

# LOS PRINCIPIOS QUE INFORMAN EL DERECHO DE FAMILIA CHILENO: SU FORMULACIÓN CLÁSICA Y SU REVISIÓN MODERNA

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO\*

**RESUMEN:** La autora aborda la evolución histórica del Derecho privado en general y en materia de familia en especial, y los principios rectores que han informado las profundas transformaciones que ha experimentado el Derecho de Familia. En una segunda parte, encontramos un análisis crítico de los efectos de esta transformación sugiriendo las líneas de orientación de las nuevas reformas que se quieran introducir; ellas están fundamentalmente referidas a la necesidad de desarrollar el mandato constitucional de fortalecimiento de la familia y de recoger el anhelo de bien común que se recoge en la noción de familia, como comunidad primera de individuos.

**Palabras clave:** Derecho de Familia chileno, matrimonio, filiación, bien común.

**ABSTRACT:** The author writes about the historical evolution of Private Law in general and family law in particular. She also elaborates upon the guiding principles that innervate the many deep changes that family law has undergone over the years. The second part of the article is a critical analysis of the effects of such changes, suggesting the different directions of the recent reforms sought to be introduced into Chilean law. These directions are basically referred to the need to strengthen the family, as stated by the Constitution, and to tackle and reach the idea of what is good for the whole society (*bien común*), as included within the concept of family as the first and foremost community of individuals.

**Key Words:** Chilean family law, marriage, parents' rights, the common Good.

## 1 CONSIDERACIONES GENERALES

Constituye una afirmación frecuente en los distintos operadores del Derecho la de que el Derecho Civil es una rama lenta, más aún reacia, a la adaptación. Y si ello puede ser efectivo cuando del Derecho patrimonial en general se trata, no lo es cuando se alude al Derecho de familia. En otros términos si, por un lado, esa afirmación esconde algo de verdad, por otro, también olvida que una de las materias más importantes de esta rama del Derecho no solo ha sufrido numerosas y recurrentes reformas a lo largo del tiempo, sino que incluso bien podría decirse que el Derecho de Familia diseñado por nuestro codificador decimonónico prácticamente hoy no existe o, por lo menos, que ha sido sustituido por otro tan radicalmente distinto que del antiguo ya no quedan sino algunas tenues huellas.

Basta con que aludamos a la situación actual de los antiguos hijos naturales, a la posibilidad actual de amplia investigación de la paternidad y maternidad natural e

---

\* Doctora en Derecho. Profesora Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Chile.

ilegítima –hoy no matrimonial–, al impacto que la igualación de los antiguos hijos legítimos y naturales ha tenido en el clásico principio de la familia legítima que, en opinión de algunos ha desaparecido, a la variedad de regímenes matrimoniales que hoy existen a disposición de los cónyuges, por no citar sino algunas, para que se advierta la efectividad de lo que viene de afirmarse.

Y si todo ello es ostensible para todo el que se haya adentrado en el Derecho de Familia en Chile –aun de forma rápida y superficial– lo curioso, más aún alarmante, de todo este proceso, es que ello no haya sido el producto de una reflexión global y profunda de la doctrina más especializada ni haya generado, posteriormente, esa misma suerte de análisis. En efecto, si se observa la literatura jurídica nacional en materia de familia de los últimos tiempos puede advertirse que, salvo contadas excepciones, la mayor parte de los estudios que la conforman están circunscritos a la revisión de la normativa positiva específicamente introducida en cada caso por la nueva ley que se incorpora al ordenamiento jurídico sin que exista una mirada de conjunto de cómo y en qué términos el Derecho de Familia en general resulta afectado por ella. En otros términos, la pregunta de ¿hacia dónde va nuestro Derecho de Familia? ha pasado más bien inadvertida. Y lo interesante es resaltar que, con ello, nuestro sistema jurídico no ha hecho sino reproducir –en todo– la evolución habida en general en el Derecho comparado continental y latinoamericano.

En efecto, las reformas introducidas progresivamente a esta materia en Chile no son originales ni novedosas, sino repetición de las efectuadas en otros sistemas jurídicos, especialmente en aquellos que tradicionalmente han sido considerados como nuestras fuentes, tales como el Derecho francés y español o de algunos latinoamericanos de evolución más próxima al Derecho europeo como el Derecho argentino y que, en general, pertenecen a un conjunto de reformas que de un modo paulatino han ido sustituyendo o modificando la mayor parte de los pilares clásicos del Derecho de Familia, sobre la base de que ellos no respondían a la familia que en el presente existe en las sociedades occidentales.

En la mayor parte de esos Derechos esas reformas se han efectuado de manera fraccionada, por partes, y el resultado, en muchos casos ha sido una legislación familiar dispersa, llena de vacíos e incluso contradicciones que, en varios casos, ponen a riesgo los principios que pretenden salvaguardar. En otros términos, son muy pocos los sistemas donde las revisiones efectuadas al Derecho de Familia provienen de un estudio global, de conjunto, respecto de las distintas materias que comprende. Y, en lo que más nos interesa, nuestro Derecho parece entonces avanzar por el mismo camino, de suerte que, cada una de las leyes que recientemente se han dictado provienen de iniciativas independientes entre sí, sin que en sus respuestas exista alguna visión o solución de conjunto. Ello adquiere enorme relevancia si observamos que la técnica legislativa adoptada por nuestros actuales legisladores difiere radicalmente de la que nuestro codificador empleó. En tal sentido, las normas que originalmente regulaban el Derecho de Familia y el Derecho sucesorio, en lo que nos interesa, respondían de forma nítida a ciertos principios que el mismo legislador se encargó de resaltar y que, en consecuencia, estaban explícitos en ella. Se trataba de una normativa perfectamente estructurada, característica

que no solo importaba desde un punto de vista teórico, sino fundamentalmente práctico, en el sentido de que la nitidez de su formulación redujo considerablemente los vacíos y los problemas interpretativos.

