

**Análisis bajo una perspectiva de género en un plano civilista,  
respecto de la vulneración a las mujeres en las instituciones  
relacionadas al Derecho de Familia.**

Tesina de la carrera de Derecho de la Universidad de Valparaíso

Camila Fredes e Isadora Pavez

Profesora guía: Muriel Sabioncello

*Dedicada a nuestros seres queridos, agradeciendo su amor y paciencia, por jamás dudar de nuestro esfuerzo y capacidad para lograr nuestros objetivos.*

*También, a nuestra profesora guía Muriel Sabioncello, agradeciendo su dedicación, conversaciones y atención prodigada, que llevo al desarrollo de nuestra investigación.*

*Por último, a todas las mujeres, quienes hasta hoy sufrimos de situaciones de vulneración solo en razón de nuestro género.*

*Infinitas gracias.*

## TABLA DE CONTENIDOS

- I. Resumen.
- II. Introducción.
- III. Capítulo I: Desarrollo de la teoría jurídica a nivel nacional e internacional en torno a la igualdad de género.
  - 1. Reseña histórica en relación a hechos relativos a la evolución de la igualdad de género en el ámbito internacional.
  - 2. DEVAW y CEDAW: la incorporación del concepto de igualdad de género a los tratados internacionales.
    - 2.1 Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (DEVAW).
    - 2.2 Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW).
  - 3. Ratificación en Chile.
    - 3.1 Incorporación de la CEDAW.
    - 3.2 Protocolo facultativo de la CEDAW.
    - 3.3 Integración de la visión de igualdad de género al Derecho Civil y Derecho de Familia.
- IV. Capítulo II: Sistematización en relación a instituciones del Derecho de Familia bajo una perspectiva de igualdad de género.

1. Institución de la administración ordinaria de la sociedad conyugal.
  - 1.1 Aspectos discriminatorios del régimen de sociedad conyugal chileno.
  - 1.2 Antecedentes de la tramitación del proyecto de ley sobre modificación del régimen actual de sociedad conyugal.
  
2. Institución de la compensación económica.
  - 2.1 Incorporación de la institución de compensación económica en Chile.
  - 2.2 Aspectos vulneratorios de la cuantificación de la compensación en la aplicación de los tribunales de familia. Análisis jurisprudencial.
  
3. Determinación de la maternidad.
  - 3.1 Análisis de la normativa vigente y su anterior regulación.
  - 3.2 Análisis del respeto al principio de autonomía de la voluntad en la nueva legislación.
  
- V. Conclusiones.
  
- VI. Listado bibliográfico.

## **RESUMEN**

La presente investigación consistirá en un análisis crítico de algunas instituciones del Derecho de Familia, en relación al respeto por la igualdad de género.

El objetivo consistirá en visualizar los parámetros establecidos a nivel internacional a lo largo del tiempo, además de aquellas convenciones relacionadas a esto que se han suscrito por Chile, para garantizar la moderna concepción de igualdad, y de qué forma diversas instituciones, tanto patrimoniales como no patrimoniales del Derecho de Familia, contemplan o no una real adecuación e incorporación de esta perspectiva de género y respeto por la libertad e igualdad de las personas ante la ley.

En razón de ello, se recurrirá al análisis exhaustivo de las instituciones de la sociedad conyugal, compensación económica e incorporando también la forma de determinación de la maternidad en Chile, constatando la ausencia de perspectiva de igualdad de género en variadas aristas de su aplicación.

## **CONCEPTOS CLAVE**

Igualdad de género - Derecho de Familia - sociedad conyugal - compensación económica - determinación de la maternidad.

## INTRODUCCIÓN

Actualmente, a raíz de los cambios que ha experimentado la sociedad humana en lo referente a la idea de igualdad entre las personas y sus derechos, considerando además las constantes reformas que se han dado en diferentes ámbitos de la legislación chilena, abordando incluso a nuestra Constitución, creemos que aún hay variados ámbitos relacionados al Derecho Civil que siguen siendo idénticos a las posturas originales de su creación, incluso en materia doctrinal, lo que es contrario a la idea de la igualdad de derechos entre hombre y la mujer. Asimismo, en el Código Civil se ha visto un cambio casi nulo en sus disposiciones, habiendo un sinnúmero de materias en las que aún se vulnera de forma evidente los derechos de las mujeres, sobre todo en materia de Derecho de familia.

Por lo dicho anteriormente, es importante para nuestro desarrollo como sociedad y el mejor respeto de los derechos de las personas, analizar este fenómeno en cuanto a la lentitud del cambio que se suscita en algunas instituciones relacionadas al Derecho de Familia, como la administración ordinaria de la sociedad conyugal, en la institución de la compensación económica y en lo relativo a la determinación de la maternidad, siendo plausible plantear como hipótesis que bajo una perspectiva de género existe una vulneración a las mujeres en la regulación y aplicación del Derecho de Familia en Chile.

Para cumplir con esta finalidad y que sea un análisis con mayor profundidad, nuestra investigación se dividirá en dos partes, el Capítulo I se centrará primeramente en un desarrollo histórico de la concepción de igualdad de género y su desarrollo jurídico a lo largo del tiempo, haciendo énfasis en sus hitos más importantes en la época moderna para el entendimiento y conceptualización de la igualdad de género. Seguidamente se abordarán tratados internacionales que son base para institucionalizar dicha concepción radicada en un entendimiento acorde a una aplicación fiel de los derechos humanos. Para finalizar con su ratificación en Chile, respecto a la integración de la igualdad de género en el Derecho Civil y, particularmente, en el Derecho de Familia.

A su vez, en el Capítulo II se desarrollará un análisis explicativo de algunas instituciones relacionadas al Derecho de Familia, haciendo alusión a la doctrina que ha surgido en torno a la materia y a la aplicación de la jurisprudencia, para lo que se analizarán ciertos fallos que comprueban la hipótesis en comento. Primeramente, se hará referencia a la institución de la sociedad conyugal, para luego dar énfasis a los aspectos discriminatorios que contiene su actual regulación jurídica. Luego se analizará la compensación económica, mencionando su incorporación en la normativa chilena y una aplicación jurisprudencial que termina siendo perjudicial para las mujeres respecto de su cuantificación económica. Por último, en relación a la determinación de la maternidad, se hará un análisis explicativo de su regulación, según la cual queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil, para luego demostrar que dicha normativa deja a la mujer sin poder de decisión.

Finalmente se realizará la elaboración de una síntesis de las conclusiones inferidas a lo largo del análisis, para demostrar la tesis mencionada anteriormente, respecto a si existe o no una vulneración a las mujeres en las instituciones del Derecho de Familia comprendido en el ordenamiento jurídico chileno.

## **Capítulo I: Desarrollo de la teoría jurídica a nivel nacional e internacional en torno a la igualdad de género.**

### **1. Reseña histórica en relación a hechos relativos a la evolución de la igualdad de género en el ámbito internacional.**

Desde el inicio, con el fin de centrar este análisis, es necesario exponer un par de definiciones que nos podrían ayudar a comprender un poco la perspectiva de igualdad a la cual debiésemos aspirar como sociedad respecto del desarrollo de nuestras instituciones y sistemas. Por género entendemos que es “aquella construcción sociocultural que diferencian y configuran roles, status, percepciones de hombre y mujeres dentro de una sociedad” (Unesco, 2014: p.104). Por su parte, la igualdad de género se ha definido como “la existencia de igualdad de derechos y oportunidades en esferas públicas y privadas, en tanto hombres y mujeres que posibiliten su desarrollo en la vida como quieran” (Ibídem), como “pieza clave del desarrollo sostenible” (Ki moon, 2012: p.6). A su vez, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante, CEDAW), en su artículo 3, establece que “La mujer tiene derecho, en condiciones de igualdad, al goce y la protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil y de cualquier otra índole”, aludiendo directamente a la igualdad de género.

Estas definiciones e ideas nos sirven de base para entender qué igualdad de género se ha adoptado con el paso del tiempo a nivel internacional y en nuestro país, para de esta manera realizar un análisis jurídico pertinente en torno a dilucidar si existe un respeto real de esta perspectiva en nuestro Derecho de Familia, adecuándose a estos criterios.

Ahora bien, cabe señalar que para llegar a esta definición en torno a qué se debe entender por la igualdad de las personas y el planteamiento de la discriminación en torno al género, primeramente, hay que mencionar que es un tema que ha sido ampliamente estudiado y discutido, tanto en la actualidad como en la antigüedad, en diversas áreas del Derecho, como en otras ramas de estudio de la sociedad.

