



Universidad de Valparaíso
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

TESINA EN DERECHO

¿Existe reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico de derechos y deberes de índole personal entre los integrantes de una unión de hecho?

Juan P. Quintanilla Lorca - Autor
Pamela Prado López - Profesor Guía
Noviembre 2011

TABLA DE CONTENIDOS

- Tabla de contenidos.....	2
- Resumen.....	5
- Palabras clave.....	5
- Introducción.....	6

CAPÍTULO I

Aspectos teóricos: “derechos”, “deberes” y “obligaciones”; y la noción de unión de hecho	9
1. Referencia la noción de “derechos”, “deberes” y “obligaciones”.....	9
2. Breve referencia a la unión de hecho en Chile.....	11
3. Acercamiento a una definición de unión de hecho.....	12
4. Elementos determinantes de la unión de hecho.....	13
4.1.Singularidad.....	13
4.2.Licitud.....	14
4.3.Convivencia.....	14
4.3.1. Notoriedad.....	15
4.3.2. Permanencia.....	15
4.3.3. Afectividad.....	16
4.3.4. Contenido sexual.....	16

4.4. Diferencia o no de sexo.....	17
-----------------------------------	----

CAPÍTULO II

Unión de hecho y familia.....	19
1. La unión de hecho en la evolución de la noción de familia	19
2. La unión de hecho como fuente de familia en la constitución y en la ley.....	21

CAPÍTULO III

Los efectos de la unión de hecho.....	24
1. Efectos patrimoniales de la unión de hecho.....	26
2. Efectos personales de la unión de hecho.....	30
2.1.Efectos personales en el matrimonio.....	31
2.2.Efectos personales en la Unión de hecho.....	33

CAPÍTULO IV

Los efectos personales de la unión de hecho en el ordenamiento jurídico chileno.....	38
1. La afectividad en la unión de hecho.....	39
2. La afectividad en la indemnización del daño moral y la justificación a la inasistencia al trabajo en la unión de hecho.....	40
3. Normas que hacen alusión al “conviviente” y constituyen manifestación Jurídica de efectos de índole personal en la unión de hecho y de la afectividad que subyace en ella.....	42
4. Noción de “conviviente” utilizada en la legislación chilena.....	44

5. Hacia una regulación de la unión de hecho	49
5.1. Terminología y definición del vínculo.....	47
5.2. Diferencia de sexo como elemento determinante de la unión de hecho.....	52
5.3. Celebración y requisitos.....	54
5.4. Efectos de la unión.....	54
5.5. Efectos personales entre los integrantes del pacto, unión o acuerdo.....	55
- Conclusiones.....	58
- Bibliografía.....	61

RESUMEN

La decisión de los tribunales de justicia de considerar sólo el ámbito patrimonial respecto de la unión de hecho, trajo como principal consecuencia dejar fuera toda una gama de sus efectos, entre éstos, los efectos personales entre los integrantes de dicha unión.

El objetivo de este trabajo es demostrar si actualmente nuestro ordenamiento jurídico reconoce derechos y deberes jurídicos de índole personal entre los integrantes de una unión de hecho, atendiendo su actual consideración como fuente de familia y la irrupción del elemento “afectividad” en el derecho.

Para lograr este objetivo, se analiza la legislación chilena y el conocimiento jurídico otorgado por la doctrina.

Finalmente se analizan los proyectos de ley sobre la materia, examinando las propuestas de regulación, particularmente, lo relativo a los efectos personales, atendiendo que se concluye que, no obstante la presencia de estos efectos en la unión de hecho, no están todos los deberes debidamente reconocidos.

PALABRAS CLAVE O DESCRIPTORES

Derecho de familia – Unión de hecho – Afectividad – Efectos jurídicos - Efectos personales

INTRODUCCIÓN

Si bien en Chile es de tradición identificar al concepto de familia con aquella formada en matrimonio, junto con esta unión, o quizás desde antes, ha existido otra, denominada actualmente “unión de hecho”, que en contraste con la primera, ha carecido de una regulación, e incluso, en sus orígenes, ha sido considerado ilícita y reprochable por el legislador y la sociedad.

Es recién durante la segunda mitad del siglo XX que la jurisprudencia nacional admitió que de este vínculo podían derivarse una serie de efectos jurídicamente relevantes, aunque no de manera directa, ya que se consideraba que al constituir una situación de hecho no era capaz de producir efectos jurídicos por sí misma. De esta manera, fue ante en la necesidad de dar solución a los principales problemas que se producían con ocasión de esta unión, particularmente, aquel de carácter patrimonial, que dice relación con el destino de los bienes y gananciales acumulados durante la vigencia del vínculo, y ante la ausencia de obligaciones jurídicas directos entre sus partes, que resultó necesario ubicar otras causas concretas para las mismas, surgiendo, entonces, la comunidad no convencional y la sociedad de hecho como categorías aptas para lograr aquello que la unión de hecho, por su naturaleza, no puede producir; la distribución de los bienes y utilidades patrimoniales acumuladas durante la vida en común. Limitando el tema de la unión de hecho sólo a su ámbito patrimonial.

Con la dictación de la constitución política de 1980 y la modificación de una serie de leyes se produjo en Chile un gran cambio en el estatuto del derecho de familia, otorgándole a la familia un lugar y contenido como “núcleo fundamental de la sociedad”, y como deber del estado “su protección y propender a su fortalecimiento”, además, estableciendo al matrimonio como base fundamental de la familia, dando cabida a otras fuentes. Es en base a estas normas que actualmente gran parte de la doctrina está conteste en que podemos incluir a la unión de hecho como fuente de familia.

Esta nueva ubicación de la unión de hecho coincide con la dictación de una serie de normas que vienen a producir un cambio en la lógica jurisprudencial de limitar sus efectos al

ámbito patrimonial, en donde el vínculo afectivo que une a los concubinos adquiere el carácter de razón justificativa de su especialidad.

Es de esta manera que el criterio que sitúa a la unión de hecho en el derecho de las obligaciones parece estar en contradicción con su actual consideración como fuente de familia y además con la irrupción del elemento “afectividad” en el derecho.

Ante esta nueva realidad resulta necesario definir ahora cuáles son sus efectos jurídicos pero ahora desde el derecho de familia, tanto los patrimoniales como los extrapatrimoniales, con el objeto de otorgar certeza de los derechos de un sinnúmero de personas que actualmente están en esta situación.

El siguiente trabajo se refiere a aquellos efectos extrapatrimoniales que surgen de una unión de hecho, particularmente, a aquellos de índole personal que se producen entre sus integrantes. La necesidad de abordar este tema surge por el casi nulo tratamiento normativo que tiene el tema en Chile, y porque en lo que respecta a su tratamiento jurisprudencial, se limita a tratarse como una institución del derecho de las obligaciones. Además, considerando que la constitución de una unión de hecho presupone una comunidad de vida, dando pie a un proyecto de vida en común, surge válidamente la pregunta ¿nuestro ordenamiento jurídico permite inducir derechos y deberes de índole personal entre los integrantes de una unión de hecho, tendientes a consolidar y asegurar su comunidad de vida?

En consecuencia, el objetivo general de este trabajo es demostrar si nuestro ordenamiento jurídico vigente, permite o no, inducir efectos jurídicos personales entre quienes forman parte de una unión de hecho. De este objetivo general, es posible extraer los siguientes objetivos específicos: Identificar la noción de derechos y deberes aplicable a la unión de hecho, así como determinar la noción de unión de hecho como vínculo respecto del cual el derecho reconoce ciertos efectos; una vez determinados los efectos, centrar el análisis en los efectos personales y determinar qué debemos entender por tales, tanto desde una perspectiva de las unión de hecho, tomando en consideración la ausencia de un estatuto general, así como, desde

el matrimonio; para finalmente examinar los proyectos de ley que se han presentado sobre el tema.

Así, la hipótesis que se plantea en el siguiente trabajo es que “nuestro ordenamiento jurídico vigente sí permite inducir efectos jurídicos personales, entre las personas que forman parte de una unión de hecho”.

Para efectos de determinar si la hipótesis señalada puede ser comprobada o, por el contrario, se refute, el método de investigación será el dogmático jurídico, documental, de carácter de inductivo y finalmente de lege data.

CAPÍTULO I

ASPECTOS TEÓRICOS: “DERECHOS”, “DEBERES” Y “OBLIGACIONES”; Y LA DEFINICIÓN DE UNIÓN DE HECHO

1. Referencia a la noción de “derechos”, “deberes” y “obligaciones”

Los términos “derechos”, “deberes” y “obligaciones” han sido empleados en diversos sentidos en nuestro derecho, produciéndose en ocasiones confusiones al momento de emplearlos entre los juristas, e incluso, por parte del mismo legislador, cuestión que queda de manifiesto en nuestro código civil al tratar precisamente los “derechos y deberes recíprocos entre los cónyuges” bajo el título “obligaciones entre los cónyuges”, siendo que estos no constituyen obligaciones en su sentido técnico.

Con esto, resulta necesario identificar, señalar y distinguir los diversos sentidos de estos términos.

Así, una primera noción nos presenta un concepto amplio de deberes, que responde a la necesidad de actuar en determinada forma o abstenerse de hacerlo, en virtud de múltiples consideraciones sociales, éticas, morales y jurídicas.

Sin embargo, para efectos de identificar deberes jurídicamente relevantes, descartaremos aquellas consideraciones que tienen un contenido netamente social, ético o moral, y nos centraremos en los deberes impuestos por el legislador, esto es, en los deberes jurídicos.

Esta noción es formulada por René Abeliuk, quien define al deber jurídico como: “Una norma de conducta impuesta coactivamente por el legislador, en el sentido de que se sanciona su inobservancia” (Abeliuk, 2008). En este sentido, señala que las obligaciones son un “deber jurídico”, pero es una categoría que compartiría con otros deberes, que no constituyen obligaciones en un sentido técnico. De esta manera, obligación constituiría la especie y deber jurídico el género.