Por el contrario, la regulación del Derecho de Familia que tenemos en el presente plantea y planteará numerosos problemas provenientes de una técnica legislativa compleja, donde ni siquiera aparece de forma nítida cuáles son los principios en torno a los que se ha construido. Así, por no citar sino un caso, si se analizan las reformas introducidas por la Ley 19.585 de 1998 que suprimió las distinciones entre hijos y su impacto en el tema específico de la tutela a la familia, solo mediante una labor interpretativa, y por lo mismo, de resultados inciertos y discutibles, puede intentar llegarse a alguna conclusión pues ninguna precisión directa se hace al respecto. Como ya se ha resaltado por algún autor, el estudio de esta reforma requiere de la habilidad necesaria para “detectar los valores, factores y elementos que verdaderamente están involucrados en ella, algunos de los cuales pueden yacer ocultos”<sup>1</sup>. Esa observación formulada en el marco concreto de esa nueva ley bien puede aplicarse para todas las precedentes, en el sentido de que esa habilidad necesaria se requiere, en general, para detectar hacia dónde avanza o ha avanzado nuestro Derecho de Familia.

A ese esfuerzo interpretativo entonces estará orientado este trabajo.

## 2 PRINCIPIOS QUE INFORMAN EL DERECHO DE FAMILIA CHILENO: SU PROFUNDA TRANSFORMACIÓN EN EL TIEMPO

Una rápida reseña de la evolución habida hasta el presente en el tema se impone como paso previo a cualquier análisis.

### 2.1 BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN EL DERECHO CHILENO

Así, como toda nuestra doctrina especializada ha resaltado<sup>2</sup>, el Derecho de Familia contenido en la regulación original del Código de Bello se construía sobre la base de los siguientes pilares: a) matrimonio religioso e indisoluble; b) incapacidad relativa de la mujer casada en sociedad conyugal; c) administración unitaria y concentrada en el marido de la sociedad conyugal; d) patria potestad exclusiva del padre quien gozaba de poderes absolutos en su ejercicio; e) filiación legítima, hoy matrimonial, fuertemente favorecida, g) inmutabilidad del régimen patrimonial existente entre los cónyuges. A ellos se ha agregado<sup>3</sup>, mirada evidentemente esa legislación desde la perspectiva presente: h) no reconocimiento jurídico de las familias de hecho, i) no tratamiento jurídico diferenciado de la violencia intrafamiliar y adulterio como figura tipificada discriminatoriamente contra la mujer.

<sup>1</sup> Peñailillo, Las categorías de filiación y la investigación de la paternidad, en *Modificaciones al Código Civil en materia de filiación*. Universidad de Concepción, Concepción, 1999, pp. 8 y 9.

<sup>2</sup> Por todos, vid. RAMOS, *Derecho de familia*, Santiago, 1998, pp. 18 y ss.

<sup>3</sup> Así lo destaca VELOSO, *Nuevos principios del derecho de familia en función, principalmente, de la normativa que emana de los tratados de derechos humanos*, en *Actas del II Congreso chileno de Derecho privado*, Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, vol. XIX, 1998, pp. 36.

Todos ellos han sido modificados, sino del todo por lo menos en parte por sucesivas reformas.

En efecto, el carácter religioso del matrimonio fue alterado por las leyes de matrimonio civil de 10 de enero de 1884 y de Registro Civil de 1885 que lo secularizaron. Su carácter indisoluble también viene de ser reformado al haberse introducido el divorcio vincular por Ley 19.947 de 2004.

La incapacidad relativa de la mujer casada en sociedad conyugal fue derogada al establecerse su plena capacidad por la Ley 18.802 de 1989 normativa que, sumada a los anteriores DL 328 de 1928, Ley 5.521 de 1934, Ley 10.271 de 1952, vino a atenuar considerablemente las facultades de administración del marido en el régimen de sociedad conyugal al establecer numerosas limitaciones en su actuar desde que requiere, para la celebración de los actos más importantes de disposición de los bienes comunes o propios de la mujer, de su autorización.

En cuanto a la patria potestad, ella ha dejado de ser una prerrogativa exclusiva del padre para pasar a ser una compartida con la madre. Todo ello a partir de los mismos textos legales recién referidos a los que debe agregarse el nuevo contenido del art. 244 del Código Civil, en conformidad al cual la patria potestad puede ser ejercida por el padre o la madre o ambos conjuntamente, según acuerden y, solo a falta de acuerdo, ella corresponde al padre. Además, según resulta del art. 245, cuando los padres se encuentran separados, la patria potestad corresponderá al que tenga el cuidado personal del hijo, situación que, atendida nuestra realidad, significa que en esa hipótesis tendrá la patria potestad la madre a quien, por regla general, se le confía ese cuidado personal, en conformidad al art. 225 también reformado.