Para comprender esto mejor y entender su desarrollo nos es indispensable ligar en nuestra investigación la institucionalidad de los derechos humanos, como primordial a la hora de entender por qué el Derecho debe ser encaminado hacia una igualdad entre las personas. Cabe afirmar que esto como tema de estudio no ha sido nada fácil, puesto que se ha generado un debate durante años sobre lo que significa para la humanidad el respeto a la igualdad de género, contribuyendo a diversas corrientes y perspectivas de cómo se debe abordar esta idea, por lo que nos es menester situarnos desde una perspectiva histórica y jurídica precisa, ligada al derecho internacional y los derechos humanos, en relación a esta idea de igualdad entre las mujeres y hombres para hechos de carácter jurídico, la cual ha intentado ser integrada a lo largo del tiempo en nuestra legislación.

En esta idea de igualdad entre las personas e intentos en el desarrollo de la historia de generar una cultura no discriminatoria en relación al sexo, resaltan desde el inicio de este cuestionamiento algunos movimientos que vieron transformadas las vidas de las mujeres. Podemos destacar que, a principios del siglo XV, en su obra “La ciudad de las damas”, la filósofa Christine de Pizan ya se hacía un cuestionamiento de entender como injusto que las opiniones de las mujeres se vieran mermadas por el razonamiento de los hombres (Ruiz, 2010: p.70). Y a partir de aquello, en casi más de 300 años desde el siglo XV al XVIII, se comenzó a cuestionar la supuesta inferioridad natural de las mujeres en variados ámbitos. En este contexto, como aspiración del ser humano, la prohibición de discriminación y la igualdad ante la ley se volvieron temas más que principales en aquellos movimientos radicalizados que marcaron el fin del antiguo régimen francés (Ruiz, 2010: p.72).

Sin embargo, no todo lo planteado fue al instante concorde a la igualdad de género como la visualizamos hoy en día, el destacado político francés Jean Antoine Condorcet manifestó en varias ocasiones que *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* promovía contradicciones evidentes, que no son contestes en relación a esta idea de igualdad jurídica entre ambos sexos que era bastante esperada. Según Condorcet, la revolución había traído consigo la idea universal de la igualdad natural y política de los hombres, sin embargo, negaba el acceso de las mujeres, lo que era igual a decir que negaba la libertad e igualdad de derechos de las mujeres en tanto a los hombres (Duarte, García-Horta, 2016: p.89). Por lo

que, si bien fue un primer acercamiento, aún había camino por una idea de igualdad que incluyese a las mujeres de forma práctica. Esta diferenciación era culturalmente legitimada sobre la idea de las diferencias de carácter físico y biológico, lo que era generador de división a nivel de trabajo, jerarquización y, en consecuencia, naturalizada la discriminación, a pesar de que se sostenía por las autoridades que esto no sucedía y había igualdad en tanto a derechos.

De esta forma, se inició de forma paulatina el desarrollo de un discurso filosófico sustentado en la igualdad, y variados movimientos político-filosóficos que intentaron dar revisión a esto, entre los que cabe destacar la teoría del feminismo liberal, la cual es -desde nuestra perspectiva- la más coherente con la idea de igualdad de género para efecto de nuestro análisis, siendo ampliamente desarrollada en lo que se conoce como segunda ola de las diversas teorías feministas orientadas a la reivindicación de la mujer. Este planteamiento surge con fuerza luego del triunfo del sufragio femenino (Montes, 2021: p.12), siendo la idea base en este movimiento la promoción de la igualdad a través de reformas legales, y su objetivo se basa en obtener la libertad de oportunidades por medio de la igualdad con independencia del sexo (Montes, 2021: p.9). Como una de las pioneras en este discurso podemos encontrar a la escritora y filósofa inglesa Mary Wollstonecraft, autora de la obra *Vindicación de los derechos de la mujer*, quien plasma en su libro que las mujeres no son por naturaleza inferiores a los hombres, sino que solamente parecen serlo, ya que no reciben la misma educación ni se aplican de igual modo sus derechos respecto de los hombres, planteando que debiese existir un orden social basado en la razón y que deberemos ser independientes del género, tratados como seres racionales (Wollstonecraft, 1972: p.109).

El discurso filosófico de este movimiento fue sustentado en la idea de que la igualdad no era parte de un mecanismo natural, sino más bien, parte de un constructo social, por lo que era posible plantear la igualdad total en derechos, obligaciones y todos los asuntos, incluidos los legales y jurídicos, entre hombres y mujeres (Duarte, et al, 2016: p.71).

Este pensamiento se ve recogido en la modernidad cuando estudiamos las declaraciones, legislaciones, principios, tratados internacionales y nacionales, donde se enuncia que todos los ciudadanos, sin distinción alguna de sexo, deben gozar de igualdad en derechos.

Lo que no solamente dice relación con el dignificar al ser humano en su fuero interno, sino que le permite en su exterior opinar, decidir y tener una vida en mejores condiciones, lo cual no solo recae en la idea de sentirse iguales, sino que también en sentirse libres, relacionándose directamente con la posibilidad de gozar de derechos de manera igualitaria en todas las esferas y planos de existencia (Duarte, et al, 2016: p.73).

De esta manera, se forma determinante a nivel global que la equidad de género requiera incorporación en todas las dimensiones de justicia, con la perspectiva y objeto de eliminar la desigualdad, violencia y discriminación entre hombres y mujeres. Así, los sistemas de administración de justicia deben ser partícipes activos en la promoción de igualdad de género e incorporar los derechos humanos con esta perspectiva en todas sus políticas públicas, sociales y por supuesto jurídicas (Duarte, et al, 2016: p.74).

En dicho sentido, podemos ver ampliamente estas concepciones modernas en diversos tratados internacionales actuales que se han visto directamente relacionados e influidos por esta ola de movimientos de carácter político y social, relacionado a estos discursos y filosofías que plantean la reivindicación de la posición de la mujer en la sociedad y la importancia a nivel de derecho internacional y derechos humanos, en relación a entender la igualdad de género como algo trascendental a la funcionalidad de las personas y como una sociedad donde se respete la libertad y a las personas a nivel global.

Por lo dicho anteriormente, haremos énfasis en la CEDAW -ratificada por Chile-, a fin de contextualizar de una mejor manera si es acorde a nivel nacional la concepción del respeto a la igualdad de género cuando se estudian las instituciones del Derecho de Familia, que ahondaremos a mayor profundidad en nuestro segundo capítulo.

## **2. DEVAW y CEDAW: la incorporación del concepto de igualdad de género a los tratados internacionales.**

### **2.1 Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.**

Conocida también por sus siglas en inglés DEVAW (*Declaration on the Elimination of Violence Against Women*), fue aprobada el 20 de diciembre de 1993, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 48/104, donde se reconoció “la urgente necesidad de una aplicación universal a la mujer de los derechos y principios relativos a la igualdad, seguridad, libertad, integridad y dignidad de todos los seres humanos” (DEVAW, 1993).

Esta declaración refiere a los mismos principios establecidos en instrumentos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, siendo su particularidad que se refiere en sus primeros artículos a la definición mayormente utilizada a nivel global de violencia contra la mujer, la cual establece que se entiende como “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada” (Ibídem: art. 1).

A su vez, en esta declaración se afirma que “la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales e impide total o parcialmente a la mujer gozar de dichos derechos y libertades” (Ibídem). Donde cabe señalar que en su artículo 3 hace plena referencia a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, abarcando las esferas de índole jurídica, al establecer que “La mujer tiene derecho, en condiciones de igualdad, al goce y la protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil y de cualquier otra índole” (Ibídem: art 3). Haciendo énfasis a la relevancia de nuestra investigación, que explícitamente hace alusión en sus letras b), c), d) y e) a derechos ligados al ámbito jurídico, al estipular b) El derecho a la igualdad; c) El derecho a la libertad y la seguridad de la persona;

d) El derecho a la igual protección ante la ley; y e) El derecho a verse libre de todas las formas de discriminación (Ibídem: art.3).

Además, es menester mencionar que se imponen deberes a los Estados parte, condenando la violencia contra la mujer y la negación a cumplir con este deber, sin invocar ninguna razón, ya sea de carácter religiosa o política. Ante lo cual hay que destacar la letra d), donde se alude a que deben establecer una legislación nacional concorde al respeto e igualdad de género, erradicando cualquier agravio contra las mujeres, además de establecer sanciones y mecanismos idóneos de acceso a la justicia, tanto para hombres como mujeres, ya que dispone “Establecer, en la legislación nacional, sanciones penales, civiles, laborales y administrativas, para castigar y reparar los agravios infligidos a las mujeres que sean objeto de violencia; debe darse a éstas acceso a los mecanismos de la justicia y, con arreglo a lo dispuesto en la legislación nacional, a un resarcimiento justo y eficaz por el daño que hayan padecido; los Estados deben además informar a las mujeres de sus derechos a pedir reparación por medio de esos mecanismos” (Ibídem: art. 4).