Luego, además de las obligaciones, existen otros tipos de deberes que comparten estas características. Siguiendo al mismo autor, podemos distinguir principalmente tres categorías:

Los deberes generales de conducta, los deberes específicos de conducta, y las obligaciones en su sentido técnico estricto:

“Así, es deber general de conducta, actuar conforme a derecho, cumpliendo sus prescripciones imperativas, y absteniéndose de lo prohibido, estando sancionada su infracción, pero agrega, que además de este deber general, el legislador establece también deberes específicos que él mismo suele calificar de obligaciones, aunque no lo son técnicamente; y es en estos en donde incluye a los deberes de familia que rigen las relaciones no pecuniarias entre padres e hijos, cónyuges entre sí, etc. Se diferencian fundamentalmente de las obligaciones propiamente tales, en que por el contenido moral y afectivo que suponen, no son susceptibles ni de ejecución forzada ni de indemnización de perjuicios en caso de infracción”. (Abeliuk, 2008, pág. 13)

Una segunda noción, en términos similares, plantea la necesidad de considerar la presencia o ausencia de patrimonialidad de las relaciones entre dos personas, como dato técnico para superar la ambivalencia entre los términos obligación en su sentido técnico y deber jurídico (Lasarte Álvarez, 2005, pág. 270).

Felipe Osterling y Mario Castillo (2005) proponen una categorización similar, aludiendo a que con las obligaciones no agotamos los tipos de deberes que es posible identificar en las relaciones entre las personas, distinguiendo: las obligaciones propiamente tales, los deberes jurídicos con contenido patrimonial, los deberes jurídicos que carecen de contenido patrimonial, los deberes morales o de solidaridad social y los deberes jurídicos generales sin contenido patrimonial.

Principalmente en las primeras incluye lo que entendemos por obligaciones civiles, que según el Art. 1.470 del C.C., son aquellas que nos dan derecho a exigir su cumplimiento:

“(…las obligaciones son civiles o meramente naturales. Civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento. Naturales, las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento; pero que cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas”.

Un punto interesante es el error que cometen algunos autores al excluir totalmente de las obligaciones civiles al derecho de familia, señalando que, en la medida que contengan un contenido de patrimonialidad, se transforman en obligaciones civiles (como el deber de

alimentos) ya que este originan una relación acreedor-deudor, por un vínculo que emana de la ley, con el mencionado carácter de patrimonialidad (Osterling Parodi & Castilla Freyre, 2005).

2. Breve referencia a la unión de hecho en Chile

En Chile no existe una definición legal de familia, pero tradicionalmente los autores han sostenido que la debemos entender como: “aquel conjunto de personas unidas por el vínculo del matrimonio, parentesco o la adopción” (Somarriva, 1983)

Así, de acuerdo con esta noción, deberíamos concluir que el único vínculo jurídicamente válido por el cual una pareja puede decidir regular sus relaciones y formar una familia es el matrimonio.

Sin embargo, como se demostrará más adelante en esta investigación, no podemos limitar el concepto de familia a los términos recién expuestos, y es precisamente en este lugar en el que debemos ubicar a la unión de hecho.

Algunos autores se refieren a diversas posturas que una sociedad, estado y un ordenamiento jurídico pueden tomar respecto del concubinato. En este sentido, René Ramos Pazos (2010) distingue entre una postura abstencionista, una sancionadora, una equiparadora y una posición proteccionista.

Javier Barrientos afirma que en el caso chileno es posible dar cuenta del tránsito por estas posiciones a través del tiempo. Así, podemos ver cómo la unión de hecho, de ser una situación jurídica y socialmente reprochable pasó a ser considerada una situación jurídicamente relevante, dando cuenta de las consecuencias importantes que genera entre quienes forman parte de esta. Superada esta etapa, la jurisprudencia y doctrina chilena, desde el siglo XX en adelante, pasaron a admitirla como una realidad latente en nuestra sociedad, considerando sus consecuencias jurídicamente relevantes. Con esto trasladó el interés respecto de su licitud o ilicitud a sus efectos y la necesidad de brindar soluciones jurídicas a eventuales problemas. (Barrientos & Novales, Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, 2005, págs. 50, 51) (Turner Saelzer, 2010).

3. Acercamiento a una definición de unión de hecho

Si bien la unión de hecho actualmente no se encuentra calificada como ilícita, y socialmente es una realidad que va en aumento, hoy no existe una definición legal al cual hacer referencia, como consecuencia, su desarrollo y tratamiento ha sido casi totalmente por vía jurisprudencial y doctrinal.

Atendido el silencio legal, se hace necesario acudir a las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales con el objeto de pasar a determinar, qué es lo que debemos entender por unión de hecho, aclarar si cualquier unión entre dos personas es susceptible de originarla, o bien, si es necesario que cumpla con determinados requisitos para con esto, producir efectos jurídicamente relevantes.

En este sentido, son varios los autores que han propuesto una definición de unión de hecho o concubinato. Manuel Somarriva, ha definido al concubinato como: “La unión de un hombre y de un mujer que mantienen relaciones sexuales y que comparten una vida en común” (Somarriva, 1983, pág. 169). Por su parte, Humberto Pinto Rogers, define el concubinato como: “la situación en que se encuentran dos personas que viven como marido y mujer, aparentando estar casadas, pero sin haberse sometido a las formalidades previstas para la celebración del matrimonio” (Pinto Rogers, 1942, pág. 22). Federico Puig, lo entiende como: “Una unión duradera y estable de dos personas de sexo opuesto, que hacen vida marital con todas las apariencias de un matrimonio legítimo”. Javier Barrientos y Aránzazu Novales: “Una unión lícita, entre un hombre y una mujer, fundada en un hecho que consiste en la convivencia afectiva-sexual, a la que el derecho reconoce con ciertos efectos ” (Barrientos & Novales, 2005, págs. 59-65).

Como podemos observar, en estas definiciones encontramos puntos de coincidencia, a saber; singularidad, licitud y convivencia (afectiva-sexual, notoria y permanente) y creemos que efectivamente estos elementos en los que coinciden los autores son determinantes para estar frente a una unión de hecho. Sin embargo, en lo que respecta al elemento heterosexualidad, también presente en cada una de las definiciones, creemos que no existe hoy en día fundamento jurídico (ni de otra naturaleza), que lleve a limitar la unión de hecho a

parejas de distinto sexo, por lo tanto, no debería formar parte de la definición de este tipo de unión ni de sus elementos determinantes, según señalaremos a continuación.

Para efectos de esta investigación, tomando como referencia las definiciones que ya existen de la institución “unión de hecho”, y las consideraciones recién expuestas en cuanto a la diferencia de sexo, entenderemos como unión de hecho: *“una unión lícita, entre dos personas, fundada en la convivencia de carácter afectiva-sexual, notoria y permanente, a la que el derecho le reconoce ciertos efectos”*.

4. Elementos determinantes de la unión de hecho

Los elementos determinantes o tipificadores pueden ser definidos en principio como: “aquellos sin los cuales no es posible que la unión de hecho se configure, o aquellos sin los cuales la unión de hecho no es capaz de producir efecto alguno en el ámbito del derecho”. (Báez & Contreras, 2009)

De esta manera, estos elementos se configuran como verdaderos “requisitos de existencia”, sin los cuales “la unión de hecho no es capaz de producir efecto alguno en el ámbito del derecho”.

La anterior afirmación toma toda relevancia para efectos de esta investigación, desde el momento en que estos elementos, que se consideran necesarios para estar frente a una unión de hecho, como se verá más adelante, coinciden con algunos de los derechos y deberes necesarios para la estabilidad de una comunidad de vida, ya sea dentro del matrimonio como fuera de él.

4.1. Singularidad

Con la singularidad se está poniendo como condición que los demás requisitos para estar frente a una unión de hecho se deben verificar respecto de dos sujetos solamente, excluyendo con esto, las uniones de hecho comunales o grupales.

4.2. Licitud

Respecto a este punto, Javier Barrientos (2007) señala que, “el elemento licitud se expresa, principalmente, en los siguientes tres ámbitos: Libertad de la unión, La edad bastante para reconocer unión de hecho y la no afectación de un matrimonio”

En cuanto a la “libertad de la unión”, el autor señala que esta se manifiesta como consecuencia lógica de la proscripción general de la fuerza en el derecho privado, es decir, el hecho de la convivencia no puede haber sido arrancado de la fuerza, física o moral, ejercida en alguno de los convivientes. (Barrientos, 2007)

Respecto de “la edad bastante para reconocer a una unión de hecho”, considerando que la jurisprudencia ha reconocido efectos patrimoniales, a través de la comunidad convencional y la sociedad de hecho, -aún cuando estos sean de manera indirecta-, resulta coherente que se exija la capacidad de ejercicio general de derecho civil, de lo contrario se aceptaría una cuestión de excepción, sin fundamento legal, y además, se contribuiría a una situación más de incertidumbre respecto de estas uniones. (Barrientos, 2007)

Finalmente, respecto de la no afectación de un matrimonio, sobre la base de la protección constitucional y legal que hace nuestro ordenamiento jurídico de la familia, y especialmente, de la familia matrimonial, el reconocimiento de la unión de hecho no puede traer como consecuencia menoscabar o afectar un vínculo matrimonial existente (Barrientos, 2007)

4.3. La convivencia

Esta unión lícita, entre dos personas, se origina de un hecho, a diferencia de las relaciones matrimoniales que se fundan, además, en un acto jurídico solemne, el matrimonio.

Este hecho está constituido por la convivencia, la comunidad de vida que se forma entre la pareja, y nos permite distinguir estas relaciones de aquellas circunstanciales o pasajeras.