La protección especial de la familia legítima, como se ha resaltado anteriormente, ha quedado virtualmente suprimida mediante la igualación de los derechos conferidos a los antiguos hijos legítimos y naturales, hoy de los hijos de filiación determinada, esto es matrimoniales y no matrimoniales, finalmente efectuada por la Ley 19.585. Decimos finalmente efectuada por esta ley pues, en verdad, la aproximación de la situación jurídica entre ambos estatutos filiativos se había ido produciendo paulatinamente a través de sucesivas reformas tales como la Ley 5.750 de 1935 que permitió, por primera vez, la investigación de la paternidad y maternidad ilegítima a los solos efectos alimentarios, luego por la Ley 10.271 de 1952 que había mejorado los derechos del hijo natural al permitirle forzar el reconocimiento de su filiación, concederle derechos sucesorios de los que antes carecía tales como ser asignatario de cuarta de mejoras y tener derecho a la sucesión en concurrencia con los hijos legítimos aunque en proporción inferior del que carecían originalmente pues en esa hipótesis eran excluidos de la sucesión. Finalmente, hoy, ninguna distinción existe en cuanto a los efectos de la filiación entre ambas categorías, cualquiera sea su naturaleza, ya consistan estos en derechos y deberes recíprocos, patria potestad, alimentos o derechos sucesorios.

La inmutabilidad del régimen de bienes existente entre los cónyuges también ha resultado alterada en la medida en que, fundamentalmente después de las leyes 18.802 de 1989 y 19.335 de 1994, antes citadas, existen tres regímenes patrimoniales que son los de sociedad conyugal, separación de bienes y participación en los gananciales y que,

en términos generales, pueden ser sustituidos entre ellos libremente durante la vigencia del matrimonio con la única limitación de que, tratándose del régimen de sociedad conyugal, este ha de comenzar forzosamente con el matrimonio. No puede, por tanto, pactarse durante el matrimonio aunque ello tampoco es, en el presente, una regla absoluta pues sufre una excepción cuando los cónyuges contrajeron matrimonio en el extranjero<sup>4</sup>. La elección del régimen de bienes ha quedado entregada entonces a la libre decisión de los cónyuges o, en términos privatistas, a la autonomía de la voluntad, en términos que la mutabilidad caracteriza a esta materia.

Como puede fácilmente constatarse, los pilares clásicos del Derecho de familia han sido, en su mayor parte, sustituidos por otros nuevos –exactamente opuestos– en términos que, en el presente, ellos son: a) matrimonio civil e indisoluble; b) plena capacidad jurídica de ambos cónyuges, cualquiera sea el régimen de bienes existente entre ellos; c) administración del marido de la sociedad conyugal pero sujeta a importantes limitaciones, de suerte que no es absolutamente libre; d) patria potestad y autoridad parental compartida; e) igualdad entre los hijos de filiación determinada; g) mutabilidad del régimen matrimonial existente entre los cónyuges.

Solo subsiste, entonces, de las antiguas características la administración del marido en el régimen de sociedad conyugal aunque sea difícil predecir hasta cuándo, atendida la iniciativa legal en trámite tendiente a sustituir la sociedad conyugal por un nuevo régimen matrimonial que permita a la mujer la administración de sus bienes.

En cuanto a las últimas tres características, agregadas por alguna opinión doctrinal<sup>5</sup> (no reconocimiento jurídico de las familias de hecho, el no tratamiento jurídico diferenciado de la violencia intrafamiliar y el adulterio como figura tipificada discriminatoriamente contra la mujer), solo se mantiene el no reconocimiento jurídico de las familias de hecho, en la medida en que no existe aún ningún tipo de regulación expresa en la materia. Con todo, como se ha sostenido por distintos sectores de la sociedad chilena, ello deba ser matizado pues, algún reconocimiento, al menos indirecto se le habría otorgado a las denominadas “uniones familiares” con la unificación de los estatutos filiativos de los hijos matrimoniales y no matrimoniales.

En cuanto a la violencia intrafamiliar, ella posee en el presente una regulación especial, de suerte que al menos formalmente existe una respuesta expresa del ordenamiento jurídico ante esa dolorosa realidad. Decimos formalmente porque, como bien es sabido, en la práctica, la eficacia que tiene esa regulación es reducida, aspecto, este último, que no es sino una manifestación más de que la regulación jurídica de la familia por sí sola no es apta ni suficiente para hacer desaparecer los problemas que le afectan pues ellos pasan por respuestas económicas y culturales que exceden al ámbito jurídico.

Por último, las discriminaciones que antiguamente existían en materia de adulterio respecto de la mujer han sido borradas en la medida en que los delitos de adulterio y

<sup>4</sup> La excepción viene dada por lo dispuesto en el art. 135 inciso 2 del Código Civil, que permite a los que contrajeron matrimonio en el extranjero pactar el régimen de sociedad conyugal en el acto de inscripción de su matrimonio en el registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago.

<sup>5</sup> VELOSO, *op. cit.*, pp. 36.

amancebamiento, regulados en los arts. 375 a 381 del Código Penal, fueron derogados por la Ley 19.335, de suerte que, en la actualidad, solo existen sanciones civiles para “esa grave infracción al deber de fidelidad” como lo califica el art.132 del Código Civil. Asimismo, esa misma ley, introdujo, en esa disposición, una única definición de adulterio, aplicable a ambos cónyuges, de manera a dejar en claro que se suprimía todo tipo de distinción al respecto como, por lo demás, resulta de su sola lectura: “cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el casado que yace con mujer que no sea su cónyuge”<sup>6</sup>.

