuicios, al menos otorgan el derecho a que se restituyan las cosas donadas a condición de su suscripción y a retener lo recibido como pena por el incumplimiento. No se perciben razones

de por qué en el matrimonio puede existir tal institución y no en el AUC, pues en ambos podrían, al menos en teoría, presentarse tales situaciones.

29. Parentesco por afinidad (art. 4°). Este artículo establece un parentesco por afinidad entre el conviviente civil y los consanguíneos de su pareja, mientras se encuentre vigente.

Tal como dispone el artículo 31 del Código Civil, el parentesco por afinidad es permanente, por lo que debería prolongarse más allá de la separación. La redacción de esta norma establece que sólo perdura mientras se encuentra vigente y permitiría, por ejemplo, que luego de la ruptura un conviviente pueda casarse con el hijo de su pareja. A pesar de que tal circunstancia se hizo presente en la discusión parlamentaria, lamentablemente no se enmendó la redacción de ese artículo.

30. Celebración del AUC (arts. 5° y 6°). Al igual que el matrimonio, el AUC se celebra en el Servicio de Registro Civil e Identificación. No obstante, tiene menos solemnidades, desde el momento que no existe la “manifestación” ni se exige celebrarlo ante testigos.

Este fue uno de los aspectos más debatidos en el Congreso, pues existía la pretensión de los sectores conservadores de que sólo pudiera celebrarse ante Notario Público, de forma de alejarlo de la figura del matrimonio y de impedir que generara un estado civil. Afortunadamente, tal pretensión no triunfó.

31. Capacidad (art. 7°). Los requisitos de la capacidad en el AUC presentan algunas diferencias con los del matrimonio:

a) El matrimonio fija como edad para su celebración los 16 años (art. 5° Nueva Ley de Matrimonio Civil, en adelante “LMC”). No se entiende por qué este contrato de familia (AUC), que envuelve un compromiso de menor entidad en obligaciones y derechos que el matrimonio, exige como mínimo tener 18 años.

b) Por otra parte, tampoco se ven razones para privar a quien no tenga la libre administración de sus bienes de la facultad de celebrar el AUC, pues se trata de un contrato de familia y no de un mero acto patrimonial.

32. *Consentimiento (art. 8°)*. También existen asimetrías, entre el matrimonio y el AUC, en materia de consentimiento:

a) En materia de vicios del consentimiento no se contempla el “error en las cualidades personales”, que sí se contempla en el matrimonio (art. 8° N° 2 LMC), sino solo el error en la identidad del otro contrayente. Nunca he estado de acuerdo con este tipo de error en las cualidades, que está inspirado en el derecho canónico y que envuelve en realidad una causal de divorcio disfrazada de nulidad¹². En mi opinión, esta causal relativa a las “cualidades personales” es pertinente que no se reconociera en el AUC y debería eliminarse en el matrimonio (para mantener la simetría), pues sólo da lugar a conflictos y problemas de interpretación.

b) Por otra parte, en cuanto a la fuerza (letra b del artículo 8°), habría sido pertinente introducir la frase final prevista en el numeral 3° del artículo 8° de la LMC, que aclara el sentido de este vicio del consentimiento en materia familiar, esto es: “ocasionado por una persona o por una circunstancia externa, que hubiere sido determinante para contraer el vínculo”.

33. *Incompatibilidad entre el AUC y el matrimonio (art. 9°)*. Esta norma establece prohibiciones para suscribir el AUC (entre parientes), y también para los que se encuentran ligados por un matrimonio o AUC vigente. Por su parte, el artículo 26 letra c) de la ley establece como causal de disolución del AUC el matrimonio entre los convivientes. Por ello, debe concluirse que quienes están unidos por este contrato de AUC no les está prohibido casarse (entre ellos). En tal caso, el matrimonio genera *ipso facto* la disolución del AUC. A la inversa, no obstante, no se dispone lo mismo.

Esta discriminación carece de sustento, si una pareja decide que prefiere un AUC a su actual matrimonio, por las razones que sean, no vislumbro razones para negarles esa libertad y para declarar que por ello se disuelve *ipso facto* el matrimonio. Habría sido deseable, en consecuencia, que se modificara la LMC (art. 42) para especificar que el matrimonio se disuelve “por celebración de un AUC de los cónyuges entre sí”.

¹² Al respecto: TAPIA, Mauricio, “Nulidad y divorcio en el proyecto de nueva Ley de Matrimonio Civil”, *Revista Estudios Públicos* (Santiago), N° 86 (otoño), 2002, pp. 223-245.