## **2.2 Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW).**

Más conocida como CEDAW (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*), se adopta en diciembre de 1979, por la resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y entra en vigor en 1981, siendo ratificada por 189 países.

Se posiciona a nivel internacional como uno de los principales instrumentos jurídicos relacionados a los derechos de las mujeres. Su objetivo principal es la búsqueda de todas las formas de discriminación establecidas contra las mujeres, con objeto de alcanzar una igualdad, tanto material como formal, en todos los ámbitos sociales y culturales, basándose en el respeto a los derechos humanos y las libertades que debiese gozar cada persona, por lo que el erradicamiento de la discriminación tiene un margen bastante amplio (CEDAW, 1981: consideraciones preliminares).

Además, podemos señalar que en su artículo primero define la discriminación contra la mujer como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”. Y, posteriormente, se señala que es menester que los Estados parte adopten medidas a fin de eliminar la discriminación.

### **3. Ratificación en Chile.**

#### **3.1 Incorporación de la CEDAW.**

Se ratificó en nuestro país en el año 1989, y el último informe pronunciado se celebró el día 21 de febrero de 2018, donde se realizaron destacados avances en las medidas acogidas por el comité, pudiendo señalarse la Ley N°20.885, que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos y adecua la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia. Además de la Ley N°20.820, que crea el Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género, entre otras (CEDAW, 2018: p.1).

Sin embargo, a modo de crítica, el Comité de la CEDAW ha dado como recomendación de carácter prioritario la aprobación de una definición jurídica sobre qué se entiende por discriminación contra la mujer en todas sus formas, donde se establezca mediante la ley o la Constitución el principio de igualdad formal y sustantiva de género en base a lo dispuesto en el artículo 2 de la convención (Ibídem: p.4). Además, de considerar necesario por el Comité que Chile establezca un mecanismo de denuncia judicial particular para casos donde exista discriminación de género, y que se otorguen los recursos públicos necesarios para su correcta aplicación (Ibídem).

Lo anterior tendría que incluirse en el octavo informe periódico que se presentará en marzo de 2022, que además debe estar concorde con los demás tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados en Chile.

### **3.2 Protocolo facultativo de la CEDAW.**

Este protocolo se adoptó por la Asamblea General de Naciones Unidas en la sesión N°54 el 10 de diciembre de 1999, al que nuestro país se suscribió en el año 2001. No obstante, tuvo un largo período de discusión legislativa, siendo recientemente aprobado 18 años después, específicamente el 4 de diciembre de 2019, para luego ser ratificado el 20 de enero de 2020, por el Presidente de la República Sebastián Piñera.

Esta ratificación, por parte de nuestro país, intenta ser consecuente con el compromiso de carácter permanente que significa velar por la igualdad de género en todos sus ámbitos, debiendo ser expresado en nuestro ordenamiento como parte de una convención internacional (Cámara del Senado, 2019).

### **3.3 Integración de la visión de igualdad de género al Derecho Chileno y su relación con la igualdad entre las personas consagrada en nuestra actual Constitución.**

En dicho sentido, cabe preguntarse si efectivamente a nivel nacional en nuestras instituciones jurídicas se adopta en la práctica de manera correcta el tratado, mencionando que desde el inicio nuestra historia legislativa fue demorosa a la hora de incorporarlo a nuestro ordenamiento, entendiendo que a nivel constitucional no existe aún una definición clara de discriminación contra la mujer, y que se espera un mecanismo de denuncia judicial particular para casos donde exista discriminación de género. No obstante, es menester señalar que se establece como principio primordial en nuestra legislación la igualdad ante la ley, la cual se encuentra consagrada en el artículo 19 numeral 2 de nuestra Constitución, constituyendo uno de los pilares fundamentales de la organización jurídica y política del país y los estados contemporáneos (Díaz, 2012: p.36).

La jurisprudencia ha sido congruente en señalar entonces que el Estado chileno tiene la obligación de garantizar la igualdad entre las personas (Valenzuela, Villavicencio, 2015: p.287), lo cual en su escritura es concorde a lo señalado en el artículo 3 de la CEDAW, y no hace tan distante la idea de igualdad de género, la cual es parte de un adecuado respeto del principio de igualdad ante la ley.

Cabe señalar que, por su parte, el Tribunal Constitucional incorporó el concepto de igualdad de género, invocando lo planteado en un informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas, según el cual la discriminación indirecta se produce cuando una ley, una política o un programa que parecen neutros tienen un efecto discriminatorio en el momento de su aplicación. Y en ese caso, el resultado o efecto final provoca una situación de desventaja de la mujer con respecto al hombre, debido a las desigualdades existentes no tratadas por una medida supuestamente neutra (Figueroa, 2014: p.206).

Por lo tanto, queda analizar si el enfoque en Derecho Civil, que es aquello que convoca el desarrollo de esta tesina, es acorde a la definición suscrita por Chile en la CEDAW. Resolviendo la interrogante en torno a si se respeta la igualdad de género, y más esencialmente, el principio constitucional de igualdad ante la ley, o si es que para su correcta aplicación es necesaria una readaptación o replanteamiento en el ordenamiento jurídico de nuestro país, específicamente en el Derecho de Familia.

## **Capítulo II: Sistematización en relación a instituciones del Derecho de Familia bajo una perspectiva de igualdad de género.**

### **1. Institución de la administración ordinaria de la sociedad conyugal.**

#### **1.1 Aspectos discriminatorios del régimen de sociedad conyugal chileno.**

Es sabido que al día de hoy la legislación chilena ofrece a los cónyuges tres alternativas de regulación patrimonial del matrimonio, uno de estos es el de sociedad conyugal, pero además se contempla el de participación en los gananciales y el de separación total de bienes. No obstante, ante el silencio de los cónyuges, el régimen en comento es el supletorio, cuyo fundamento se encuentra en el artículo 1718 del Código Civil, según el cual “A falta de pacto en contrario se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal con arreglo a las disposiciones de este título”, y en el artículo 135 del mismo cuerpo normativo, que establece que “Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, y toma el marido la administración de los de la mujer, según las reglas que se expondrán en el título De la sociedad conyugal”.

A primera vista, ya se evidencian aspectos discriminatorios hacia el género femenino, al establecer que el marido es quien toma la administración de los bienes de la mujer. Por lo mismo, se entiende que desde ese punto de vista es donde surge una situación desventajosa, puesto que el marido es el jefe de la sociedad y en tal calidad dispone ordinariamente no sólo de los bienes sociales, sino también de los propios de la cónyuge, a pesar de ser ella plenamente capaz. Es por eso que consideramos que dicha capacidad es solamente aparente, ya que -como hemos evidenciado- aún existen disposiciones que le impiden la libre administración de sus bienes, afectando a todo su patrimonio, a pesar de la modificación introducida por la Ley N°18.802, que eliminó la incapacidad relativa de la mujer casada en sociedad conyugal. Lo que se explica porque si tuviera plena capacidad de ejercicio debería poder obligar sus bienes propios por un acto voluntario, empero, a pesar de tener esos bienes en su patrimonio y manifestar su voluntad jurídica no es apta para obligar esos bienes sin que su cónyuge los enajene y grave previamente, ya que ella solo concurre con su voluntad, respecto de los bienes raíces.(Figueroa, 2005: p.155). Claro ejemplo de esta figura patriarcal es lo que establece el artículo 1749 del Código Civil, según el cual “El marido es el jefe de la sociedad conyugal y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer”; el artículo 1750, que dispone “El marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio, de manera que durante la sociedad los acreedores del marido podrán perseguir tanto los bienes de éste como los bienes sociales”; además del artículo 1752, según el cual “La mujer por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad”.

A su vez, también corresponde mencionar que los artículos anteriores poseen una serie de limitaciones que le ordenan obtener la autorización de la mujer para realizar varios de los actos jurídicos de mayor trascendencia económica (Gatica, 2011: p. 170). Una de ellas es la establecida en el inciso tercero del artículo 1749, según el cual el marido no podrá enajenar o gravar voluntariamente, ni tampoco prometer enajenar o gravar los bienes raíces sociales ni los derechos hereditarios de la mujer, sin autorización de ella; mientras que el artículo 1754 dispone que solo con la voluntad de la cónyuge se podrán enajenar y gravar los bienes raíces de esta última.