En suma, de todo lo anterior, resulta que, solo se mantienen como principios del Derecho de familia chileno: la administración del marido de la sociedad conyugal y el no reconocimiento jurídico de las uniones familiares, aspectos todos cuya permanencia ya ha sido cuestionada por un sector de nuestra doctrina que expresamente aboga por llegar al reconocimiento del principio de igualdad ente los cónyuges en cuanto a sus derechos y deberes tanto respecto del régimen de bienes como de los hijos, reconocimiento jurídico de las uniones de hecho, aspecto que no se agota allí pues incluso se ha propuesto ir hacia un “protagonismo de los principios de no discriminación por razón de sexo o nacimiento”, aspiración que, en parte, ya se encuentra cumplida al haberse suprimido las distinciones en razón de nacimiento que eran las filiativas, pero que todavía deja pendiente “la discriminación por razón de sexo” que, a falta de mayor precisión, debemos entender referida no solo a la igualdad entre varón y mujer sino de las uniones entre personas del mismo sexo.

## 2.2 ESTADO ACTUAL DEL DERECHO DE FAMILIA

De este modo, como puede observarse, el Derecho de Familia en Chile se construye en el presente sobre bases muy distintas a las que lo informaban a la época de la codificación. A esa conclusión meramente descriptiva, corresponde ahora agregar la precisión relativa a las razones o fundamentos que han determinado esa evolución.

### 2.2.1 Líneas rectoras de la evolución

Al respecto, debe resaltarse que las profundas transformaciones operadas en el Derecho de Familia han estado animadas, en general y tal como se ha concluido en otros sistemas, por el afán de asegurar libertad, igualdad y equidad. Esas son las tres grandes líneas rectoras que emergen por doquier y, desde luego, en el nuestro aunque quizás todavía no en la misma extensión que en sistemas como los continentales o en la Common Law desde que la regulación de las uniones de hecho heterosexuales u homosexuales, por ejemplo, son aspectos aun debatidos entre nosotros. Con todo, esas marcas ya están impresas en él.

---

<sup>6</sup> Recordaremos que la fórmula que se contiene hoy en nuestro Código no era la que originalmente consagraba la Ley 19.335 pues tipificaba la conducta del marido como “el varón que yace con mujer que no sea su cónyuge”, con lo cual hasta un hombre soltero cometía adulterio. El texto debió ser corregido por Ley 19.422 de 13 de noviembre de 1995.

### 2.2.2.1 IGUALDAD COMO PRINCIPIO RECTOR

Así, el esfuerzo por garantizar la igualdad, suprimiendo o reduciendo ciertos derechos considerados excesivos a la par que aumentando o creando otros en favor de quienes se estiman discriminados o más débiles en las relaciones que componen la estructura familiar está presente en nuestro Derecho de Familia vigente. A ello obedecen varias líneas de reforma:

a) la progresiva igualación de los derechos de los cónyuges tanto el orden patrimonial como personal que ha supuesto la derogación de la potestad marital, de la incapacidad relativa de la mujer casada en sociedad conyugal, la introducción progresiva de mayores limitaciones a la administración del marido en la sociedad conyugal, visto desde una perspectiva más positiva, la multiplicación de poderes que le han sido concedidos a la mujer casada en ese régimen respecto los bienes comprendidos en la administración de su marido<sup>7</sup>, la supresión de todas las diferencias antiguamente existentes entre los derechos y deberes recíprocos de los cónyuges, de todos los resabios de discriminación respecto de la mujer (por ejemplo, supresión de la facultad del marido para impedir que la mujer ejerciere una profesión u oficio, de las diferencias en el adulterio cometido por la mujer o el marido) y la mejora paulatina de los derechos del cónyuge sobreviviente, hoy legitimario, por ende asignatario forzoso y asignatario de mejora con un derecho de atribución preferencial del hogar común. En otros términos, en el presente la situación de los cónyuges en Chile se encuentra prácticamente igualada salvo dos excepciones de discriminación, una respecto del marido constituida por la institución del patrimonio reservado y la posibilidad de renunciar a los gananciales que tiene la mujer casada en régimen de sociedad conyugal y otra de la mujer consistente en su imposibilidad de administrar los bienes sociales y propios en el mismo tipo de régimen patrimonial; de este modo, el otrora omnímodo poder del marido sobre la mujer ha sido casi abolido.

b) A ella pertenece también la paulatina igualación de los derechos de los padres respecto de sus hijos que, en el hecho, ha supuesto una mejora de la situación jurídica de la madre en cuanto ha atenuado, incluso suprimido, la antigua potestad paternal. En efecto, bien sabemos que por efecto de las reformas introducidas en especial por las leyes 18.802 de 1989 y 19.585 los derechos de ambos progenitores han sido asemejadas, primero, en lo que dice relación con la autoridad respecto de los hijos, dado que los hijos hoy le deben respeto y obediencia a sus padres sin distinción alguna, el cuidado personal toca a ambos si viven juntos y si están separados, si bien el cuidado personal corresponde a la madre, por regla general, existe la posibilidad de acuerdo en orden a conferir ese cuidado al padre. En síntesis la antigua “autoridad paterna” ha desaparecido.