34. *Reconocimiento en Chile de matrimonios igualitarios extranjeros (art. 12).* Si bien no existe aún el matrimonio igualitario en Chile, me parece destacable que a los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero se les otorgue en Chile al menos los efectos que se asignan al AUC. Habría sido una discriminación el que se otorgaran esos efectos a un pacto de unión civil suscrito en el extranjero y no a un matrimonio igualitario suscrito en el extranjero, sobre todo si se le asignarán solo los efectos del AUC.

35. *Deberes personales (art. 14).* Este artículo señala que los convivientes se deben ayuda mutua (esto es, cuidados personales y constantes entre ellos). Me parece que con igual o mayor razón debió también regularse el deber de "socorro", esto es, alimentos. Para ello, debía haberse considerado al conviviente civil como titular del derecho de alimentos, modificando las normas respectivas del Código Civil (arts. 321 y ss.). En efecto, parece a todas luces una discriminación arbitraria que se deba al cónyuge alimentos y que no ocurra lo mismo en el AUC, pues es una obligación con sentido "humanitario" que tiende a proporcionar al desfavorecido patrimonialmente lo necesario al menos para subsistir.

El no reconocimiento expreso del deber de socorro, a favor del conviviente civil que lo requiera, constituye un argumento adicional en apoyo de los que sostienen que el AUC es un matrimonio de segunda categoría, discriminatorio y poco protector.

Por otra parte, el argumento de que el AUC es muy fácil de disolver unilateralmente, y que por ello sería inútil consagrar el deber de socorro, no parece convincente. Más aun, ese argumento esconde una sombría desconfianza en las personas. La exclusión del deber de socorro en el AUC no parece ser sino una concesión a los sectores conservadores.

En mi opinión, y como ésta es una regulación independiente del matrimonio, nada obsta a que por vía jurisprudencial se interprete que al establecer este artículo (luego del deber de ayuda mutua) la obligación de solventar "los gastos generados por su vida en común", de conformidad a sus facultades y al régimen patrimonial, que esto envuelve el deber de socorrer al otro con una pensión de alimentos (o si no se quiere llamar de esa forma, con una ayuda económica periódica). Contribuye a esa confirmación la circunstancia

de que no existe deber de cohabitación en el AUC, por lo que nada impide que la “vida en común” se interprete como el “proyecto de vida en común”, cuestión que permitiría otorgar una pensión alimenticia al conviviente civil que lo requiera, sea que se encuentre viviendo con su pareja o no.

Existe un último argumento adicional para ello. El artículo 17 de la ley de AUC señala que el conviviente puede ser desheredado por alguna de las tres primeras causales del artículo 1208 del Código Civil, entre las que se encuentra la que declara procedente el desheredamiento por “no haberle socorrido en estado de demencia o destitución, pudiendo”. Si el no socorrer a su pareja en esos estados es causal de desheredación, debe sostenerse necesariamente que el otorgarle alimentos no es sólo un imperativo moral sino jurídico.

36. *Comunidad de bienes (art. 15)*. En este artículo se contiene todo el precario sistema de regímenes patrimoniales del AUC, y merece varias observaciones:

a) Esta norma señala que a la comunidad que se forma entre convivientes (que es el régimen optativo) se le aplicará como estatuto las reglas del cuasicontrato de comunidad del Código Civil (arts. 2304 y ss.). No obstante, estas normas son por completo insuficientes e inconvenientes. La misma práctica ha mostrado que dan lugar a innumerables conflictos (por ejemplo, en materia de administración) y, lo que es más importante, se trata de normas patrimoniales que regulan relaciones pecuniarias entre extraños, y no normas de derecho de las familias.

Tal como ocurre en el matrimonio (sociedad conyugal) habría sido deseable que se regulara un estatuto especial para esta comunidad que normara en detalle: bienes que ingresarán, patrimonios que se formarán, facultades de administración y restricciones, administración extraordinaria y reglas de liquidación. Aplicarles el estatuto patrimonial significa un error y podría traer aparejado desprotección para el conviviente de menores recursos y sobre todo para los hijos comunes. Además, significa asignarles un régimen engorroso para administrar y disponer de los bienes, en perjuicio de la libre circulación de los mismos. Tampoco se estableció la obligación de liquidar esta comunidad al momento de pactar la separación total de bienes, lo que también acrecentará los problemas prácticos.

b) Afortunadamente, se establecieron algunas reglas sobre la separación de bienes (como el cambio de régimen) en el último trámite parlamentario. No obstante, no se entiende por qué el régimen supletorio es éste y no la comunidad, como ocurre en el matrimonio. Si bien la idea de régimen supletorio me parece discutible, no se entiende por qué en el AUC se presume que el régimen querido por los convivientes es el sistema egoísta de la separación total y, en el matrimonio, el régimen de comunidad, que expresa la solidaridad familiar.

c) Por otra parte, esta norma también declara aplicable los artículos 141 a 149 del Código Civil (bienes familiares), pero lo correcto habría sido modificar esas normas para incorporar al conviviente civil junto al cónyuge, y así evitar problemas de interpretación.