Por su parte, la gran excepción a la regla de administración está constituida por la institución del patrimonio reservado de la mujer casada, según el cual la mujer que realiza un trabajo remunerado, separado del de su marido, tiene la facultad de administrar de forma libre y sin limitaciones los bienes que obtenga con el fruto de dicho trabajo, tal como se evidencia en lo establecido por el artículo 150 del Código Civil. Ahora bien, esta excepción no es originaria del Código Civil de 1855, sino que es una modificación que surgió como una consecuencia jurídica del hecho social respecto de la posición que empezó a tener la mujer posteriormente “al incorporarse en las actividades comerciales, profesionales, artísticas o literarias que antes parecían reservadas a los hombres” (Somarriva, 1983: p.341).

Sin embargo, a pesar de la fuerte presencia que actualmente posee la mujer en los diversos ámbitos de la sociedad, y de que ya no hay lugar a duda respecto de su plena capacidad, es posible concluir que no ha ganado mucho hasta el día de hoy en lo relativo al régimen de sociedad conyugal, puesto que aún no se ha respetado a cabalidad la idea de igualdad de género que se garantiza por la CEDAW. En este sentido, nos suscribimos a lo que afirma Ramos Pazos, según el cual “La capacidad que con la reforma de la Ley N°18.802 adquirió la mujer no le sirve de mucho desde que no se le da ninguna participación ni en la administración de los bienes sociales ni en la administración de sus bienes propios. Sólo continúa con la administración de aquellos bienes que antes administraba” (Ramos Pazos, 2010: p. 152). Y es por ello que este régimen corresponde a uno de los más asimétricos entre hombre y mujer en las instituciones relacionadas al Derecho de Familia, resultando bastante insatisfactorio que hasta la fecha aún no se promulgue una ley que permita subsanar las discriminatorias distinciones legales para la mujer, las cuales impiden que pueda ser administradora ordinaria de los bienes sociales y al privarla de la administración de sus bienes propios.

Un claro ejemplo de dicha situación discriminatoria se aprecia en el caso “Sonia Arce Esparza con Chile”, que se refiere a una mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal, cuya intención de enajenar algunos bienes inmuebles que había adquirido por sucesión por causa de muerte (los que formaban parte de su patrimonio propio), se vio frustrada porque su cónyuge había desaparecido y no había sido localizado hasta la fecha, no contando su

comparecencia en la escritura, a pesar de contar con la comparecencia de la mujer otorgando su voluntad de enajenar (CIDH, 2008: Caso N° 12.433). En dicho caso es posible evidenciar que las reglas de administración de la sociedad conyugal atentan contra los derechos consagrados en los tratados internacionales sobre derechos humanos, particularmente respecto de la igualdad ante la ley, que se encuentra consagrada en el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 19 n°2 de la Constitución Política de la República de Chile, puesto que la exigencia de solicitar una autorización judicial (subsidiaria a la voluntad del marido) para poder enajenar los bienes, significa someterse a una discriminación, empero, así lo establece el artículo 138 del Código Civil chileno. Es por ello que, como parte de la solución amistosa alcanzada en el caso en comento, el Estado de Chile asumió el compromiso con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de aprobar un nuevo proyecto de ley que modifique las situaciones desventajosas hacia la mujer que han sido expuestas, no bastando la mera reforma a artículos específicos, sino que es necesaria una reforma sustancial al régimen actual de sociedad conyugal.

## **1.2 Antecedentes de la tramitación del proyecto de ley sobre modificación del régimen actual de sociedad conyugal.**

Los intentos por cambiar el régimen descrito en el punto anterior datan desde principios del segundo milenio. En el año 2008 se le dio suma urgencia a la tramitación del proyecto de ley de reforma al sistema chileno de regímenes patrimoniales del matrimonio, para otorgar iguales derechos y obligaciones a la mujer y al marido al interior de la sociedad conyugal.

Sin embargo, pese a que a raíz de la solución amistosa mencionada anteriormente el Estado de Chile se comprometió a realizar una serie de acciones destinadas a poner término a la discriminación legal implícita en el régimen de sociedad conyugal, la tramitación del proyecto volvió a caer en la inactividad. Es por ello que en el año 2009 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recomendó “incrementar la colaboración entre el Poder Ejecutivo y Legislativo para agilizar la aprobación del proyecto de ley encaminado a reformar el régimen vigente de sociedad conyugal” (CIDH, 2009).

No obstante, ha pasado más de una década desde dicho compromiso y la reforma al régimen en cuestión se sigue tramitando hasta la actualidad. Por esto, en la exposición realizada por Mauricio Tapia el 1 de abril del 2021, en la sesión de la Comisión de la Mujer y la Igualdad de Género del Senado sobre los proyectos de ley de reforma a la sociedad conyugal en actual tramitación y, en particular, en lo que dice relación a la eliminación de discriminaciones civiles contra la mujer subsistentes en ese régimen, el expositor señala que “resulta repetitivo, y por ello preocupante, seguir refiriéndose a esta reforma que en sus elementos esenciales concita amplio consenso, es imperiosa para ajustar los textos civiles a la Constitución y a los tratados internacionales, y más aún ha sido comprometida formalmente por el Estado chileno en instancias internacionales, y que simplemente no llega a término” (Tapia, 2021: p.1). Concluyendo que es de suma urgencia poner término a la jefatura exclusiva del marido, dado que el matrimonio es un contrato entre dos personas igualmente capaces, por lo que ambas deben tener las mismas posibilidades de tomar decisiones libremente entre sus bienes.

## **2. Institución de la compensación económica.**

### **2.1 Incorporación de la institución de compensación económica en Chile.**

La institución de la compensación económica se incorporó en la normativa chilena con la promulgación de la Ley N°19.947, sobre matrimonio civil, en el año 2004.

Esta fue una figura compleja desde sus inicios, puesto que no se encontraba considerada en el proyecto de ley original y fue introducida vía indicación presidencial como medio de compensación al término del matrimonio para aquel de los cónyuges que se dedicó primordialmente al cuidado de los hijos y a las labores domésticas durante el transcurso del matrimonio y que a raíz de ello haya experimentado un detrimento patrimonial, lo que en la mayoría de los casos le ha correspondido a la mujer (Delpiano, 2004: p.6).

En dicho sentido, cabe mencionar que su complejidad y singularidad también dice relación con que esta institución, si bien se podría establecer bajo una regulación con una perspectiva únicamente patrimonial, su justificación y base radica en que se puede considerar también como una institución de carácter no patrimonial, ya que nace a partir de que alguno

de los cónyuges se dedique al desarrollo de la familia y el cuidado de los hijos, no habiéndose podido dedicar en la medida que se quería y podía al desarrollo integral de otros ámbitos de su vida por privilegiar este fin. De esta forma, “la compensación económica es un derecho extrapatrimonial, que se sustenta en la protección de un acuerdo implícito de los esposos o cónyuges, que es promovido por el ordenamiento jurídico” (Barcia y Riveros, 2011: p.259). Sin embargo, podemos mencionar que en cuanto a sus efectos reparatorios se considera patrimonial por su repercusión de carácter económica, por lo que se infiere que en realidad es una institución de carácter mixta.

No obstante, a pesar de que con la incorporación de esta institución se pensaba subsanar los problemas mencionados en el segundo párrafo, el paso de los años y el surgimiento de casos en los tribunales de familia, dejaron de manifiesto que, pese a los extensos debates que se produjeron en torno a la creación de esta institución, la Nueva Ley de Matrimonio Civil no subsana a cabalidad la interrogante en torno a la aplicación de la cuantificación de la compensación económica.

Esto lo podemos referenciar en que el articulado de la ley en cuestión tiene falencias a la hora de su determinación, lo que influiría en su aplicación finalmente discriminatoria, en vez de compensatoria en su totalidad. Cuando hacemos lectura del artículo 64 de dicha legislación, este prescribe que “A falta de acuerdo, corresponderá al juez determinar la procedencia de la compensación económica y fijar su monto”. El problema de esto radica en que no fija de ninguna manera el modo en que los jueces debieran aplicar su criterio, no hay una fórmula específica, sino que únicamente adhiere a las máximas de la experiencia, respecto a lo que el juez en su fuero interno pueda resolver a partir las consideraciones que hace la ley para tomar la decisión más justa, cuando la verdad es que debiese haber una regulación más específica o una modificación de esta normativa para que su determinación fuese en base a criterios más específicos y a cómo aplicarlos. Esto, porque si bien el artículo 62<sup>1</sup> advierte

---

<sup>1</sup> Artículo 62.- Para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, se considerará, especialmente, la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; la situación patrimonial de ambos; la buena o mala fe; la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario; su situación en

aquello que se debe tomar en cuenta, tampoco es claro en especificar en qué medida se deben considerar y en cómo determinarlo con una correcta justificación. Ante lo cual, no queda claro si se deben estimar de forma copulativa todos los factores establecidos tanto por la legislación como por la jurisprudencia. Además, si bien mencionan las consideraciones para determinar su existencia, no hace referencia alguna a la finalidad de la compensación económica que se advierte en el artículo 61<sup>2</sup>, en referencia al aspecto primordial de la designación de la compensación, que es el haberse dedicado al cuidado de los hijos y al desarrollo del hogar en común, en desmedro de su desarrollo laboral y personal.