Este elemento es de suma importancia en la unión de hecho, constituye su piedra angular, toda vez que por medio de esta se proyecta una comunidad de vida (*consortium vitae*) entre los concubinos que determinará sus futuros efectos:

“se trata de una unión, es decir, una unidad constituida por dos personas diversas, cuya situación común y unitaria se vuelve relevante para determinar efectos jurídicos, por encima de las posiciones individuales de cada una de las personas que la forman” (Barrientos & Novales, 2005, pág. 58)

Es esta unidad entre sus constituyentes y la configuración de un interés común, lo que se vuelve como causa suficiente para determinar sus efectos, situados por cierto dentro del derecho de familia. Es de esta manera que podemos ver cómo en el matrimonio es la estabilidad de la comunidad de vida que se forma lo que se pretende asegurar y proteger a través de los derechos y deberes establecidos a los cónyuges.

Sin embargo, para que la convivencia pueda ser causa de la unión de hecho, y proyectarse como una comunidad de vida, debe cumplir con determinadas notas o requisitos, a saber: 4.3.1. Notoriedad 4.3.2. Permanencia 4.3.3 afectividad 4.3.4. carácter sexual.

4.3.1. La notoriedad

La notoriedad dice relación con la exteriorización de la relación a la sociedad, con la publicidad y, lógicamente, requiere que no sean uniones clandestinas u ocultas. Es este carácter el que la convierte en un hecho de interés jurídico. (Barrientos & Novales, 2005). En los mismos términos señala Court: “la unión debe ser susceptible de público conocimiento y no encontrarse oculta por los sujetos de la relación” (Court, 2009, pág. 229), Podemos relacionarlo con lo que autores como Federico Puig y Humberto Roger denominan como “*la apariencia de matrimonio*”

4.3.2. La permanencia

La permanencia también constituye un elemento importante, ya que toda comunidad de vida requiere de cierta estabilidad y proyección en el tiempo, para así distinguirse de relaciones ocasionales y llevar adelante un proyecto de vida unitario. (Barrientos & Novales, 2005)

Si falta esta modalidad, resultaría inaplicables la casi totalidad de los efectos que cabe adjudicar a la convivencia extramatrimonial. Pero así como el matrimonio, también en el concubinato, puede haber momentos breves de rupturas seguidas de pronta reconciliación, sin que ello afecte el carácter de permanencia que la relación presente. (Court, 2009, pág. 229).

4.3.3. La afectividad

Este elemento denota la comunidad de vida generada y querida por las personas que forman la unión de hecho y que, entre diversas consecuencias, la diferencia de otros eventuales géneros de uniones de naturaleza diversa (Barrientos & Novales, 2005). Constituyen el elemento subjetivo de la convivencia entre los dos miembros de la pareja. (Báez & Contreras, 2009)

En el mismo sentido, las autoras María Dora Martinic y Graciela Weintein señalan que al hablar de *affeccio* o afectividad nos estamos refiriendo al afecto recíproco entre los convivientes, que constituye la causa de la convivencia misma. Es precisamente en virtud de este afecto, que los convivientes cumplen espontáneamente los deberes propios de una unión matrimonial y a la larga da lugar al trato en un pie de igualdad entre los miembros de la pareja. (Weinstein & Martinic, 2004)

Turner (2010), señala que es precisamente esta afectividad que subyace en la convivencia que sirve de base a la unión de hecho, la que le otorga el carácter de institución del derecho de familia, y que la consecuencia de su irrupción en el ámbito legal es el acercamiento de la unión de hecho al matrimonio. Así, en varias disposiciones legales la alusión a la pareja no casada se hace inmediatamente a continuación de los cónyuges, por ejemplo, en la Ley de Tribunales de Familia y a propósito del principio de no autoincriminación, como veremos en páginas siguientes.

4.3.4. El contenido sexual

El contenido sexual es un elemento que nos permite perfilar esta unión y diferenciarla de otras, respecto de las cuales existe afecto, pero no tienen un carácter sexual.

Eduardo Court (2009) plantea que la convivencia y la cohabitación implican una comunidad de vida y una comunidad de lecho, es decir, que entre los concubinos existan relaciones sexuales o, al menos, la apariencia de ellas, ya que la relación sexual es un elemento que está presente en un matrimonio normalmente constituido y el concubinato se caracteriza también por ser una especie de matrimonio “aparente”.

En el mismo sentido, Ramos (2010) afirma que Lo que caracteriza al concubinato es el hecho que la pareja mantenga relaciones sexuales fuera de matrimonio, con cierto grado de estabilidad y duración, realizando un género de vida semejante a las unidas por vínculo matrimonial.

4.4. La diferencia o no de sexo entre sus integrantes.

En cuanto a este elemento, si bien tradicionalmente la diferencia de sexo entre quienes forman una unión de hecho ha sido admitido por doctrina y jurisprudencia como un elemento determinante, durante los últimos años en el mundo se ha producido el fenómeno de igualar el acceso a instituciones antes reservadas exclusivamente a parejas heterosexuales, otorgando ahora, la posibilidad de que parejas del mismo sexo puedan regular sus relaciones de convivencia afectivo-sexuales, no solo a través de la unión de hecho, sino que incluso por medio del matrimonio.¹

En Chile, actualmente se mantiene una postura tradicional, tanto legal como jurisprudencialmente, sin embargo, hoy en el congreso se encuentran al menos cuatro proyectos de ley que tienen por objeto otorgar un estatuto legal a la unión de hecho y que incluyen, como sujetos habilitados para unirse, a parejas del mismo sexo. Proyectos que analizaremos en las páginas siguientes.

Sin perjuicio de la postura tradicional, creemos que hoy en nuestro ordenamiento jurídico vigente no existen fundamentos suficientes para establecer que, entre personas del mismo sexo, no se pueda establecer una convivencia afectiva-sexual, enmarcada dentro de una unión de hecho.

Nuestra constitución en su artículo 1° establece: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y agrega, “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización

¹ Ejemplo de esto lo podemos encontrar en el derecho comparado, en legislaciones como la argentina, española, francesa, alemana, mexicana y peruana, que en distintas medida han consolidado mecanismos para que personas

espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece” en base a esta norma podemos afirmar que no se pueden establecer diferencias arbitrarias entre personas sólo por su condición sexual, existiendo incluso por parte del estado el deber de satisfacer los intereses de todos los integrantes de la comunidad nacional, propendiendo a su desarrollo materia y espiritual

Por otro parte, si examinamos cada uno de los elementos determinantes de una unión de hecho, no vemos problema alguno con hacerlos extensibles respecto de parejas del mismo sexo. Así una convivencia entre parejas homosexuales se funda, al igual que en el caso de aquellas entre personas de distinto sexo, en un hecho dotado de iguales caracteres de afectividad, permanencia o estabilidad, al cual el derecho le reconoce ciertos efectos. (Barrientos, 2007)

Con todo, los autores señalan que el problema principal de su consideración como unión de hecho estriba en la noción constitucional de familia, en cuanto núcleo fundamental de la sociedad y para que una unión de hecho no heterosexual resultara comprendida en tal noción debiera admitir que se predique de ella dicho carácter de “núcleo fundamental de la sociedad”. (Barrientos, 2007)

Sin embargo, no vemos problema en que una unión de hecho entre personas del mismo sexo sea considerada “núcleo fundamental de la sociedad”, pues un aspecto relativo a la sexualidad de las personas no puede ser suficiente para ser excluidos de tal noción constitucional de familia, considerando también otros principios constitucionales como el de libertad, específicamente el de la libertad para explicitar la condición, situado en el ámbito de los derechos personalísimos en el género sexual que se deducen de las garantías establecidas en el artículo 19 de la constitución. Es de esta manera que, por esta exclusión, que parece ser claramente arbitraria, se estaría más que protegiendo deberes o principios, contraviniéndolos, toda vez que se prohíbe a la ley y a las autoridades generar discriminaciones arbitrarias.

CAPÍTULO II

LA UNIÓN DE HECHO Y FAMILIA.

El reconocimiento de la unión de hecho y el de sus efectos está estrechamente vinculado al lugar que ha ocupado a través de la historia, de esta manera, daremos cuenta que actualmente este lugar se sitúa en el derecho de familia, y, desde esta perspectiva, es posible comprender su especialidad e incluir en ella aquellos efectos de carácter extra-patrimonial que han sido ignorados anteriormente, entre éstos, los de índole personal entre los integrantes de la unión.

De esta manera, primero veremos cómo la unión de hecho actualmente puede ser incluida en la noción de “familia”, atendiendo al carácter dinámico de dicha expresión, y, en segundo lugar, veremos cómo dicha inclusión puede ser actualmente fundamentada en normas constitucionales y legales en virtud de una serie de reformas que se verifican a partir de la década de los 80.

1. La unión de hecho en la evolución de la noción de familia.

Como ya dijimos anteriormente, en Chile, ante la ausencia de definición legal, fue la doctrina quien se encargó de definir familia, como: “El conjunto de personas unidas por el vínculo de matrimonio, del parentesco o de la adopción” (Court, 2009; Ramos, 2010; Somarriva, 1983), resumiendo las relaciones familiares en tres órdenes; las conyugales, las paterno filiales, y las que genéricamente se llaman paternas. (Court, 2009)

Sin embargo, considerando el carácter dinámico que tiene el término familia, no debemos limitar su contenido sólo a estos elementos. Como bien señala Barrientos y Novales:

“La familia constituye una realidad anterior al derecho y, en cuanto tal, representa la realidad que, originariamente, no depende del Derecho, sino que está directamente vinculada con las sociedades en las cuales se presenta. Así, su propia noción y contenido son el reflejo de una serie de convicciones sociales y, por la misma razón, la familia, se presenta, necesariamente, como una realidad histórica y pre-jurídica”. (Barrientos & Novales, 2005, pág. 3).

De esta manera, su noción y contenido debemos buscarlo en las convicciones que como sociedad tenemos en un momento determinado, afirmación que toma más sentido ante la ausencia definición legal.

Es así cómo a través de la historia hemos sido testigos de importantes modificaciones en el derecho de familia que son reflejo de nuestra evolución como sociedad. A modo de ejemplo:

El paso desde de una concepción de familia “extensa” a una “nuclear”, así como la inclusión una monoparental² (Barrientos & Novales, 2005)

En 1998, con la dictación de la ley 19.585 se puso fin a la distinción y discriminación entre hijos legítimos, naturales e ilegítimos. (Ramos, 2010)

Cuestión similar se presenta con los alcances de la noción de familia.