37. *Derechos hereditarios (art. 16).* Este artículo señala que el conviviente civil es heredero y legitimario de su pareja, y que concurre de la misma forma y con los mismos derechos que el cónyuge sobreviviente. En aplicación de lo anterior, el artículo 19 les extiende el derecho de atribución preferente del inmueble familiar.

Más allá, era deseable que en materia de sucesión testada e intestada se modificaran las normas respectivas del Libro III del Código Civil, pues no parece suficiente una remisión a los artículos respectivos. Ello también puede redundar en problemas de interpretación y aplicación.

Es necesario destacar que los derechos hereditarios concedidos al conviviente civil son probablemente uno de los aportes más relevantes de esta ley. Es necesario destacar que esta fórmula final fue objeto de un arduo debate en el Congreso, pues el proyecto original de AUC sólo establecía derechos hereditarios sujetos a la condición de una cierta duración del contrato, cuestión que era totalmente inaceptable.

En ese contexto, la norma del artículo 18 (que exige que el AUC esté vigente a la fecha de delación de la herencia para la concesión de derechos hereditarios) parece por completo superflua, porque es evidente que solo tendrá derechos hereditarios el conviviente civil y no tiene tal carácter quien ha disuelto con anterioridad el AUC.

38. *Legitimación activa e indemnización de daños por muerte (art. 20).* Esta norma establece la legitimación activa del conviviente civil en caso de muerte o incapacidad de su pareja, para demandar perjuicios al tercero que provocó ese daño. Se trata de una legitimación activa que ya la jurisprudencia ha declarado procedente en caso de convivientes de hecho heterosexuales. La innovación de este artículo es que lo extiende a las parejas homosexuales que contraigan el AUC.

Una cuestión que me parece relevante de destacar es que, en mi opinión, en ningún caso debe entenderse que esta norma excluye la procedencia de la acción del conviviente de hecho que no haya suscrito el AUC respecto del que ha causado la muerte o la incapacidad de su pareja. En efecto, ese derecho, que ha sido reconocido por la jurisprudencia, no puede entenderse en caso alguno derogado por esta norma, que simplemente extiende el beneficio en el sentido indicado.

39. *Competencia de Tribunales de Familia (art. 22).* Esta regla establece la competencia de los Tribunales de Familia, y fue uno de los aspectos que más fue resistido por los sectores conservadores. En algún momento el proyecto de ley establecía una competencia alternativa entre esos tribunales y los Juzgados Civiles, "según corresponda a la cuestión debatida". Era una redacción muy criticable, que se anticipaba produciría innumerables contiendas formales de competencia (porque es enormemente ambiguo e incierto qué correspondería a una y a otra jurisdicción), envolviendo una recarga innecesaria del trabajo de los tribunales. El AUC es un contrato de familia que debía quedar sometido exclusivamente a los Tribunales de Familia. En efecto, son los Tribunales de Familia los únicos órganos del Poder Judicial que cuentan con las herramientas jurídicas, y las provenientes de disciplinas auxiliares, para resolver los problemas familiares.

La redacción final de este artículo sólo excluye la cuestión de la liquidación de la comunidad, sometida en nuestro sistema a arbitraje.

40. *Disolución (art. 26).* Esta regla establece las causales de disolución del AUC y merece varios comentarios:

a) En primer lugar, las formas de disolución voluntaria del AUC son por mutuo acuerdo o voluntad unilateral, sin expresión de causa, por lo que no existe en este contrato, felizmente, la perniciosa figura del "divorcio culpable", que da lugar a la ventilación escandalosa de intimidades ante los tribunales y que por eso está siendo abandonada en el mundo.

b) La disolución por mutuo acuerdo, en caso de que existan hijos comunes, debió ir acompañada de la obligación de adjuntar un acuerdo completo y suficiente (en particular, en beneficio de los hijos), tal como ocurre en el matrimonio (arts. 55 y 21 de la LMC). El interés superior de los niños, y los tratados internacionales en la materia suscritos por Chile, así lo exigían. Es lamentable que no se haya contemplado.

c) Por otra parte, parece totalmente fuera de lugar la sanción de indemnización de perjuicios por falta de notificación en caso de término unilateral. No tiene sentido y dará lugar a un contencioso odioso. Bastaba con hacer obligatoria la comunicación (salvo que la pareja se encontrara desaparecida o se ignorara paradero) y sujetar sus efectos a su materialización.