<sup>7</sup> Como ya hemos tenido ocasión de desarrollar, el examen práctico y no solo teórico del estado legal en que queda el real funcionamiento del régimen de sociedad conyugal permite demostrar que la mujer ha adquirido, tras sus sucesivas reformas, una serie de poderes que acercan de un modo importante su situación a la del marido. Este régimen entonces se asemeja cada vez más a la coadministración y se aleja de la existencia de poderes omnímodos del marido con algunas limitaciones como suele caracterizarse. Otra cuestión es que esos poderes sean, en general, desconocidos por las mujeres y, por lo mismo, no ejercidos lo que obedece a causas culturales y no solo jurídicas. Vid. con más detalle nuestro artículo Domínguez, Carmen, “La situación de la mujer casada en el régimen patrimonial chileno: mito o realidad”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 26, N° 1, pp. 87-103.

Lo mismo sucede, en segundo lugar, en cuanto a la patria potestad que, en conformidad al art. 244 del Código Civil puede ser ejercida por uno de los padres o por ambos según lo hayan convenido con las formalidades que el mismo precepto exige y solo a falta de ello corresponde al padre. Esta última regla puede ser alterada por decisión judicial si el interés de hijo lo hace indispensable. En caso de separación de los padres, corresponde a aquel que tenga el cuidado personal de los hijos según dispone el art. 245 del mismo cuerpo legal.

c) Por último, a esta línea de reforma adscribe también la progresiva igualación de los derechos de los hijos. Primero, entre los antiguos hijos legítimos y los naturales, hoy de filiación determinada producida como ya se ha resaltado por sucesivas leyes hasta llegar a la 19.585 que ha terminado por igualar los efectos de esas respectivas filiaciones. Segundo, entre los hijos biológicos y adoptivos, como resulta de la relación del art. 179 inciso 2 del Código Civil con la nueva ley de adopción 19.120, en especial arts. 1 inciso 2 y 37 puesto que, hoy la adopción crea el estado civil de hijo del o de los adoptantes, matrimonial o no matrimonial, dependiendo de si están o no casados, atribuye al adoptado el grado y la relación parental que le corresponde con los demás parientes consanguíneos de los padres adoptivos (el adoptado es nieto de los padres de los adoptantes, hermano de sus hijos, etc.), confiriéndole, en consecuencia los mismos derechos y obligaciones respecto de sus padres y demás parientes que concede la filiación por naturaleza.

#### *2.2.2.2 Libertad: Progresiva extensión de la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho de Familia*

Tradicionalmente se ha afirmado que una gran diferencia entre el Derecho patrimonial y el Derecho de Familia es el ámbito de extensión de la autonomía de la voluntad afirmándose que ese principio básico del Derecho privado recibiría plena e ilimitada vigencia en el ámbito patrimonial, no así en materia de familia donde solo existiría la libertad para celebrar o no un acto pero una vez ejercida la opción en orden ejecutarlo los particulares se encontrarían obligados a someterse al estatuto legalmente impuesto, inderogable para ellas. Las nociones de institución o acto condición y de orden público fundan esa clásica afirmación.

En el presente, no obstante, habida cuenta de las reformas referidas, lo cierto es que ese tipo de afirmación merece ser reformulada o, por lo menos, matizada. En efecto, si bien es cierto que la imperatividad del estatuto familiar no ha desaparecido en cuanto la indisponibilidad del estado de familia, la irrenunciabilidad de los derechos derivados del ejercicio de las potestades atribuidas a los sujetos y la imposibilidad de eludir sus obligaciones siguen siendo características vigentes, la autonomía de la voluntad como ejercicio de la libertad individual ha alcanzado en este ámbito una extensión antes impensable. Como se suele afirmar el Derecho de Familia tiende paulatinamente a contractualizarse en un fenómeno exactamente inverso al que se produce en el Derecho de los contratos que tiende progresivamente a reconocer más límites a la libertad contractual.



Cierto es que, siguiendo a CATALA<sup>8</sup>, las libertades básicas que plantea el Derecho de Familia, tales como la libertad para contraer matrimonio, de celebrar convenciones matrimoniales –entre nosotros capitulaciones matrimoniales– y de disposición a título gratuito han sido siempre garantizadas aun en el modelo de legislación decimonónica. Y, por ello es que, como afirma el mismo autor, este fenómeno no se ha producido de manera brusca. No obstante, el acuerdo de voluntades o aun el respeto por la decisión unilateral tiende a ganar terreno de manera ostensible. El principio de libertad del individuo tiende a formularse sin referencia alguna a la familia y, por lo mismo, a desprenderse de algunas de las trabas que el orden público envuelto en ella le imponen.

Así puede constatarse tras la incorporación de varias reglas o principios: la plena recepción de la mutabilidad de los regímenes patrimoniales a la que hoy se asiste con la sola excepción del régimen de sociedad conyugal que debe nacer con el matrimonio y sin que ello tampoco constituya una regla absoluta (pues tiene una contraexcepción para el caso de los que han contraído matrimonio en el extranjero, según se resaltaba antes,) o las reglas que permiten el acuerdo en materia de cuidado personal de los hijos y patria potestad que venimos de referir.