## **2.2 Aspectos vulneratorios de la cuantificación de la compensación en la aplicación de los tribunales de familia. Análisis jurisprudencial.**

Al no existir un método ni parámetros establecidos para la cuantificación económica, se puede llegar al error de cuantificar a ésta como una indemnización de perjuicios, siendo posible identificar en diversos fallos jurisprudenciales un problema respecto al criterio que siguen los jueces para determinar el monto de la compensación económica. En este sentido, no es que planteemos que las máximas de la experiencia no tienen ningún valor, pero como hace mención en su análisis el profesor Guerrero Becker “no podemos dudar ser tarea difícil fijar la cuantía de la compensación económica, ni es nuestra intención establecer un modelo para su cuantificación (...) Pero, ¿por qué \$200.000 y no \$10.000.000 o viceversa? Lamentablemente veremos que es muy común en nuestros tribunales no entregar justificación alguna a la determinación del monto al cual condenan, estimándose, en mi opinión erróneamente, que el artículo 64 LMC., cuando dice: ‘A falta de acuerdo, corresponderá al juez determinar la procedencia de la compensación económica y fijar su monto’ establece un sistema de determinación entregado al libre arbitrio del juez” (Guerrero, 2006: p.61).

---

materia de beneficios previsionales y de salud; su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge.

<sup>2</sup> Artículo 61.- Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa.

Lo anterior se puede evidenciar en la resolución emanada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en la causa Rol 500-2018, donde el tribunal de alzada confirmó la apelación sobre compensación económica que se impugna en la causa Rol C-5917-2015, del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago. A raíz de dicha confirmación se torna inevitable hacer observaciones sobre cómo la indeterminación de un proceso en la cuantificación de la institución puede llevar a desvirtuar el sentido de ésta, careciendo de criterios objetivos para garantizar que se constituya el sentido final de la institución.

En razón de lo anterior, es posible identificar en la sentencia del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago un problema respecto al criterio que siguen los jueces para determinar el monto de la compensación económica, puesto que si bien se mencionan los datos fácticos que se deben tener en consideración en conformidad a lo dispuesto por el artículo 62 de la Ley N° 19.947, no se señala el razonamiento o estándar por el cual se avalúa la situación previsional, antecedentes médicos, cualificación profesional, entre otros. Por ello, la sentencia de la Corte de Apelaciones en la causa Rol 500-2018, se encarga de subsanar la falta de razonamiento, argumentando que, “corresponde determinar el monto conforme al cual debe determinarse la compensación económica, teniendo para ello presente los criterios objetivos a los que se refiere expresamente el inciso primero del artículo 62 de la ley señalada” (Corte de Apelaciones de Santiago, en la causa Rol 500-2018, considerando octavo). En otras palabras, en la sentencia de primera instancia, se señalan los criterios que la ley establece y los antecedentes prácticos que le corresponden, sin embargo, no se señala el mecanismo por el cual se calcula el valor de la compensación. De esta forma, se determina el monto y el plazo en el que deberá ser pagado de forma prácticamente azarosa, lo cual no se ve solo en esta sentencia, sino que pareciese ser una práctica generalizada por nuestros jueces.

Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Rancagua resuelve en la causa n°30/2016 (Familia), específicamente en sus considerandos quinto y sexto, que “respecto de la situación económica de los cónyuges, ha de considerarse que el demandado se encuentra en mejor situación que la demandante, porque pudo trabajar durante todo el matrimonio, que por ende se encuentra inserto dentro del mercado laboral y cuenta con cotizaciones previsionales, a lo que debe agregarse que es propietario de la parte no transferida de un inmueble denominado

Lote B 1, ubicado en la comuna de Santa Cruz”, para luego resolver “Que la compensación económica decretada, se establece en el monto de \$2.000.000, que el demandado J.E.C.D., deberá pagar en 100 cuotas mensuales, iguales y sucesivas de \$20.000 cada una, dentro de los diez primeros días de cada mes”. Monto que claramente no es suficiente para la demandante de compensación económica que tuvo que dedicarse desde sus 19 años al cuidado de sus hijas y labores del hogar.

En el caso de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 744-05, con fecha 31 de octubre de 2005, caratulada “Vargas con Calderón”, se concede la compensación económica a una mujer que se dedica al cuidado de los hijos, pero que luego inicia una nueva relación de la cual nacen dos hijos más. Se determina el criterio en base a un supuesto que no refiere ni el artículo 61 ni el 62 de la Ley de Matrimonio Civil, donde considera la buena fe del marido al otorgarle treinta mil pesos mensuales de manera voluntaria y el hecho de que la mujer rehiciera su vida, considerando de esta manera únicamente la situación patrimonial de la mujer, al obviar la del hombre por el hecho voluntario del depósito de dicha cantidad de dinero, terminando de fijar el monto de la compensación en 1.000.000 de pesos, sin explicitar cómo es que el menoscabo se avalúo en ese monto, ante lo que surge la pregunta relativa a ¿de qué manera ese porcentaje compensa el haberse dedicado al cuidado del hogar, privándose del desarrollo personal? Claramente no podemos decir que existieron parámetros determinados para fijar este monto.

A su vez, analizamos la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, en la causa Rol 157-2006, caratulada “Aguilera con Rodríguez”, que da cuenta de la necesidad de acreditar como procedencia de la compensación económica que el cónyuge solicitante “podía y quería” dedicarse a una actividad remunerada, al sostener “Que como se ve, la actora, si bien hace presente que durante el matrimonio se dedicó al exclusivo cuidado de los hijos y se preocupó de la familia mientras su marido estudiaba, no hace ninguna referencia a que tuvo su intención de trabajar o estudiar como tampoco las oportunidades que se le habrían presentado o podría haber tenido en tal sentido, ni a los ingresos que producto de su trabajo pudo obtener; sino, más bien, asila su pretensión en su futura precaria situación de atención de salud, lo que obliga a confirmar el fallo de primer grado”, rechazando la demanda reconventional de

compensación económica. De lo que es posible vislumbrar que, a pesar de que la mujer se preocupó exclusivamente del cuidado de sus hijos mientras su marido estudiaba, la Corte tomó en consideración que no quiso trabajar o estudiar como lo hizo su cónyuge, sin tomar en cuenta que precisamente no lo pudo hacer porque fue este último quien tuvo esas oportunidades, al despreocuparse de las labores domésticas mientras la mujer las realizaba.

Por último, otro ejemplo de esto lo encontramos en el fallo del Juzgado de Familia de Valdivia, en la causa RIT C-367-2005, en la cual negó dar lugar a la compensación económica a una mujer, a pesar de darse los requisitos para obtenerla, argumentando en su considerando decimo primero que “el tribunal estima acreditado que la demandante ha trabajado siempre, desde que contrajo matrimonio a la fecha, desempeñando principalmente funciones como secretaria; que mientras su cónyuge estudiaba en la Universidad Austral desde el año 1973 hasta el año 1983 era ella quien sustentaba el hogar, realizando todos los esfuerzos necesarios para la mantención de su familia incluyendo el cuidado de sus hijas.”(Juzgado de Familia de Valdivia, causa RIT C-367-2005, considerando décimo primero). Argumentando que “el menoscabo económico, requisito indispensable para que proceda la compensación demandada, debe ser causado por el hecho de haber desarrollado esta actividad remunerada o lucrativa en menor medida de lo que podía y quería, y a este respecto, no existen antecedentes probatorios en esta causa que demuestren de qué manera la actora por cuidar a los hijos o dedicarse a las labores propias del hogar desarrolló una actividad remunerada durante la vida matrimonial en menor medida de lo que podía y quería; está claro que trabajó, y que lo hizo incluso en exceso, para sustentar a su familia” (Juzgado de Familia de Valdivia, causa RIT C-367-2005, ibídem). Resolución que genera una evidente situación de discriminación hacia esta mujer, puesto que, si bien ella fue la que cumplió con ser la sostenedora del hogar al desarrollar una actividad económica, jamás obtuvo alternativa de perfeccionarse en relación a sus estudios, sufriendo un menoscabo económico de forma inequívoca. Lo que se explica porque se acreditó un nivel de ingresos cuantiosos respecto del hombre, el cual pudo desarrollarse en su profesión, y no así la mujer. De hecho, en el considerando segundo del fallo se señala que “mientras se mantuvo la convivencia, el demandado estuvo en condiciones de efectuar depósitos en fondos mutuos por cantidades

superiores a \$ 10.000.000 en 1996, de \$ 2.500.000 en 1997 y \$ 1.280.000 en el año 1998” (Juzgado de Familia de Valdivia, causa RIT C-367-2005, considerando segundo). Lo que refleja claramente que tuvo posibilidad de ahorrar gracias a los esfuerzos de la actora.