Durante todo el siglo XIX, y gran parte del siglo XX, la sociedad chilena aún comprendía a la familia legítima como aquella formada en matrimonio. Cuestión que se manifiesta en nuestro código civil redactado en el siglo XIX.

Sin embargo, durante la redacción del mismo código civil, en el mismo texto legal, aparecía ya el reconocimiento de una “suerte de familia” no fundada en el matrimonio, sino simplemente en la procreación. Como señalan Barrientos y Novales:

“las reglas originarias sobre la filiación, que distinguían la existencia de hijos “legítimos”, hijos “naturales” e hijos “simplemente ilegítimos”, daban cuenta de preconceptos que asumían la existencia de una familia “natural” o de una familia “ilegítima”, precisamente en aquellas en las que no existía matrimonio, tanto en los casos en los cuales los padres convivían de una manera estable, cuanto en aquellos en que los hijos eran frutos, en palabras del mensaje del C.C: “de un comercio carnal, vago, incierto” (Barrientos & Novales, 2005, pág. 8).

² Entendiendo ésta como aquella propia del siglo XIX, que supone la convivencia del padre, madre, hijos, junto a otros parientes por consanguinidad y afinidad, frecuentemente abuelos, hermanos, tíos, sobrinos etc. respecto de la cual, incluso, se basaba un sistema económico, a la actual Familia “nuclear”, que es aquella formada solamente por el padre, la madre y los hijos comunes, en donde la nueva pareja abandona a sus familias de origen y establecen su convivencia de manera separada e independiente., así como, las familias “monoparentales”, y las constituidas sólo por la pareja sin hijos.

Es a partir de la segunda mitad del siglo XX, que por diversas razones (principalmente la secularización del matrimonio, y la ausencia divorcio vincular) se produce un aumento de convivencia fuera del matrimonio, con caracteres de estabilidad, permanencia y la intención de compartir una vida en común entre sus integrantes.

En este sentido, Hernán Corral, si bien desde una perspectiva más conservadora del derecho de familia y su noción, describe:

“es posible apreciar en las últimas décadas, un intenso debate sobre la estructura tradicional de la familia construida sobre el matrimonio indisoluble, monogámico e institucionalizado, debate, que nos llega del resto del mundo occidental, donde desde los años ‘60, y con este, se comienza a producir una fuerte presión mediática, ideológica, política y cultural, para sustituir los principios o paradigmas del derecho de familia que habían perdurado durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX. Influyen en este cambio los tratados internacionales que incursionan en materias familiares³. (Corral Talciani, 2005)

De esta manera, se instalan en nuestra sociedad parejas que conviven, con un proyecto en común y con la convicción de poder formar una familia sin acudir al matrimonio, produciéndose, como señala Corral, una nueva comprensión jurídica de la familia, con un contenido elástico y amplio:

“Ya no se trata de establecer reformas legales, sino una nueva comprensión jurídica de la familia. En suma, esta nueva visión denuncia que la familia ya no puede ser una institución, de orden público, indisponible para las partes, con una identidad objetiva, conectada estrechamente con los conceptos de legitimidad y normalidad, y debe pasar a ser un término elástico y amplio capaz de recubrir una enorme gama de asociaciones o relaciones de carácter afectivo-sexual”. (Corral Talciani, 2005)

La jurisprudencia y doctrina no pudo seguir ignorando esta nueva realidad, y de una postura abstencionista paso a considerar jurídicamente relevantes las consecuencias de estas nuevas formas de familia, especialmente como veremos en siguientes páginas, sus efectos patrimoniales.

2. La unión de hecho como fuente de familia en la constitución y en la ley

³ Como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención de los Derechos del Niño, y las nuevas Constituciones de la postguerra. (Corral Talciani, La familia en los últimos 150 años del código civil. Artículo de revista Chilena de Derecho. Vol. 32, n° 3, 2005)

Ante estas nuevas formas de convivencia afectiva, estables y permanentes fuera del matrimonio, surge la interrogante de si podemos considerarlas como fuente de familia, tomando en cuenta la ausencia de una norma expresa al respecto.

Con la dictación de la Constitución política del Estado de 1980, y una serie de modificaciones legales en los últimos 20 años, se incorporan elementos vinculados con el lugar de la familia en la sociedad y las relaciones entre sus integrantes, que nos entregan fundamentos para incluir a la unión de hecho dentro de la noción de familia.

Este gran cambio que sufrió el estatuto familiar con el surgimiento de la nueva constitución algunos autores lo enmarcan dentro del fenómeno denominado “constitucionalización del Derecho”.

Como bien plantea Corral:

“muchas normas constitucionales tienen incidencia directa en la conformación del sistema de derecho privado, en las distintas áreas en las que éste se suele dividir, incluyendo en éstas, a toda la regulación de la familia, actualmente justificada sobre la base de la declaración constitucional de que ella es el núcleo fundamental de la sociedad (art. 1 inc.2) y que el Estado tiene frente a ella un especial deber de protección y fortalecimiento (art. 1 inc. 5) (Corral Talciani, 2004).

El artículo 1° de la constitución consagra la primera y más importante remisión a la familia, estableciendo en su inciso 2°: “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad” agregando en su inciso final: “es deber del estado dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento”.

En este sentido, algunos autores argumentan que en virtud del artículo, que hace referencia a la familia como “*el núcleo fundamental de la sociedad*”, sin otro requisito para su consideración como tal, debemos comprender un concepto amplio de Familia, al no existir categorización alguna a la que debamos atender. Por otro lado autores, como el mismo Hernán Corral, abogan por una interpretación restrictiva, limitando el concepto sólo a las familias que tienen como causa el matrimonio.

Con la dictación de la nueva ley de matrimonio civil, en donde en su artículo 1° dispone “*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad*”, se reafirma lo dispuesto por la constitución en su artículo 1°, pero agrega.. “*el matrimonio es la base principal de la familia*”

disponiendo con esto que, si bien el matrimonio es la base principal de la familia, con la palabra “principal”, se está aceptando la posibilidad de que las familias tengan otras causas u orígenes distintos al matrimonio.

La inclusión de la unión de hecho dentro del estatuto del derecho de familia, no tiene un fin simplemente clasificador u ordenador de materias, ya que si consideramos el lugar que ocupa esta área del derecho en nuestro ordenamiento jurídico, podemos dar cuenta que no es posible situarlo en un ámbito ni estrictamente privado ni público. Es de este modo, que el derecho de familia reviste de una especial valoración por nuestro legislador y sociedad, que influye en sus principios, regulación y aplicación. Como consecuencia, las instituciones que quedan incluidos en ésta área comparten estas características.

Barrientos y Novales (2005) estiman que, enmarcado en el proceso de constitucionalización del derecho de familia, hoy podemos hablar de la configuración de una suerte de orden público constitucional familiar

En este sentido, Turner plantea la relevancia de situar a la unión de hecho como institución del derecho de familia, considerando el actual tratamiento jurisprudencial respecto de sus “efectos” patrimoniales, limitado a la teoría de las obligaciones:

“(…) Así, desde esta dimensión (desde el derecho de familia) permitiría otorgar coherentemente ciertos derechos a sus miembros que, en el caso del matrimonio, evidentemente tienen su fundamento en la relación afectiva que une a los cónyuges. En esta situación se encontrarían los derechos previsionales y los sucesorios, así, desde la óptica familiar resulta mucho más armonioso un sistema legal que reconozca derechos patrimoniales en esos dos ámbitos a aquel que ha fundado una comunidad de vida, con otro desde un punto de vista obligacional”. (Turner Saelzer, 2010).

CAPÍTULO III

LOS EFECTOS DE LA UNIÓN DE HECHO

La unión de hecho genera efectos jurídicamente relevantes y desde el momento de ser considerada como una causa de familia, en virtud de lo dispuesto en la constitución y en la ley, es deber del estado atender a las cuestiones más importantes que respecto de ésta puedan generarse.

El reconocimiento en nuestro derecho de sus efectos, como el de la misma institución, ha sido de manera paulatina, enmarcado dentro del proceso evolución del derecho de familia. Su desarrollo ha sido original y principalmente a través de la doctrina y jurisprudencia. Como señala Turner (2010), esto trae como consecuencia; que sus fuentes normativas se limiten a las sentencias dictadas por los tribunales de justicia, produciendo que se ponga en entre dicho el sistema de fuentes formales del derecho, y además, otorga un rasgo confuso a la discusión sobre si se deben o no regular legalmente la unión de hecho y la forma que debiera hacerse⁴:

Javier Barrientos y Aránzazu Novales (2005) señalan que una vez superada la discusión respecto de la licitud del concubinato, la jurisprudencia nacional admitió que de él podían derivarse una serie de efectos jurídicamente relevantes, entre los cuales revestía una especial importancia la situación de los bienes adquiridos durante la existencia de la unión de hecho, aplicando para este objetivo, principios e instituciones del derecho de las obligaciones, considerando que la jurisprudencia estaba conteste que la unión de hecho no genera por si

⁴ “En efecto, se trata de una de aquellas materias que en el ordenamiento civil chileno tienen una fuente jurisprudencial, hecho que pone en entredicho el sistema de fuentes formales del derecho nacional. De la máxima del valor relativo de las sentencias judiciales del art. 3º inciso 2º CC pasamos al reconocimiento de un régimen construido a partir de tales sentencias. Esta característica en cuanto a su fuente otorga, además, un cierto rasgo esquizofrénico a la discusión sobre si el legislador debe o no regular las uniones de hecho y de qué forma debiera hacerlo, en la medida que la argumentación a favor de una tal regulación parte de la base que se trata de una materia sin estatuto aplicable y sin embargo, cualquier abogado que asuma la defensa de un caso de quiebre de una unión de hecho, sabe qué alegar en el juicio y qué hechos probar para lograr un resultado exitoso en cuanto a la división de los bienes habidos por la pareja durante su relación. Por otra parte, esta característica provee de un argumento de peso a aquel sector que aboga porque no es necesario dictar un estatuto jurídico específico para las uniones de hecho en la medida que sus problemas más relevantes ya cuentan con una solución en nuestro sistema y por consiguiente, no es efectivo que los miembros de la unión se encuentren en una situación de indefensión imputable al ordenamiento jurídico” (Turner Saelzer, 2010).

misma efectos jurídicos de carácter patrimonial, debiendo buscar otros mecanismos, a saber; la comunidad cuasicontractual, la sociedad de hecho y la prestación de servicios no remunerados.