A ello responde además la reciente reforma que introdujo en Chile el divorcio vincular en todas las modalidades posibles, esto es incluso por cese de la convivencia. Incluso más, el tipo de divorcio que se introdujo es –en esencia– uno unilateral, lo que significa que puede serle impuesto por uno de los cónyuges al otro –incluso por aquel que no ha cumplido con sus deberes matrimoniales– y sin que se requiera fundamentación alguna como no sea el hecho físico de la separación. Incluso más, no existe forma de evitar la disolución del vínculo una vez que uno de los cónyuges así lo ha decidido, dado que el juez no tiene facultad general para denegarlo aun cuando estime que se opone al interés familiar o de los hijos. De este modo, el Derecho tutela la decisión unilateral de poder término al matrimonio, rindiendo con ello culto a la autonomía más absoluta de la libertad.

Y si la tendencia entre nosotros se restringe, por ahora, en esos términos, fuera del Derecho chileno, se expande prácticamente sin límites, mediante la introducción del derecho al divorcio vincular casi considerado como perteneciente a un orden público internacional, del denominado derecho a la libre procreación (que se desarrolla mediante la celebración de nuevos contratos cuyo objeto bien es interrumpir voluntariamente el embarazo o bien crear ese embarazo mediante la inseminación artificial heteróloga), del derecho de los cónyuges para celebrar contratos antes prohibidos por las leyes (contrato de trabajo, de sociedad, de compraventa incluso cuando están casados en un régimen comunitario) en términos que, como bien se ha descrito “el individualismo está en el aire”<sup>9</sup>.

### 2.2.2.3 *La equidad como principio rector*

Como consecuencia de lo anterior, una tercera línea de reforma se observa, en general, tanto en la mayor parte de los sistemas que pertenecen a la familia romano-

<sup>8</sup> CATALA, Rapport de synthèse, en Aspects de l'évolution récente du droit de la famille (Journées turques). Travaux de l'Association Henri Capitant, T.XXXIX, Paris, 1988, pp. 9 y 10.

<sup>9</sup> CATALA, *op. cit.*, p. 9.

germánica y en los del Common Law como en el nuestro en la materia, centrada en la noción de equidad. En efecto, es evidente que la idea misma de libertad puede generar en este ámbito graves consecuencias. En ejemplos propuestos por la doctrina comparada, el desheredamiento del cónyuge sobreviviente puede conducirlo a dejarlo sin subsistencia. Del mismo modo, el régimen de separación de bienes, centrado en la idea de igualdad, puede dejar expuesta a la mujer que se ha dedicado a trabajar en su casa a la absoluta privación de facultades económicas ante una ruptura matrimonial<sup>10</sup>. De ahí entonces que se impongan límites a esa libertad en protección de los más débiles. Ejemplo de ellos son la concepción estricta del desheredamiento que solo procede en casos taxativos y justificados, el establecimiento de variadas causales de separación de bienes en caso de insolvencia, administración fraudulenta, errónea, meramente descuidada o aun solo por especulaciones aventuradas del marido en la sociedad conyugal<sup>11</sup>, el establecimiento de derechos de compensación económica para el cónyuge más débil en caso de divorcio.

En el Derecho chileno esos límites han sido previstos en muchos casos. Con todo, en la práctica, su eficacia está sujeta al conocimiento que de ellos tengan los miembros de la familia, en especial la mujer que es normalmente el cónyuge más débil. La experiencia revela que, lamentablemente, ellos han quedado muchas veces como meras normas de papel, porque su ejercicio requiere de cierta formación cultural en la mujer que le permita tener conciencia de los mismos y ejercerlos en defensa del interés de la familia, esto es que ella quiera ejercer la igualdad matrimonial. La tradición chilena revela que esa conciencia está todavía ausente en la mayor parte de las mujeres. Por otra parte, algunos límites como la compensación económica, por su reciente incorporación, están sujetas a la comprensión y desarrollo que de ellos adquieran los distintos operadores del Derecho. Su utilidad y eficacia futura está ciertamente por descubrirse.

### 3 LOS EFECTOS DE LA TRANSFORMACIÓN: UNA MIRADA CRÍTICA EN PERSPECTIVA FUTURA

La familia entonces puede suponer un conflicto evidente entre los intereses de los que los componen, aún más nítido cuando pensamos que nuestra regulación se centra, porque así viene desde el Código de Napoleón, en la familia nuclear. Y la tendencia ostensible ha sido proteger aquellos intereses que se estiman más justos en cuanto son las personas consideradas más débiles: el interés del menor y del cónyuge sobreviviente.

Desde este modo, el prisma desde el cual se mira a la familia ha variado, centrándose en el presente más en los individuos que la componen que en la entidad familiar misma. Como se ha resaltado, aunque se sigue percibiendo a la familia como un conjunto de individuos unidos por ciertos vínculos, la tendencia legislativa se ha encaminado a regular sus componentes de manera separada y a tratar a los miembros de la familia como seres autónomos e independientes. Ello puede constatarse con la simple revisión

<sup>10</sup> CATALA, *op. cit.*, pp. 11.

<sup>11</sup> Art. 155 del Código Civil

de nuestra normativa más reciente que ha apuntado a regular distintos extremos de la relación familiar –marido, mujer, padre, madre, hijos– dotándolos de derechos y prerrogativas que muchas veces se contraponen a la noción misma de familia como un grupo que está por sobre los individuos. En otros términos, más que mirar al interés familiar que parecía ser un primer criterio de decisión del legislador decimonónico, se enfoca la reglamentación desde la óptica del interés individual de sus integrantes.