De esta forma, la normativa se vuelve escueta y poco desarrollada en cuanto a no tener parámetros específicos para su designación, lo que hace demasiado amplio el criterio utilizado por los jueces, llevando a una serie de decisiones discriminatorias y contrarias a la equidad de género, lo cual se puede evidenciar en que su aplicación es bastante escasa a nivel jurisprudencial, o sea, se confiere en muy pocas oportunidades, y en el caso de concederse sucede que muchas veces el acuerdo económico fijado por el juez es insuficiente.

Es por todo lo dicho anteriormente que queda de manifiesto que la otorgación y aplicación de la cuantificación de la compensación económica es claramente discriminatoria para la mujer, y que a lo menos resulta procedente cuestionar la idea de que sea únicamente suficiente el criterio jurisprudencial, dado que, como existe en la actualidad un vacío legal, es necesario legislar sobre la materia con el objeto de determinar un parámetro que permita subsanar el criterio prudencial de los jueces en torno a la cuantificación.

### **3. Determinación de la maternidad.**

#### **3.1 Análisis de la normativa vigente y su anterior regulación.**

En lo relativo a la determinación de la maternidad y paternidad, es necesario analizar y cuestionarnos si es que actualmente, con la modificación de la Ley N°19.585 del año 1998, podemos referirnos a la idea de igualdad de género en torno a los efectos de estas disposiciones.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 183 del Código Civil, que nos sitúa frente a la condición específica de ser madre, se define que la maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil, mientras que en los demás casos se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación. Esto, como parte de la

normativa nueva que se vio instaurada por la reforma a nuestro Código Civil, que situó un nuevo título de filiación. Por su parte, en el caso del padre habría una presunción de la paternidad en relación a hijos nacidos dentro del matrimonio; mientras que en el caso de la filiación no matrimonial la paternidad queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre, la madre, o ambos, o por sentencia firme en juicio de filiación, tal como lo establece el artículo 186 del Código Civil.

Ahora bien, esta idea de que la maternidad se determina por el parto, como hecho biológico, no fue concebida hasta la modificación de la ley, dado que con anterioridad a esto el Código Civil contemplaba al reconocimiento y la inscripción del nacimiento como la vía de determinación de la maternidad, sin hacer referencia alguna al parto.

Para entender esta modificación, es necesario hacer referencia a la historia de la Ley N°19.585 y sus razones de fondo. El antiguo Código Civil contemplaba una normativa en la que había una separación entre la filiación obtenida a través del vínculo matrimonial y fuera de éste, tratando el reconocimiento y la calidad de los hijos de manera diferenciada, estableciendo en su artículo 271 que *“Son hijos naturales: 1.- Los que el padre, la madre o ambos hubieren reconocido como hijo suyo mediante una declaración formulada con ese determinado objeto en escritura pública, en la inscripción de nacimiento del hijo o en acto testamentario.”* De lo que es posible desprender que la filiación se otorgaba por la voluntad manifiesta del progenitor, obviando circunstancias de otra naturaleza, e incluso podemos evidenciar, al leer el segundo numeral, que para lograr obtener reconocimiento de paternidad o maternidad natural por sentencia judicial era necesario una confesión manifiesta.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Artículo 271.- Son hijos naturales:

2.o- Aquellos que hubieren obtenido el reconocimiento de la paternidad o maternidad natural por sentencia judicial.

La acción del presunto hijo a que se refiere este número deberá necesariamente fundarse en instrumento público o privado emanado del supuesto padre o madre del cual se desprenda una confesión manifiesta de paternidad o maternidad. El referido instrumento deberá acompañarse a la demanda y sin este requisito no se dará curso a ésta.

De la lectura de la antigua normativa podemos demostrar que el derogado artículo no solamente ponía de forma primordial la voluntad, sino que no hacía distinción en cuanto al género de los progenitores. Sin embargo, el punto es que esto conllevaba a diversos problemas en torno a los derechos hereditarios obtenidos por los hijos naturales, lo que derivó a la modificación de la normativa. Esta regulación era evidentemente discriminatoria en cuanto al origen del nacimiento del hijo o hija, ya que muchas veces los hijos naturales quedaban en un evidente estado de desprotección, al privarlos de sus derechos hereditarios en relación a los hijos matrimoniales.

Entonces, de acuerdo con la historia de la Ley N°19.585, el cambio legislativo se estableció en función de “resguardar el interés superior del niño en concordancia con el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuanto se daba preferencia a la posesión notoria del estado civil de hijo con que el niño ha sido tratado y bajo el cual ha construido su personalidad e identidad en caso de contradicción con pruebas periciales biológicas” (Bustos, 1993: p. 911), eliminando la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, además de abordar como primordial la determinación biológica parental para el reconocimiento de los hijos. Constituyendo de esa forma “la posibilidad de utilizar toda clase de pruebas, incluidas las biológicas para determinar la maternidad. La admisión de las pruebas biológicas implicaba introducir un cambio muy notable en nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto significa abordar el problema desde una perspectiva totalmente diferente a la existente hasta la fecha y que se vincula con la búsqueda de la verdad a la que antes se hacía referencia” (Aylwin, 1993: p. 5). Entonces, para los legisladores subyacía “la idea que la filiación deja de ser producto de un "acto gracioso" del padre o madre que reconoce a un hijo como suyo y pasa a ser un hecho que se le impone a un sujeto, por modo heterónomo, como resultado de un proceso de búsqueda de la verdad, inserto en un juicio de investigación de la maternidad” (Ibídem).

Sin embargo, a pesar de que se reformó la ley, esta incurre en hechos, tanto de carácter sociológicos como jurídicos, que atentan contra la igualdad de las personas, imponiendo el hecho cierto de la maternidad sólo a la mujer. Esta modificación terminó configurándose solo en torno a que fuese una obligación biológica de la mujer como hecho cierto, olvidando el

hecho biológico de vinculación al padre. Desde ese punto ya podemos evidenciar una falencia evidente en la promulgación de la ley.

Por otro lado, el planteamiento que sitúa el carácter biológico del hecho cierto del parto como único y fundamental a la hora del reconocimiento marental, si lo comparamos con las legislaciones de otros países, se ve agudizado en el artículo 566 del Código Civil y Comercial de Argentina, donde se estipula que “En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido”. Incluso, incorporando la posibilidad -que nos parece aún más discriminatoria- de que la inscripción de la maternidad pueda realizarse por otra persona, sin la voluntad de la madre, siendo suficiente haber asistido el parto, al establecer en el mismo artículo que “La inscripción debe realizarse a petición de quien presenta un certificado del médico, obstétrica o agente de salud si corresponde, que atendió el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del nacido”. Mientras que la legislación mexicana, en el artículo 60 del Código Civil Federal, de lleno prohíbe a la mujer negarse a este vínculo, al disponer que “La madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo. Tiene obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento de su hijo”.

De lo anterior, podemos dilucidar que esta concepción no es única de nuestro país, sino que ha sido adoptada también por al menos dos de nuestros países vecinos, situando a la mujer de manera evidente -a nuestro juicio- en una privación de derechos en cuanto a su libertad, a diferencia del hombre. Siendo un hecho discriminatorio y contrario al respeto a los derechos de las personas e igualdad de género.

Esto lo planteamos básicamente porque, al quedar de forma automáticamente determinada, priva a la mujer de su derecho de no querer hacerlo, elevando este hecho biológico a una mayor importancia filiativa, en desmedro del componente social y afectivo que significa la maternidad. Es más, cuando volvemos a la discusión legislativa, se planteó además el tema de la resistencia a las pruebas biológicas, dando como solución al respecto que “la negativa injustificada a someterse a pruebas biológicas, configura una presunción que, unida a otras presunciones o a otros medios probatorios, hará que el juez declare una

determinada filiación” (Aylwin, 1993: p.5), lo que finalmente terminó estableciéndose en el artículo 199 inciso cuarto del Código Civil.