Más allá, es cierto que este término unilateral así regulado resulta bastante lesivo a la dignidad de las personas, desde el momento que la falta de notificación no afectará el término de la unión, por lo que un conviviente puede ni siquiera enterarse de que su AUC terminó.

41. *Compensación económica (art. 27).* Esta norma acertadamente extiende la compensación económica al AUC. Entre sus causas está el haberse dedicado a los "hijos", cuestión paradójica porque este AUC se ha confeccionado ignorando todas las cuestiones vinculadas a los lazos parentales entre los convivientes y sus hijos. Es una nueva prueba de la necesidad de extender la regulación del AUC a la filiación en una futura reforma.

42. *Efectos del término del AUC (art. 28).* Este artículo señala que el término del AUC pone fin a los derechos y obligaciones que de él derivan. Su sentido es superfluo, desde el momento que es el efecto natural de la disolución. Lo que debió regularse aquí es la terminación y liquidación de la comunidad que pudo existir entre los convivientes, pues en la materia no es suficiente y es inconveniente, como se dijo, la remisión al Código

Civil (normas del cuasicontrato de comunidad). Esto porque las normas del cuasicontrato de comunidad no fueron elaboradas para regular relaciones de familia, sino relaciones patrimoniales entre extraños, y ello provocará probablemente innumerables problemas e injusticias.

43. *Cuidado personal (art. 45)*. Esta norma modifica el artículo 226 del Código Civil (única modificación directa y expresa del Código Civil), para otorgar derechos parciales y completamente excepcionales al conviviente civil en materia de cuidado personal del hijo de su pareja. Esta norma prueba que es imprescindible extender la regulación en la materia al conjunto de derechos y deberes entre padres e hijos (pues el AUC dará lugar a la formación de familias), otorgando en particular los mismos derechos que a los cónyuges en materia de cuidado personal, relación directa y regular y patria potestad, regulando también los vínculos parentales de los hijos con dos padres o dos madres y la adopción por parejas del mismo sexo. El interés superior de los hijos, y los tratados internacionales suscritos por Chile en la materia, así lo imponen.

En todo caso, la norma que introduce la ley de AUC en el inciso 2° artículo 226 del Código Civil adolece de un grave problema de redacción, pues ordena atribuir el cuidado de los hijos (en caso de inhabilidad de ambos padres) “a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes, al cónyuge o al conviviente civil del padre o madre, según corresponda”. Evidentemente, ni el cónyuge ni el conviviente civil en este caso son consanguíneos del hijo, pues si lo fueran tendrían derechos a su cuidado personal en tal carácter (como padre o madre).

44. En fin, la aprobación del AUC consagra un estado de cosas en que las parejas homosexuales seguirán exigiendo el derecho a casarse (por el reconocimiento simbólico que envuelve, pero sin reflexionar muchos sobre la pertinencia de la regulación que representa el matrimonio en la actualidad) y las parejas heterosexuales perseguirán crecientemente la libertad de estos pactos de unión, quedando el matrimonio progresivamente relegado a la condición de regulación civil anticuada y abandonada.

La razón es simple, los pactos de unión civil, más allá del reconocimiento insuficiente de derechos que representan, conjugan los aspectos

más valorados por las parejas en el presente al momento de optar por una regulación de su vida en común: la libertad en su suscripción y término, y la protección patrimonial¹³.

El problema será permanente. Aun cuando después se reconozca el matrimonio igualitario, el AUC será un contrato que perdurará en el tiempo, por las razones que se indicaron.

En definitiva, la pregunta que queda luego de esa constatación, es si todas estas necesidades sociales no se pueden satisfacer con el matrimonio. No con el matrimonio que conocemos, sino con un matrimonio funcional, libertario y protector, que sea una respuesta adecuada para las distintas formas de relación. Después de todo, no es que existan "matrimonios" y "convivencias", pues esas son sólo vestimentas jurídicas. Detrás de esas regulaciones, lo que en verdad existe, y merece atención, son las relaciones afectivas y de pareja, de riqueza irreductible, pero reconducibles a denominadores comunes: como la necesidad de compartir y administrar lo que se adquiere en común, y la protección frente al quiebre o a la muerte.

En respeto del principio de igualdad, resulta imprescindible ahora abocarse a la aprobación de una ley de matrimonio igualitario, que otorgue a todas las parejas, sean de igual o distinto sexo, los mismos derechos, en particular, en materia de adopción y acceso a técnicas de reproducción asistida.

¹³ En este sentido, las interesantes reflexiones de Bernard Beignier, *op. cit.*, p. 4.