Como es evidente, este giro en la mirada legislativa dispensada a la familia plantea varios problemas que la evolución futura del Derecho dedicado a la materia debe tener presente. En tal sentido, nos parecen que ellos deben constituir líneas de reflexión y orientación de las reformas que se quieran introducir.

### 3.1 EL MANDATO CONSTITUCIONAL DE FORTALECIMIENTO DE LA FAMILIA: SU NECESARIO DESARROLLO

Así, una cuestión relevante por simples razones de jerarquía y coherencia normativa, proviene de la contradicción que la mirada centrada en ciertos miembros de la familia tiene con la protección constitucional a la familia, enfocada a la “familia” y, por lo mismo, al grupo familiar más que a los individuos que la componen. El efecto, el art. 1 de la Constitución dispone, en su inciso 2, que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad” y, en su inciso quinto que “es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de esta...”.

Ello puede determinar que el mandato constitucional recién referido pueda quedar como letra muerta. Desde luego, porque fuerza a reforzar la familia y no a debilitarla como puede resultar de la perspectiva actual desde la cual se está mirando a la familia, que corre el peligro quedarse, en muchas ocasiones, en la excepción más que en la regla.

En efecto, el gran problema que presentan todas las reformas ya efectuadas, en tramitación o propuestas, es que son parceladas, en el sentido que tocan materias muy diversas que afectan distintos componentes de la familia y que, si bien es cierto visto desde la perspectiva individual, pueden parecer necesarias, conviene observarlas también desde la óptica familiar. Incluso ellas reflejan, en muchos casos, una concepción errada de la familia, casi como una agrupación de personas que pretenden imponerse unas a otras y cuyo actuar debe quedar, en consecuencia, absolutamente delimitado. En suma, la familia tradicional es mirada como una estructura jerárquica donde el padre y marido imponía e impone sus decisiones sin consideración alguna hacia sus demás miembros y, por ello, es que la ley deba establecer principios de igualdad entre todos ellos de manera a asegurarles el pleno ejercicio y respeto de sus derechos.

Sin perjuicio de reconocer que esa puede haber sido la realidad en algunos casos, parece que una concepción así de la familia no es sino una caricatura del modo en que generalmente se dan las relaciones en una comunidad que está “fundada y vivificada por el amor”, en cuanto comunidad de personas que es. En ella, todos actúan en el interés de los demás y no por imposición a los demás y, en consecuencia, el mejor defensor de los derechos de los hijos y del cónyuge no es el Estado, sino son sus padres o el otro cónyuge.

Ahora bien, esa contradicción manifiesta encuentra ciertos visos de reconducción en reformas recientes que leídas desde la perspectiva de la Constitución permiten sostener que el legislador, aunque sea en puntos específicos, ha advertido que la perspectiva familiar debe ser reforzada.

Así, mediante reforma reciente a la Ley de Matrimonio Civil –Ley n° 19.947 de 2004– ha venido a establecer cuál es la relación entre familia y matrimonio, en una aclaración que hasta poco tiempo (no más de 5 años) parecía innecesaria en la doctrina civil chilena, por obvia. Con todo, ello ha pasado a ser un tema de debate, por un lado, ante la protección que se le otorga en el art. 1 inciso segundo de la Constitución a la familia y, por otro, ante la ausencia en nuestro ordenamiento jurídico de un concepto expreso de familia. La ley entonces establece en el art. 1 inciso 1 que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia”.

Cierto es que la regla así formulada permite sostener dos interpretaciones: bien que con ella ha querido reconocer que el concepto de familia se incardina en el matrimonio; o bien que con ella ha querido reconocer que es la base principal, pero no la única y que, por ende, las uniones no matrimoniales o de hecho también se encontrarían englobadas en el concepto de familia.

En síntesis, bien podríamos sostener que la utilidad de la disposición se disipa ante dos interpretaciones que se anulan. No obstante, creemos que ella igualmente algo contribuye al debate, al menos para dejar zanjado que la noción de familia se incardina preferentemente en el matrimonio y que, por lo mismo, la legislación no puede debilitar su tutela. De este modo, se añaden todavía más razones – y ello por si la de la Constitución no fuese suficiente– para abogar ahora por medidas concretas de tutela de la familia matrimonial.

El segundo aspecto de interés podemos encontrarlo en el art. 2 de la nueva ley de matrimonio civil que reconoce expresamente que el derecho a contraer matrimonio es un derecho inherente a la persona humana, concediendo una verdadera acción popular “para implorar a los tribunales todas las providencias que parezcan convenientes para posibilitar el ejercicio de ese derecho, cuando por acto de particular o de una autoridad, sea negado o restringido arbitrariamente”.

De este modo, se reconoce entre nosotros uno de los tres atributos propios de la denominada, en el Derecho comparado, libertad nupcial que es un principio fundamental de orden público y que comprende el derecho a contraer matrimonio, el derecho a elegir libremente al cónyuge y, por último, el derecho a no contraer matrimonio. Ello constituye, sin lugar a dudas, un refuerzo a la opción por fundar una familia a partir del matrimonio.

### 3.2 FAMILIA Y BIEN COMÚN

Con todo, si los aspectos recién analizados son importantes, ninguna duda cabe que, en el contexto presente y del que se anuncia si seguimos –como hasta ahora ha sucedido– las líneas de evolución del Derecho comparado– el mandato constitucional de fortalecimiento de la familia ha sido desplazado y lo seguirá siendo por el reforzamiento de los derechos individuales de los miembros de la familia.