Por ello, esta situación no solo se debe observar desde una perspectiva jurídica, sino que también sociológica, en torno a mencionar que este hecho biológico cierto no configura únicamente el vínculo de maternidad. De hecho, resulta discriminatorio que se entienda la importancia del carácter afectivo en tanto al reconocimiento del hombre, y que se estime solo necesario el reconocimiento biológico en torno a la mujer, obviando el vínculo emocional tan propio de las relaciones entre madres e hijos.

Esto lo podemos evidenciar claramente en los casos de adopciones, donde no existe un hecho biológico cierto. Un claro ejemplo, lo podemos apreciar en la sentencia RIT C-10028-2019 del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, donde en su considerando décimo tercero se menciona que, respecto del derecho a la identidad, la doctrina advierte una vertiente estática y una dinámica, donde la primera responde a los datos físicos de una persona, mientras que la segunda involucra las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida, lo que abarca su historia personal, además de su estructura social y cultural. De esta forma, “en materia de filiación no existe una única verdad, sino múltiples verdades: la afectiva (verdadero padre o madre es el que ama); la biológica (los lazos sagrados); la sociológica (posesión de estado); la volitiva (para ser padre o madre es necesario quererlo) y la del tiempo (cada nuevo día refuerza el vínculo)”. Haciendo énfasis en que no hay que olvidar los lazos afectivos y la voluntad procreacional, siendo de suma importancia la protección, seguridad, afecto y contención en la vida de un niño o niña.

En dicho sentido, no basta el vínculo biológico, ya que, si bien el cambio fue con el argumento de la especial protección del interés superior del niño, su aplicación tal como está (en los ámbitos descritos anteriormente) resulta contradictoria en torno a la protección de los hijos e hijas. Además de que el vínculo marental no depende únicamente de este hecho biológico cierto determinado por el parto.

Como consecuencia de esto, eventualmente la mujer se ve en situaciones judiciales en las que posiblemente sus decisiones se vean discriminadas y cuestionadas en torno a la revocación de esta maternidad, a diferencia de la situación del padre, el cual si no ha reconocido no se ve enfrentado ante situaciones similares. De esta forma, al darle una importancia más significativa al nexo natural biológico, negando incluso la voluntariedad a favor de este vínculo, la legislación chilena se torna contraria a las concepciones modernas de igualdad de género y de vínculos sociales y afectivos (Corral, 1999: p.40). Y se pierde, desde este punto de vista, un enfoque sociológico de la maternidad, que nos llevaría a afirmar que la relevancia mayor no vendría condicionada por el vínculo de sangre, sino por la relación de carácter social asumida por la madre.

### **3.2 Análisis del respeto al principio de autonomía de la voluntad en la nueva legislación.**

Por otro lado, esta idea de imposición de la determinación de la maternidad la podemos ligar a otro cuestionamiento en torno a la libertad de las personas, produciéndose una contradicción con el principio de autonomía de la voluntad, en relación a que nadie puede adquirir derechos de carácter patrimonial en contra su voluntad.

Recordemos que la voluntad en el Derecho Civil es el elemento principal del acto jurídico, al ser “la potencia del alma que lleva a hacer o no hacer alguna cosa” (Barcia, 2010: p.36). Por lo que, al vincular la determinación de la maternidad al hecho cierto del parto, se constituye sin tomar en cuenta la voluntad de la madre, generando un acto vulneratorio del principio en comento.

Lo anterior cabe ser mencionado, ya que parte de la jurisprudencia internacional ha señalado que el principio de autonomía de la voluntad puede llegar a ser tan amplio que no aplicaría un concepto unívoco, expresando que “el individuo tiene la elección y la responsabilidad de los medios por los cuales ha de desenvolverse su personalidad en busca de la dicha. Este es el principio de la libertad civil o autonomía de la voluntad individual.” (Colin y Capitand, 1924: p.11). Por ello, si lo vemos desde esta perspectiva, vulneraría la autonomía

de la voluntad al imponerse este hecho sobre el fuero interno de la mujer y su deseo o negativa a adquirir los deberes, derechos y obligaciones que incluye la maternidad.

Ahora bien, y en relación a este último punto, la doctrina clásica chilena toma el concepto restringido de la autonomía de la voluntad, entendiendo que abarca únicamente los contratos, donde autores como Alessandri la definen como “la libertad de que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazca, y de determinar su contenido, efectos y duración”. Por ello, a primera vista cabría suponer que no se puede ligar directamente al hecho del reconocimiento de los hijos, ya que a diferencia del matrimonio la maternidad no es un contrato (Alessandri, 2009: p.11).

No obstante, esto no es tan drástico como se mencionó en el párrafo anterior, a pesar de que la postura clásica ligue este principio únicamente al universo contractual, ya que no hay que olvidar la afirmación casi axiomática respecto a que nadie puede adquirir derechos patrimoniales contra su voluntad y ni siquiera sin ella (Tavolari, 2009: p.91). En este sentido, a pesar de distinguir que, si bien los derechos filiativos no son patrimoniales y la maternidad no los otorga por sí sola al ser determinada, supone la adquisición de derechos y deberes patrimoniales en el desarrollo del tiempo. En alusión a esto, la maternidad está íntimamente relacionada con los derechos hereditarios y el derecho de alimentos, cuyo contenido -según parte de la doctrina- tendría vocación patrimonial en relación a su naturaleza jurídica, es decir, sería una figura de carácter mixto. Esto lo podemos explicar aludiendo a que la obligación alimenticia constituye un medio para satisfacer el derecho a la vida, el cual se considera un derecho personalísimo, por lo que se estima como un derecho extrapatrimonial. Sin embargo, los profesores Domínguez distinguen de los derechos extrapatrimoniales aquellos que presentan vocación patrimonial (Domínguez, 2016: p.446). Es por esta razón que, como consecuencia del incumplimiento por parte del deudor de la pensión de alimentos, se señalan las medidas de apremio de los artículos 14 y 16 de la Ley N°14.908, además de mencionar que

las resoluciones que decretan pensiones de alimentos tienen mérito ejecutivo<sup>4</sup>, lo cual sustenta esta idea de naturaleza jurídica con vocación patrimonial, dando este carácter mixto.

Es por ello, que podemos considerar que cuando analizamos la figura de la maternidad ésta tiene igualmente aspectos patrimoniales, no en el hecho mismo, sino que -ya sea a corto o largo plazo- va envuelta en una interminable adquisición de derechos y deberes de carácter patrimonial. Lo que se aprecia directamente en lo establecido por el Código Civil, disponiendo en su artículo 222 que “La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”, especificando en su artículo 230 que “Los gastos de educación, crianza y establecimiento de los hijos son de cargo de la sociedad conyugal, según las reglas que tratando de ella se dirán. Si no la hubiere, los padres contribuirán en proporción a sus respectivas facultades económicas”.

Es en dichos artículos donde se visualiza claramente que tanto la madre como el padre tienen deberes patrimoniales con sus hijos, los cuales quedan comprendidos en su salud, alimentación, educación e incluso entretención, siendo el más claro ejemplo de ello la obligación alimenticia que tienen los progenitores respecto de sus hijas e hijos, sin tomar en consideración la voluntad interna de la madre de querer asumir el reconocimiento, imponiéndose únicamente por el hecho biológico del parto y no por su deseo de querer serlo.

---

<sup>4</sup> Artículo 11, Ley N°14.908.

## CONCLUSIONES

La investigación realizada en esta tesina nos lleva a plantear las siguientes conclusiones:

1.- En relación a lo analizado en el capítulo 1 podemos evidenciar que el proceso histórico, tanto a nivel social como jurídico, ha sido complejo, pero con el tiempo se ha logrado por medio de la CEDAW y los organismos internacionales de Derechos Humanos, junto a los diversos movimientos que abordan el tema, la idea de que parte del respeto a los derechos humanos consiste en el respeto a la equidad de género, generando a nivel internacional una normativa que define la igualdad de género y sus parámetros para ser aplicada y respetada por los países suscritos a la CEDAW.

2.- Que, a pesar de que nuestro país ratificó este tratado internacional, ha sido dificultoso el plantear esta igualdad de género como algo esencial para el desarrollo de la sociedad y primordial en el establecimiento de todas nuestras instituciones jurídicas. Siendo contradictorio el hecho de que la igualdad ante la ley es un principio constitucional, dado que el respeto a la igualdad de género no es garantizado de la manera que debiese ser considerando por el parámetro otorgado por la CEDAW, de la cual Chile es Estado parte.