Sin embargo, como señala Turner (2010), esta decisión de los tribunales trae por lo menos tres importantes consecuencias; que el tema, si bien, se sitúe dentro de la normativa vigente, se limite solo al ámbito patrimonial, dejando fuera el campo extra-patrimonial. También provoca la separación con su figura más próxima, el matrimonio. Y finalmente, produce la consecuencia de dejar fuera toda una gama de los efectos de la unión de hecho, a saber; los efectos personales entre sus integrantes se derivan basadas en la afectividad que les sirve de base.

Como se señaló al hacer referencia a los requisitos de una unión de hecho, el contenido afectivo sexual es un elemento determinante para su existencia, que le otorga contenido al elemento convivencia, necesaria para la estabilidad de la comunidad de vida que se forma entre los concubinos. Luego, al no considerar este elemento se parece estar desnaturalizando la unión de hecho, toda vez que constituye su piedra angular.

De esta manera pasaremos a examinar los efectos que tradicionalmente doctrina y jurisprudencia han clasificado en; efectos personales entre las parejas que forman una unión de hecho y efectos o relaciones patrimoniales entre estas mismas personas, con el objeto de demostrar, primero, que de seguir la lógica jurisprudencial de sólo considerar los últimos y dejar fuera el elemento afectividad, trae como consecuencia que la naturaleza de la unión de hecho se limite casi exclusivamente al ámbito patrimonial, considerando que las soluciones aplicadas se fundamentan mayoritariamente en instituciones del derecho de las obligaciones; cuestión que, de acuerdo a todo lo expuesto anteriormente, no coincide con el lugar que ocupa la unión de hecho actualmente en el derecho de familia.

En segundo lugar, pasaremos a examinar los efectos personales, tomando como referencia la normativa expresa que respecto de los cónyuges existe en nuestro derecho (artículo 131 y siguientes del código civil) y demostrando que, no obstante su ubicación en el código civil, podemos interpretarlos como principios del derecho de familia atendiendo a su

finalidad. Finalmente pasaremos a identificar estos deberes de índole personal ahora en la unión de hecho dando cuenta de su coincidencia con alguno de sus elementos determinantes.

1. Efectos patrimoniales.

La legislación chilena no considera ninguna disciplina singular y propia a la cual sujete la diversidad de relaciones patrimoniales que puedan derivarse de una unión de hecho no matrimonial entre las personas que la forman (Barrientos & Novales, 2005)

No obstante esto, es posible identificar una serie de consecuencias jurídicamente relevantes que se derivan de las relaciones patrimoniales entre las personas que forman una unión de hecho, especialmente, la situación de los bienes adquiridos durante la unión no matrimonial.

La constitución de una unión de hecho presupone una comunidad de vida, dando pie a un proyecto de vida en común, lo que puede traer como consecuencia que en muchos casos la adquisición de bienes sea producto del esfuerzo común, sin necesidad de realizar una actividad en común

Ante esta realidad, los tribunales de justicia se han visto en la necesidad de otorgar soluciones jurídicas, considerando la ausencia de efectos patrimoniales directos entre las personas que forman una unión de hecho.

De esta manera, cada vez que se produce el cese del vínculo, y se produce incertidumbre respecto del destino de los bienes adquiridos durante la vida en común, el tema es situado en el campo de ciertas instituciones civiles preexistentes, de carácter netamente patrimonial. (Court, 2009)

Luego, desde este punto de vista, lo determinante ya no es probar si se ha formado o no una unión de hecho entre la pareja, es si se ha formado un estado de indivisión respecto de determinados bienes adquiridos durante su existencia. (Barrientos & Novales, 2005) Un régimen de bienes en común.

Para estos efectos, son dos las vías, probar la existencia de una comunidad de bienes, o bien, la constitución de una sociedad de hecho.

La comunidad de bienes, como régimen de relaciones patrimoniales, consiste, básicamente, en los efectos que provienen de la formación de una comunidad no convencional entre los concubinos, sujeta por ende, a las prescripciones contenidas en los artículos 2304 a 2313 del código civil. (Barrientos & Novales, 2005)

Luego, si es posible establecer que determinados bienes fueron adquiridos por el esfuerzo común de ambos convivientes, es posible aplicar la figura de la comunidad de bienes, aunque cada concubino haya desarrollado su propia actividad.

De la anterior afirmación, se desprende que no basta con la existencia de una unión de hecho, ya que su presencia resulta indiferente para determinar el estado de indivisión de los bienes en común, lo relevante es que concurren los requisitos contemplados para toda comunidad, esto es, que los bienes que forman la comunidad fueron adquiridos en conjunto o producto de un esfuerzo común. Así es como alguna jurisprudencia ha estimado que las labores domésticas que realiza uno de los concubinos también puede ser considerada como esfuerzo común para la adquisición de bienes comunes. (Barrientos, 2007), Así lo han establecido nuestra jurisprudencia:

“Que, apoyados en las probanzas rendidas, los jueces del fondo concluyen que el mero hecho de una relación de convivencia entre las partes no importa una comunidad de bienes al tenor de lo dispuesto en el artículo 2304 del Código Civil, mientras no se comprueben los aportes o contribuciones materiales efectuados en la adquisición de los bienes cuya declaración de comunidad se pretende. De manera tal, que al no existir elementos de convicción en el sentido anotado, no es posible reconocer la existencia de una comunidad de hecho entre el actor y...”. (Recurso de casación en el fondo - Vargas Guzmán, René c/ Morales González, María L , 2011)

Lo misma situación queda de manifiesto en la siguiente resolución que rechaza un recurso de casación en el fondo:

“(…) Que, entonces, al resolver ha de tenerse en cuenta que, para impetrar el reconocimiento del derecho sobre bienes adquiridos durante el periodo de vida en común, no basta con esgrimir la relación de convivencia. Así se ha dicho que "la comunidad de bienes entre los concubinos no emana

del concubinato, ni de la circunstancia de haberse adquirido durante el lapso en que hicieron vida matrimonial, sino del hecho de haberse acreditado que los bienes fueron adquiridos con el producto del trabajo realizado conjuntamente.

Que en el caso que nos ocupa, de acuerdo con lo expresado en los racionios que anteceden, procede concluir, como acertadamente lo resolvieron los jueces, que el concubinato constituye una presunción de existencia de comunidad entre concubinos, no crea el concubinato, por sí solo.

En consecuencia y al no haberse acreditado legalmente en el juicio la existencia de la comunidad pretendida por la demandante, los errores de derecho que se hacen consistir en las infracciones legales señaladas, no se han cometido, por lo que el recurso en estudio debe ser desestimado...”. (Isla Peña, Mariela E. c/ Valenzuela Rovere, Anita E. y otra s/ Juicio declarativo de comunidad - Recurso de casación en el fondo, 2010)

Lo mismo respecto de la sociedad de hecho, también a finales del siglo XIX otra forma de reclamar los eventuales derechos patrimoniales de una de las personas que habían formado parte de una unión de hecho fue exigida sobre la base de la pretensión de haberse formado una sociedad de hecho entre los concubinos y, por tal razón, debía sujetarse a lo prescrito en el artículo 2057 del código civil: (Barrientos & Novales, 2005)

“(…)Si se formare de hecho una sociedad que no pueda subsistir legalmente, ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno, cada socio tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores y de sacar sus aportes...”

En virtud de esta norma, nuestro legislador permite, a quienes hayan formado una especie de sociedad, que califica “de hecho”, probar la existencia de ésta, y con esto, ejercer el derecho de pedir que se liquide, para sacar sus respectivos aportes.

Al igual que en la comunidad de bienes, lo relevante es determinar si se cumplen los requisitos para estar frente a una sociedad, independiente que haya sido de hecho y no se hayan cumplido quizás algunos de los requisitos para su constitución, de esta manera, quién reclame eventuales derechos respecto de los bienes que forman parte de esta sociedad, deberá acreditar la existencia de aportes en común, participación en las utilidades, como contribución en las pérdidas - así como, la *affectio societatis*. (Báez & Contreras, 2009), como lo señala alguna jurisprudencia:

“Que si bien se ha probado el concubinato entre el demandante y doña Emma Zunino, con la confesión de los demandados y las declaraciones de los

testigos, esa sola convivencia, contrariamente a lo que sostiene el demandante, por larga y permanente que sea, no genera por sí sola una comunidad de bienes entre los concubinos; vale decir, puede existir concubinato sin que haya comunidad de bienes ni sociedad de hecho ni nada que se les parezca. Y la existencia de dicha sociedad debe ser probada.

Sólo en el matrimonio legal se forma, por el solo hecho del matrimonio, una comunidad de bienes entre los cónyuges. El concubinato, como se ha dicho, si bien puede ser un antecedente de la sociedad de hecho o de la comunidad de bienes, no da nacimiento por sí solo a una comunidad o a una sociedad, ni puede ser invocado como prueba o como principio de prueba de una comunidad o de una sociedad de hecho. En el concubinato, la ausencia de sociedad y de comunidad de bienes constituye, a diferencia del matrimonio, el derecho común.