Ello es impulsado por la influencia de los tratados internacionales que concebidos en la lógica de los derechos humanos tienden a estar centrados en la persona y, por lo mismo, en sus derechos subjetivos. Si ello ha representado un avance en la protección de la persona frente a los actos del Estado, no deja de plantear problemas cuando se aplica ahora a las relaciones entre individuos. Aludimos con ello, a una cuestión sustantiva de honda importancia y relativa a la posibilidad de subsistencia de un orden privado civil frente a la influencia creciente y casi absoluta de los derechos humanos que determina su revisión permanente. Su análisis excedería el tema que nos hemos propuesto estudiar<sup>12</sup>. Con todo, ello lleva a preguntarse en materia de familia, si la proclamación sistemática de los derechos individuales de cada uno de sus miembros puede coexistir con el anhelo de bien común que se recoge en la noción de familia, como comunidad primera de vínculos.

La respuesta siendo vital, dista de ser sencilla. No es sencilla, pues, muchas veces, como puede constatarse en el Derecho comparado, el interés individual se disfraza de interés colectivo (así sucede en tantas decisiones relativas a los menores que fundamentadas en el principio del interés superior del niño no hacen sino reconocer el interés de un adulto).

Es vital no solo por un afán de coherencia sistemática –que ya es importante desde un punto de vista técnico– sino que responde a un anhelo de bien común, que todos queremos, y al que el mandato constitucional no hace sino recoger. El reconocimiento de los derechos individuales y, en este caso de los miembros de la familia, es ciertamente importante. Parecen incuestionables las mejoras introducidas, por ejemplo, en relación a la situación de la mujer cónyuge o mujer madre. Sin embargo, es evidente también que la mirada jurídica desde la sola perspectiva de los derechos individuales conduce inevitablemente a la colisión de derechos y con ello a conflictos sin solución, pues ante el enfrentamiento de dos derechos subjetivos igualmente legítimos ¿cuál de ellos debe prevalecer?

La solución solo puede provenir desde la mirada que otorga el bien común y que permite resolver cuál de esos intereses debe ser preferido. En otros términos, resulta indudable que la solución de esos conflictos requiere de una visión de cómo debe ser la sociedad, en el caso en estudio, de lo que es y debe ser una familia. Una familia no es ni se sostiene en el tiempo en individualismo y libertad de cada uno de sus miembros. Por el contrario, se sostiene en el amor por los demás y, por ende, en el interés colectivo que hace que cada uno de ellos sea capaz de ceder a sus propios deseos en pro de la armonía común, de un modo decidido y declarado. Esa opción es la que anima, en forma formal y exteriorizada a quien elige construir su familia fundada en el matrimonio y que la diferencia de cualquiera otra unión. El Derecho no puede permanecer indiferente a ello, ni puede debilitar esa opción so pena de generar el germen de su propia anarquía. Ello determina la necesidad de dictar normas que propendan hacia el fortalecimiento de la familia o releer las que existen desde esa perspectiva.

<sup>12</sup> Para más detalle y planteada la cuestión de un modo muy sugerente, vid. Lequette, *Recodification civile et prolifération des sources internationales*, en *Le Code Civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Paris, 2004, pp. 191 y ss.

¿Será eso posible? Parece difícil en el contexto de una mentalidad como la posmoderna que exacerba los derechos y tiende a olvidar los deberes, donde la libertad del individuo para hacer prácticamente todo se quiere ilimitada, donde, en materia de familia, la tendencia avanza hacia calificar como tal a cualquier forma de asociación afectiva exigiendo además tutela legal de la misma, donde, en síntesis, el bien común tiene a dispersarse dentro de la colección de derechos subjetivos que se le reconocen al individuo.

Con todo, esa reconducción de la mirada a la familia parece necesaria si se quiere encontrar en el Derecho un verdadero mecanismo de tutela de la misma y, por ende, de las personas que la conforman.

#### 4 CONSIDERACIONES FINALES

En conclusión, parece que, en el afán de proteger algunas realidades o de reaccionar frente algunos problemas que, aunque existentes en nuestro país no son los únicos, por una parte, se descuida la protección del núcleo familiar que todos están contestes constituye el marco ideal para la educación y desarrollo de los hijos y, por otra, se olvida dar respuesta a una serie de otros problemas de la familia que requieren de nuevas soluciones como entre otros acontece con la integración de los discapacitados en el seno familiar o el fomento a la natalidad en un país que experimenta una de las tasas de crecimiento más bajas de Latinoamérica.

En otros términos, resulta imprescindible variar la perspectiva reformista en orden a reforzar, incentivar la familia que es el marco ideal para la formación y desarrollo de los hijos, en vez de construir un Derecho de Familia que es solo reactivo a la crisis familiar, al conflicto familiar.

Las respuestas a todas las cuestiones antes formuladas, como es evidente, excede los límites de un trabajo como este, en cuanto justificarían ampliamente un proyecto de investigación de varios años, de aquí que, en ningún caso, se haya pretendido agotarlas. Más aún, el objetivo último de esta reflexión ha simplemente dejar planteadas algunas interrogantes que, en nuestra opinión, el Derecho chileno está obligado a despejar antes de seguir adelante con la evolución emprendida en materia de familia si quiere estar verdaderamente al servicio la persona, y, por ende, al primer ámbito de desarrollo de la misma.