3.- Respecto a lo analizado en el capítulo 2 en torno a las instituciones del Derecho de Familia, es posible concluir que, por una parte, la institución de la sociedad conyugal muestra claramente aspectos discriminatorios hacia la mujer, puesto que aún sigue contemplando que el marido es quien administra los bienes de la mujer y, además, los propios de ella, a pesar de ser plenamente capaz. Situación que genera que esta última necesite la comparecencia de su cónyuge para, por ejemplo, enajenar un inmueble. Siendo menester mencionar que, en caso de la ausencia prolongada del cónyuge, la mujer necesita de una autorización judicial para realizar ese tipo de actos, lo que es una contradicción a su condición de mujer con capacidad plena.

4.- Ahora bien, respecto de la compensación económica, se evidencia que es de suma necesidad generar algún parámetro objetivo y determinado para su aplicación y cuantificación en relación al criterio de los jueces, ya que, a pesar de que no desmerezcamos como criterio

las máximas de la experiencia, la jurisprudencia en torno a la concesión de la compensación económica ha demostrado que la indeterminación de los parámetros utilizados por los magistrados termina perjudicando al titular de dicho derecho, que en la mayoría de los casos es la mujer, al dedicarse generalmente a las labores del hogar y cuidado de los hijos. Por lo que, al no existir un método propio de esta institución que permita cuantificar la compensación, se produce una mala aplicación práctica en torno al criterio prudencial de los jueces, careciendo de razones objetivas y estipuladas para garantizar que se constituya el sentido final de la institución, siendo contrario a la equidad de género y generando resoluciones discriminatorias.

5.- Por último, podemos concluir en torno a la determinación de la maternidad, que su misma regulación es discriminatoria y definitivamente no respeta la igualdad de género, puesto que si la comparamos a la determinación de la paternidad, y a su antigua regulación, priva a la madre de ciertos derechos por el simple hecho de ser automática con el hecho biológico cierto del parto, incluso al someterla en ciertos casos a la privación de obtener reconocimiento legal por no haber tenido al feto en su vientre. Dejando de lado completamente el carácter afectivo del vínculo tan propio de la maternidad, además de situar a algunos niños en estado de indefensión, a pesar de que el cambio legislativo se pensó precisamente para evitar esto último. A lo que cabe agregar que dicha regulación termina obligando a otras mujeres a adoptar, contra su voluntad, ciertos derechos y deberes por un acto que solo les es reconocido por parámetros biológicos, siendo completamente contradictorio con el principio de autonomía de la voluntad. Y, además, se reduce la relación entre madres e hijos a algo puramente biológico, quitando calidad a la relación humana, sentimental y determinante a la hora de entender el vínculo maternal.

Ante todo lo dicho anteriormente, queda de manifiesto que en la aplicación actual del Derecho de Familia en nuestro país existe efectivamente una vulneración a las mujeres en lo que se entiende como igualdad de género, es decir, como la existencia de igualdad de derechos y oportunidades en todas las esferas de desarrollo, tanto públicas como privadas, respecto a que mujeres y hombres tengan la misma posibilidad de desarrollar sus vidas como quieran. Vulneración que claramente queda expuesta a lo largo de esta tesis en el ámbito del Derecho

de Familia, manifestándose tanto en sus disposiciones legales como en su aplicación jurisprudencial con situaciones que engloban desigualdad, generando espacios de carácter evidentemente discriminatorio. A pesar de que Chile se encuentra suscrito actualmente a la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, quedando pendiente hasta hoy en día un real cambio de normativa que esté en sintonía con este concepto de igualdad de género, para así encaminarse a un país más justo.

## LISTADO BIBLIOGRÁFICO

1. Aillapán, Jorge (2016): *El derecho a la propia imagen: ¿derecho personalísimo?, ¿derecho fundamental? Precisiones terminológicas para el ordenamiento jurídico chileno*. Revista chilena de derecho. Vol. 43, pp. 446.
2. Alessandri, Arturo (2009): *De los contratos*. Editorial jurídica. Santiago de Chile.
3. Barcia, Rodrigo y Riveros, Carolina (2011): *El carácter extrapatrimonial de la compensación económica*. Revista chilena de Derecho. Vol. 38. N° 2, pp. 219-278.
4. Barcia, Rodrigo (2010): *Lecciones de Derecho Civil Chileno*, Tomo I. Del acto jurídico. Editorial Jurídica.
5. Cámara del Senado (2019): *Tramitación de proyectos respecto del Protocolo Facultativo de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer*. Disponible en: <https://www.senado.cl>.
6. CEDAW (2018): Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile. Disponible en <https://acnudh.org/load/2018/07/N1807016.pdf>.
7. CIDH (2008): *Caso N°12.433. Sonia Arce Esparza v. Chile*. Diario Oficial. Santiago de Chile.
8. CIDH (2009): *Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile: la igualdad en la familia, el trabajo y la política*. Documento 63.
9. Colin, Ambrosio y Capitand, H (1924): *Curso elemental de Derecho Civil*. Traducción española de la Revista general de Legislación y Jurisprudencia. Editorial Reus. Madrid. pp. 07-52.
10. Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW (1981). Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 34/180.
11. Corral, Hernán (1999): *Determinación de la filiación y acciones de Estado en la reforma de la Ley N° 19.585*. En Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. Chile.
12. Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, DEVAW (1993). Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 48/104.

13. Delpiano, Adriana (2004): Intervención en segundo trámite constitucional. Historia de la Ley N°19.947. Biblioteca del Congreso Nacional.
14. Duarte, José María & Baltazar, José (2016): *Igualdad, Equidad de Género y Feminismo, una mirada histórica a la conquista de los derechos de las mujeres*. En Revista CS Universidad ICESI, núm. 18, pp. 107-158.
15. Figueroa, Gonzalo (2005): *Plena capacidad de la mujer casada en Chile*. Editorial Jurídica de Chile.
16. Figueroa, Rodolfo (2014): *¿Son Constitucionales las cuotas de género para el Parlamento?*, Revista Chilena de derecho, pp. 189-214
17. Gatica, María Paz (2011): *El destino de la sociedad conyugal*. En Anuario de Derechos Humanos, pp. 169-178.
18. Guerrero, José Luis (2006): *La compensación económica en la Ley de Matrimonio Civil*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N° XXVII, pp. 55-94.
19. Ki-moon Ban (2012): *Gente resiliente en un planeta resiliente*. En Informe del Grupo de alto nivel del secretario general de las Naciones Unidas sobre la sostenibilidad mundial, pp. 6. Disponible en: <http://www.un.org/gsp/sites/default/files/attachments/Overview%20%20Spanish.pdf>. Fecha última consulta: 8 Julio 2021.
20. Montes, Catalina (2021) *Enfoque de género en la constitución*. Fundación libertad y desarrollo, pp. 7-23
21. Ramos Pazos, René (2010): *Derecho de Familia*. Tomo I. 5a edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile.
22. Ruiz Carbonell, Ricardo (2010): *La Evolución histórica de la igualdad entre mujeres y hombres en México*. En Derechos Humanos: Temas y problemas. Consuelo Maqueda, Víctor Martínez (coords), México, pp.70-72.
23. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua (2016): ROL 30/2016 (Familia).
24. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta (2005), Rol N° 744-2005. Vargas con Calderón.

25. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (2018): ROL 500-2018. Guillermo Otzen con Marcela Toro.
26. Sentencia del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago de Chile (2015): ROL C-5917-2015. Guillermo Otzen con Marcela Toro.
27. Somarriva, Manuel (1983): *Derecho de familia*. Tomo I. Editorial Ediar Editores Limitada. Santiago.
28. Tapia, Mauricio (2021): *Reforma a la sociedad conyugal e igualdad civil de la mujer. Intervención en Comisión de la Mujer e igualdad de género del Senado*. Disponible en [https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=11031&tipodoc=docto\\_comision](https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=11031&tipodoc=docto_comision). Fecha última consulta: 06 de julio de 2021.
29. Tavolari, Raúl (2009): *Obligaciones*. Tomo 1. Editorial jurídica. Santiago de Chile
30. UNESCO (2014): *Culture for Development Indicators: Methodology*. En *Manual metodológico de la UNESCO*, p. 114. Disponible en: [https://es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/iucd\\_manual\\_metodologico\\_1.pdf](https://es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/iucd_manual_metodologico_1.pdf). Fecha última consulta: 8 julio 2021.
31. Valenzuela Cecilia, Villavicencio Luis (2015): *La constitucionalidad de los derechos sexuales y reproductivos. Hacia una igual ciudadanía para las mujeres*. Revista Ius et Praxis. Universidad de Talca, pp. 271-314.
32. Wollstonecraft, Mary (1792): *Vindicación de los derechos de la mujer*. Reino Unido.