En consecuencia, quien pretende que el concubinato ha dado lugar a una sociedad de hecho o a una comunidad, debe probar adecuadamente que se hicieron los aportes necesarios o que existió un trabajo, industria o cualquiera otra actividad conjunta que haya sido la causa de la existencia de los bienes que forman la sociedad de hecho o la comunidad (...)” (Arroyo C., Marcial con Sucesión Zunino Ch., Emma s/ Dominio, 1982)

Estas fueron las vías de acceso a las pretensiones de quienes reclamaban derechos respecto de los bienes en común que se adquirieron durante la vigencia de la unión de hecho. En términos generales, ambas reúnen los mismos requisitos y presupuestos para su formación, es de esta manera que hoy resulta indiferente por cuál de las vías dos optar, ya que lo relevante es demostrar el estado de indivisión ya sea causado en una comunidad o en una sociedad de hecho:

“las argumentaciones indistintas a la existencia de una comunidad de vida o de una sociedad de hecho fueron expresamente declaradas por la corte suprema en 1957, cuando sentó el principio conforme al cual “carecía de trascendencia práctica” determinar si la situación de hecho producida entre las partes era una u otra, “supuesto que, en ambos casos, las atribuciones legales son las mismas”. “En todo caso, ha de entenderse que el contexto en el cual se sentó la regla anterior era el de los efectos dirigidos a solicitar la liquidación y partición, pero sin que el tribunal hubiera argumentado sobre la causa de tal indivisión, respecto de la cual sí existen diferencias dogmáticas entre la comunidad y la sociedad de hecho, pues las condiciones de su existencia son diversas”. (Barrientos & Novales, 2005, pág. 93)

Luego, lo determinante para establecer la existencia del estado de indivisión se trasladó a determinar la presencia de los requisitos necesarios para la formación de una comunidad o una sociedad de hecho.

Este ha sido la manera en que en nuestro derecho se ha abarcado mayormente el tema de la unión de hecho en Chile, casi totalmente por la vía jurisprudencial, situándolo en el ámbito del derecho de las obligaciones. Turner, al hablar respecto de las consecuencias de la negativa de los tribunales de considerar la existencia de consecuencias jurídicas directas entre sus partes, plantea,

“(…) Sólo porque ella no genera obligaciones jurídicas entre sus partes resulta necesario ubicar otras causas concretas para las mismas, surgiendo, entonces, la comunidad no convencional, la sociedad de hecho y la prestación de servicios no remunerados como categorías útiles para lograr aquello que la unión de hecho, por su naturaleza, no puede producir: la repartición de las utilidades patrimoniales habidas durante la vida en común”.

Sin embargo, creemos que esta vía de sólo enfocarse en los problemas de índole patrimonial de una unión de hecho, acudiendo a instituciones del derecho de las obligaciones, trae como consecuencia que, si bien se esté abarcando alguno de sus problemas, se está dejando fuera toda una gama de efectos, los extrapatrimoniales que se producen como consecuencia de la afectividad que subyace en estos vínculo.

Es de esta manera que siguiendo esta lógica jurisprudencial, que le resta efectos a la configuración del concubinato, y solo considera que se cumplan los requisitos de la comunidad cuasicontractual o la sociedad de hecho, estaríamos colocando en una misma categoría instituciones que pertenecen al ámbito de las obligaciones con aquellas que pertenecen al derecho de familia..

2. Los efectos personales.

Al plantearnos el tema de los efectos personales entre los integrantes de una unión de hecho es inevitable conectar el tema con la institución del matrimonio, donde bajo el mismo título se comprende el estudio de los derechos y deberes recíprocos entre los cónyuges, regulados en el Título VI del Libro I, artículo 131 y siguientes del Código Civil, constituyéndose como la remisión más directa que tenemos en nuestro derecho de un estatuto personal para la pareja que ha decidido formar una familia, y es aquel que consideramos como necesario para la protección y fortalecimiento de una comunidad de vida, ya sea en un matrimonio como fuera de él. Aunque, si bien, la ubicación de esta normativa en el mismo

código civil y su referencia expresa nos lleve a una primera conclusión de que sólo están establecidos respecto de los cónyuges, demostraremos que la ubicación no es fundamento suficiente para establecer que pertenecen sólo al matrimonio, ya que, sin perjuicio de estar reconocidos expresamente en estas normas, estos deberes responden a principios que van más allá del interés de los cónyuges, sino que al de la familia que se ha formado. Con este objeto, pasaremos a analizar, primero, los efectos de índole personal entre los cónyuges como referencia directa del estatuto personal, que nos permitirá darnos un marco para, posteriormente, pasar a analizar e identificar estos deberes en la unión de hecho.

2.1 Efectos personales del matrimonio

Entendemos por efectos personales en el matrimonio aquellos derechos y deberes, de índole personal, establecidos respecto de los cónyuges, con el objeto complementario de la realización plena y efectiva de los fines del matrimonio. Estos, a diferencia de lo que ocurre en la unión de hecho, han sido establecidos por el legislador expresamente en el artículo 131 y siguientes, bajo el título “de las obligaciones entre los cónyuges. Estas “relaciones personales” o “efectos personales” representan un modo de vida diferente que los cónyuges deben adoptar, incorporando a la convivencia diaria elementos sin los cuales no es posible su permanencia. En este sentido, algunos autores señalan que estos efectos provienen de la plena comunidad de vida instaurada entre los cónyuges y, por esta razón, están determinados por sus fines. (Barrientos & Novales, 2005).

Con todo, nosotros coincidimos sólo con la primera parte de tal afirmación, ya que estos efectos, si bien provienen de la comunidad de vida que se ha formado entre una pareja en matrimonio, constituyendo su causa y efecto, no sólo provienen de ésta, sino que también de aquella tiene como fuente una unión de hecho.

Entre las principales características de estos deberes podemos señalar su eminente contenido ético y moral, razón por la cual algunos autores sostienen que sólo constituyen deberes morales, sumado al hecho de que, en su mayoría, no dan derecho a conseguir su cumplimiento. Con todo, discrepamos de tal consideración, ya que estos deberes, no obstante su contenido eminentemente ético y moral, igualmente constituyen imperativos jurídicos

establecidos por el ordenamiento jurídico. De esta manera, podemos afirmar que estos deberes son propiamente jurídicos, ya que están establecidos por el legislador y se contemplan sanciones jurídicas a su inobservancia, cuestión distinta es si constituyen obligaciones jurídicas en su sentido técnico. En este sentido, Abeliuk (2008) considera que estos deberes son jurídicos, categoría que comparte con otro tipo de deberes, constituyendo así, un tipo de deberes jurídicos “específicos”.

Cabe agregar que, atendiendo a las finalidades complementarias tan importantes como son; la estabilidad de la comunidad de vida instaurada y la consecución de los fines del matrimonio, se puede colegir la especial relevancia de estos deberes, manifestación de esto es que se comprenda todo un título dedicado a éstos en el código civil, cuestión que parecería innecesaria si el legislador los hubiese considerado sólo como deberes morales, además de las consecuencias que pueden traer aparejada su incumplimiento, al estar establecida su omisión como causales de separación y divorcio.

Sin perjuicio de lo expuesto en cuanto a su fundamento, como ya adelantamos, la mayoría de estos deberes, van más allá del sólo bienestar de los cónyuges (Barrientos, 2007) o del matrimonio, ya que éstos atienden a la estabilidad y permanencia de la comunidad de vida que se ha formado, produciendo efectos en la familia que se ha constituido, propendiendo a su fortalecimiento, afirmación que parece concordar con el principio constitucional y legal de la protección a la familia establecido en el artículo 1° de la constitución.

En efecto, en su mayoría, establecen las bases necesarias para la convivencia dentro de un grupo familiar, tutelando principios relevantes como, el respeto, la protección, y la solidaridad manifestada en la contribución a las cargas familiares, el deber de socorro y ayuda mutua; deberes necesarios para el desarrollo material y espiritual de sus integrantes, cuestión que toma aún mayor relevancia cuando, producto de la comunidad de vida, existen hijos.

Si nos planteamos la interrogante de por qué razón están establecidos estos deberes respecto de los cónyuges, sin duda la primera respuesta es que están establecido en el bien de los cónyuges, para la consecución de los fines del matrimonio y la comunidad de vida que dentro de él se constituye. Sin embargo, es menester atender a las circunstancias que inspiran

esta regulación, al contexto histórico y social. La dictación del código civil data del siglo XIX, época en la cual el modelo matrimonial era la única forma legítima de constituir una familia, jurídica como socialmente. Este modelo respondía a un ideal de familia aún impregnado de la concepción del derecho canónico que durante muchos años fue la única. Sin embargo, si tratamos de ver el espíritu de la ley, se puede evidenciar que la intención del legislador era fortalecer la familia y la estabilidad de la comunidad de vida necesaria para el desarrollo material y espiritual de sus integrantes, y de acuerdo al contexto histórico, al ser el matrimonio la única vía para llevar a cabo este objetivo, la labor del legislador se tradujo en fortalecerlo.

2.2 Efectos personales de la unión de hecho.

Como ya hemos dicho, en Chile, no existe un estatuto general respecto de la unión de hecho, a diferencia de lo que ocurre con el matrimonio en que sí existe una regulación detallada en el Código civil y en leyes complementarias.

Ante la ausencia de regulación general, surge la interrogante de si es o no necesaria la intervención del estado en esta materia, pregunta que viene seguida de hasta qué punto debe hacerse. (Ramos, 2010) En este sentido, la mayoría de los autores (Barrientos & Novales, 2005; Barrientos, 2006; Báez Aguirre & Contreras Sepúlveda, 2009; Court, 2009; Turner Saelzer, 2010; Weinstein & Martinic) estiman que la intervención del Estado es necesaria, pero que debe circunscribirse a las consecuencias patrimoniales de la unión de hecho, ya que son únicas que nacen de este tipo de unión, reservando los efectos personales exclusivamente a la relación entre los cónyuges.

Las profesoras Martinic y Weinstein (Weinstein & Martinic, 2004) señalan al respecto que no existe entre los integrantes de un concubinato una obligación legal de convivencia, ni fidelidad, socorro, y que tampoco puede hablarse de una obligación alimenticia que provenga del solo hecho del concubinato, al tratarse de una situación extrajurídica, en lo tocante a las relaciones personales.

Por su parte, el profesor Federico Puig plantea:

“estos derechos y deberes personales que se generan entre los cónyuges constituyen un conjunto complejo de deberes y facultades situados en la persona

de cada uno de los cónyuges, desprendido, por así decirlo, inmediatamente de la naturaleza y esencia íntima de la institución. Son lazos de unión instalados en la pareja sin trascendencia exterior, y no se conciben sin el matrimonio ni tienen otro alcance que dar realidad a los designios fundamentales del mismo.”

Entre los principales argumentos que defienden esta postura, se señala; que con la decisión dos personas de no formalizar su relación a través del matrimonio, se estarían reservando también el contenido de sus relaciones personales, quedando entregada su regulación a sus propias convicciones y principios. En este mismo sentido, Javier Barrientos (2007) señala que el reconocimiento de la unión de hecho en nuestro ordenamiento jurídico implica el reconocimiento de la autonomía de las personas para, por una parte, no asumir la disciplina matrimonial y, por otra, definir sus propias relaciones personales desde sus peculiares concepciones y convicciones de lo que entiendan y quieran como su mayor desarrollo espiritual y material posible. De esta manera, se debe entender como una exigencia de libertad, el que la definición del contenido personal de la convivencia sea consensualmente convenido por quienes no asumen el modelo matrimonial.

Esta visión parece tener fundamento en aquellos ordenamientos jurídicos que plantean una postura abstencionista ante el concubinato. Es el caso de Francia, que en su código civil no reguló sus efectos, inspirado seguramente en la célebre frase atribuida a Napoleón ante el Consejo de Estado: "los concubinos prescinden de la ley; la ley prescinde de ellos". (Ramos, 2010) No obstante esto, ya podemos ver como actualmente en este mismo país, a pesar de no existir entre los concubinos los deberes de fidelidad, asistencia o socorro mutuo, la jurisprudencia ha ido estableciendo que debe haber en la pareja un cierto “deber de lealtad” que los obliga a actuar de acuerdo a la buena fe, lo que se puede manifestar en la obligación de indemnizar al conviviente abandonado bajo ciertas circunstancias., cuando se rompe la relación sin causa justificada, después que se ha hecho abandonar al otro su trabajo o se le ha hecho cambiar de residencia. (Ramos, 2010).

Ahora, atendiendo al contenido de los derechos y deberes personales, que como se ha planteado, son aquellos necesarios para la estabilidad y permanencia de la comunidad de vida constituida en el grupo familiar, y que en su mayoría establecen principios indispensables para una mínima convivencia, considerando que de esta comunidad de vida pueden surgir hijos, y

sumado al hecho de que, hoy por hoy, gran parte de la doctrina está conteste de que la unión de hecho es fuente de familia (Barrientos, 2007; Barrientos & Novales, 2005; Báez & Contreras, 2009; Court, 2009; Ramos, 2010; Turner Saelzer, 2010), incluso existiendo fundamento constitucional y legal para esta afirmación, cabe preguntarse, ¿Debemos dejar fuera de la unión de hecho todo efecto personal vinculado a la convivencia y a la afectividad que subyace en ella, sólo por la circunstancia de que entre quienes la forman no medie matrimonio?, ¿concuera esta afirmación con el principio constitucional de protección a la familia?

Es claro que para los cónyuges están establecidos derechos y deberes, y que por su ubicación en el mismo código civil nos parece llevar a la conclusión de que sólo están establecidos respecto de éstos. Sin embargo, la ubicación de dicha normativa no es fundamento suficiente para que establecer que pertenecen sólo al matrimonio, si bien son de la esencia del matrimonio, lo son porque el matrimonio es la forma contemplada expresamente para la constitución de una familia en nuestro código civil, sin embargo sabemos que con las modificaciones legislativas, constitucionales, incluso acudiendo al contexto histórico, contraponiendo la época de la dictación del código con la actual, estamos en condiciones de afirmar que la familia ya no responde a un solo modelo, y que debemos ser capaces de diferenciar los principios establecidos en razón de la familia y aquellos en virtud del matrimonio.

La necesidad de una base mínima necesaria para estabilidad de una comunidad de vida es necesaria incluso para la certeza de las instituciones que dan pie a ella, y para determinar sus efectos jurídicos, es así, como ya adelantamos, al hacer referencia a los elementos determinantes de la unión de hecho, doctrina y jurisprudencia establecen que para estar frente a una unión de hecho y para que esta produzca efectos jurídicos, es necesario la concurrencia de determinados presupuestos, configurándose como una suerte de requisitos de existencia. Estos elementos determinantes de la unión de hecho coinciden con algunos de los derechos y deberes establecidos respecto de los cónyuges, con lo que su cumplimiento estaría estrechamente vinculado con que la unión se configure o no como tal.

Es así como, por ejemplo, el elemento notoriedad requiere la publicidad de la relación de los concubinos, de su exteriorización, o como señalan algunos autores, de la apariencia de

matrimonio, lo que requiere de un trato basado en el respeto y la protección recíproca entre los concubinos.

De la misma manera el elemento fidelidad, en cuanto a la singularidad y permanencia entre los concubinos, vemos como se manifiesta igualmente este deber con el objeto de asegurar el respeto y un trato debido entre quienes tomaron la decisión compartir una vida juntos, sumado al hecho de la certidumbre de paternidad que eventualmente pueda ocasionarse. Es por esta misma razón, que la doctrina (Barrientos, 2007; Báez & Contreras, 2009) estima necesario para que una unión de hecho produzca efectos jurídicos se requiere de la singularidad, y vemos también como en el ámbito de filiación se ha incluido la presunción de paternidad en el evento de haber mediado concubinato entre dos personas.

En el ámbito de los efectos personales con cierto contenido patrimonial, si bien no encontramos una manifestación directa, también al considerar la necesidad de una comunidad de vida y la unidad a la que da origen la unión de hecho con la convergencia de intereses individuales en uno común hacen aplicable el deber de socorro en que marido y mujer deben proveer a la subsistencia el uno respecto del otro, como también el de ayuda mutua, que también está dirigido a la comunidad de vida generada, como señala Barrientos y Nóvales (2005) respecto de los cónyuges, resulta aplicable respecto de los concubinos: “este deber recíproco está determinado por el fin del bien de los cónyuges, que es el que ordena una comunidad de vida, en la cual su propia naturaleza está dirigida a un consorcio en el cual la solidaridad conyugal aparece como uno de sus elementos constitutivos, y por ende, impone recíprocamente un deber de estar al lado del otro como sostén y amparo “en todas las circunstancias de la vida”.

El deber de cohabitación o débito conyugal, que es el deber de mantener relaciones sexuales entre los cónyuges, también lo encontramos en la unión de hecho en cuanto al contenido sexual, propio de la convivencia que, como ya hemos dicho, es de carácter afectivo-sexual, permanente y notoria.

Así, del análisis de cada uno de estos elementos, es posible encontrarnos con manifestaciones que coinciden con los deberes establecidos entre los cónyuges, de manera que

resultan necesarias para que se configure como tal. Ahora, la diferencia principal es que, respecto de la unión de hecho no están todos establecidos legalmente, y en cuanto a su cumplimiento u omisión, no encontramos consecuencias o sanciones directas, como sí existen respecto de los deberes establecidos en favor de los cónyuges, más que la no configuración de una unión de hecho como tal. No obstante esto, igualmente consideramos que se constituyen como una suerte de régimen, y constatamos que, sin perjuicio de su reconocimiento legal, son principios que responden a un interés de familia y no se limitan a los cónyuges. Resulta interesante lo que las profesoras Martinic y Weinstein plantean al respecto, al considerar que no obstante no existir estos deberes entre los concubinos, igualmente en virtud del elemento afectividad o “affectio”, los concubinos cumplen espontáneamente los deberes propios de la unión matrimonial, y a la larga, de un pie de igualdad entre los miembros de la pareja

Esto responde a lo que algunos autores (Barrientos, 2007; Turner Saelzer, 2010) señalan como el acercamiento de la unión de hecho al matrimonio, precisamente producto de la consideración en nuestro derecho del carácter afectivo de tal unión, en que se vuelve el elemento indispensable para que el derecho defina su nacimiento y mantenimiento.

De esta manera, como plantea el profesor Barrientos (2007) y como expondremos más adelante, esta afectividad, a la que el derecho reconoce ciertos efectos, se ve manifestado en nuestro ordenamiento jurídico en temas como la indemnización del daño moral, en el ámbito laboral, en la justificación de la inasistencia al trabajo, en materia de derechos y responsabilidad penal, como en el ejercicio de funciones públicas.

Luego, junto con estas manifestaciones, es necesario ahora ver, si en nuestro ordenamiento jurídico encontramos legalmente reconocidos estos deberes, ya sea expresamente o bien manifestados indirectamente en normas jurídicas.

CAPÍTULO IV

LOS EFECTOS PERSONALES DE LA UNIÓN DE HECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO.

De acuerdo a lo expuesto, podemos dar cuenta de cómo el elemento afectividad produjo un acercamiento de la unión de hecho al matrimonio, dotándola de alguno de los efectos reservados antes sólo al último, entre éstos, los índole personal entre sus integrantes, efectos que, como ya se expuso, coinciden con los elementos que la doctrina entiende como determinantes para la configuración de una unión de hecho. Es de esta manera, como bien señalan las profesoras María Dora Martinic y Graciela Weintein, que podemos observar que en la unión de hecho existe un cumplimiento recíproco y espontáneo de estos deberes que tienen como fundamento la afectividad o *affectio* que subyace en tal unión:

“Al hablar de *affectio* o afectividad nos estamos refiriendo al afecto recíproco entre los convivientes, lo que constituye la causa de la convivencia misma. Es precisamente en virtud de este afecto, que los convivientes cumplen espontáneamente los deberes propios de una unión matrimonial y a la larga da lugar al trato en un pie de igualdad entre los miembros de la pareja” (Weinstein & Martinic, 2004)

De esta manera, el reconocimiento de los efectos - y el nacimiento - de la unión de hecho en nuestro ordenamiento jurídico tiene como principal causa y fundamento la afectividad que subyace en su elemento constitutivo, la convivencia.

En las siguientes páginas nos centraremos en la naturaleza afectiva del hecho constitutivo de las uniones de hecho, particularmente, en cómo este elemento ha permitido definir algunas cuestiones jurídicas relevantes, principalmente, aquella que constituye el objeto de esta investigación, el reconocimiento de derechos y deberes de índole personal entre los integrantes de una unión de hecho en nuestro ordenamiento jurídico.

Previamente, pasaremos a examinar cómo el reconocimiento del carácter afectivo del hecho constitutivo de la unión de hecho, ha permitido a nuestros tribunales definir cuestiones jurídicas relevantes respecto de las cuales no existe norma que haga referencia expresa en nuestro ordenamiento jurídico, particularmente, lo tocante a la indemnización del daño moral en la unión de hecho, para luego centrarnos en aquellas normas que, considerando el elemento

afectividad, constituyen reconocimiento de uno de los deberes personales que el legislador establece a los cónyuges, el deber de respeto, que cómo también veremos, es el único respecto del cual existe reconocimiento como “deber jurídico” en nuestro ordenamiento jurídico. A continuación, y vinculado con lo anterior, pasaremos a esclarecer el tema de la noción del término “conviviente” utilizado en la legislación chilena con el objeto de demostrar que efectivamente con este término se está haciendo alusión a los integrantes de la unión de hecho, se reconoce la naturaleza afectiva del vínculo, y constituye manifestación de su relevancia jurídica. Finalmente, expondremos los aspectos más relevantes de algunos de los proyectos de ley acerca de la unión de hecho que se encuentran actualmente en el congreso, poniendo énfasis en los efectos personales, dando cuenta de una clara tendencia a ampliar su reconocimiento legal en comparación a la situación actual.

1. La afectividad en la unión de hecho.

Como ya hemos expuesto, la unión de hecho se origina de uno hecho, la convivencia, que consiste en la comunidad de vida que se forma entre la pareja, y nos permite distinguir estas relaciones de aquellas circunstanciales o pasajeras. Con todo, también dijimos que no basta con la mera convivencia para considerarse como hecho constitutivo de la unión de hecho, ya que debe ir acompañada de otros requisitos: afectividad, contenido sexual, permanencia y notoriedad. De estos elementos la afectividad constituye aquel elemento que le otorga la especialidad a la unión de hecho y es indispensable para que el derecho defina su nacimiento y mantenimiento.

El reconocimiento de este elemento ha sido paulatino en nuestro ordenamiento jurídico, y constituye un cambio de criterio al establecido por los tribunales de justicia, que han situado la relación enmarcada en una unión de hecho en el derecho de las obligaciones, limitando su tratamiento al ámbito patrimonial. De esta manera, el elemento afectividad constituye el fundamento para la reubicación del tratamiento de la unión de hecho, considerando aquellas situaciones previamente ignoradas, vinculadas al ámbito extrapatrimonial, reservadas anteriormente a las uniones matrimoniales. A continuación pasaremos a examinar alguna de estas cuestiones.

2. La afectividad en la indemnización del daño moral y la justificación de la inasistencia al trabajo en la unión de hecho

La indemnización del daño moral y la justificación de la inasistencia al trabajo en la unión de hecho, son cuestiones que actualmente están directamente conectadas con la afectividad que subyace en su hecho constitutivo.

En cuanto al primer tema, la indemnización del daño moral, dice relación con la posibilidad de la persona supérstite de una unión de hecho de accionar para exigir indemnización de perjuicios por el daño moral que le ha ocasionado la muerte de su concubino. Se sitúa en aquellas hipótesis que se califican como “daño por repercusión” o “daño por rebote”. (Barrientos & Novales, 2005)

Tradicionalmente la doctrina ha situado el tema del daño moral en la unión de hecho vinculándolo con la licitud- ilicitud o moralidad-inmoralidad de la unión de hecho, cuestión que se expresa en la licitud o ilicitud del interés en el cuál el concubino supérstite fundaba su pretensión (Barrientos & Novales, 2005).

Con todo, recientemente ha ocurrido un cambio de foco de atención del tema, situando el tratamiento de esta cuestión en la relevancia que el derecho reconoce o no al elemento afectividad, constituyéndose como fundamento para que la persona supérstite puede accionar para exigir la determinada indemnización de perjuicio por daño moral por repercusión del concubino víctima que directamente lo soportó:

“(…) De este modo, ha encontrado en ese imprescindible carácter “afectivo” que reviste el hecho que genera y mantiene a la unión no matrimonial, la razón y el fundamento para sentar la doctrina conforme a la cual quién ha tenido o mantiene una unión no matrimonial es titular de la acción correspondiente para exigir la indemnización del daño moral que puede haber experimentado, como consecuencia o repercusión del que directamente soportó la víctima de un hecho dañoso” (Barrientos & Novales, 2005, pág. 66)

El profesor Barrientos (2005) señala que en algunos casos esta doctrina ha tenido aplicación haciéndose referencia directa a la intimidad de las relaciones afectivas que se

producen entre las personas en una unión de hecho, incluso con uso y apoyo en ciertas disposiciones legales, a saber:

- En materia de indemnización por la responsabilidad del hecho ajeno.
- En materia de indemnización por accidentes de trabajo.

En estos casos se hace una interpretación de las normas que regulan cada uno de los supuestos, los cuales, en virtud del elemento afectividad, se hacen perfectamente aplicables a los integrantes de una unión de hecho.

En el primer caso, Barrientos (2005) señala que, en sede de responsabilidad por hecho ajeno, respecto a las normas 2320 y 2322 del código civil, que le otorgan su disciplina a los amos o empresarios, una jurisprudencia reciente ha sentado la doctrina de acuerdo con la cual la existencia de una unión de hecho entre la víctima y otra persona, permite que la última ejerza acción de indemnización por el daño que le provocó la muerte de la víctima, tomando como base la afectividad, particularmente, el profundo dolor que provocó la pérdida de su compañero:

“(…) La existencia de una “relación estable” no matrimonial entre la víctima y otra persona hace procedente que esta última ejercite acción para obtener la indemnización por el daño que le ocasionó la muerte de aquella con la cual convivía, supuesto que, por existir una tal relación, “resulta imposible soslayar el dolor y aflicción profunda que le ha provocado tal pérdida”. (Barrientos & Novales, 2005, pág. 70)

Lo mismo señala autor en relación a la indemnización por accidentes del trabajo, el artículo 69 de la ley 16.744, señala que:

“(…) Cuando el accidente o enfermedad se deba a culpa o dolo de la entidad empleadora o de un tercero, sin perjuicio de las acciones criminales que procedan, deberán observarse las siguientes reglas: (…)

b) La víctima y las demás personas a quienes el accidente o enfermedad cause daño podrán reclamar al empleador o terceros responsables del accidente, también las otras indemnizaciones a que tengan derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común, incluso el daño moral”

De esta manera con la expresión, “las demás personas a quienes el accidente o enfermedad causa daño”, y “sobre la base de la afectividad que se presupone existente en las

uniones de hecho” se está incluyendo a la persona que vive o vivía en unión de hecho con el trabajador afectado. En donde podemos ver nuevamente a la afectividad de la convivencia como el criterio justificador de la procedencia del daño moral. (Barrientos & Novales, 2005)

Ahora, en lo tocante a la justificación a la inasistencia al trabajo, se relaciona con artículo 160 del código del trabajo que establece las causales por las cuales el empleador puede poner término al contrato de trabajo sin derecho a indemnización, entre las cuales se cuenta, en su número 3º: “no concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada durante dos días seguidos, dos lunes en el mes, o un total de tres durante el mismo periodo de tiempo”. En este punto, Barrientos (2005) señala que debemos considerar igualmente la nota de afectividad que existe entre los integrantes de una unión de hecho, para entender como justificada la ausencia a trabajar cuando se fundamenta en la necesidad de atender urgencias médicas de la personas con la quien se halla en unión de hecho.

3. Normas que hacen alusión al “conviviente” y que constituyen manifestación jurídica de de efectos de índole personal en la unión de hecho y de la afectividad que subyace en ella.

Existe actualmente en nuestro derecho recogimiento de carácter dogmático de, a lo menos, un deber de índole personal en la unión de hecho, el deber respeto, en donde podemos ver que en materia de violencia intrafamiliar de una manera directa se prohíbe todo tipo de tratos que signifiquen daño o que afecten la integridad por parte de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge o **relación de convivencia** con el ofendido. Por respeto podemos entender la especial consideración que las personas deben a otras en razón de diversas circunstancias, situaciones o estados, consideración que debe reflejarse principalmente en el trato, en el desenvolvimiento de las relaciones que se producen entre ambas. Esta necesidad de respeto constituye una de las bases fundamentales para que la comunidad de vida pueda desarrollarse de una manera estable.

Es importante aclarar que esta especial consideración tiene que ver con elementos fundamentales, no con formalismos, principalmente, se traducen en un **deber de abstención**, los concubinos deben de abstenerse de provocarse mutuamente todo tipo de agresiones que pudiesen afectar por supuesto que su integridad física pero también la psicológica. Por lo tanto,

una vulneración grave se produce en todas aquellas acciones que los concubinos desplieguen en contra de otro y que puedan calificarse de maltratos o como violencia, tanto física como también síquica

De esta manera podemos ver el reconocimiento en las siguientes normas:

En primer lugar, el inciso 1º del artículo 5º La ley número 20.066, denominada “ley de violencia intrafamiliar” dispone:

“(…) Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente”.

Aquí podemos ver como la figura del concubino es considerada a continuación del cónyuge, como víctima de violencia intrafamiliar, lo que no es otra cosa que expresión del deber de respeto recíproco, considerando que las conductas sancionadas en esta norma ya se encuentran establecidas de manera general respecto de cualquier individuo, pero aquí se expresa un especial rechazo, atendiendo a que con de estos tratos se está afectando además de la integridad de las personas otro bien jurídico protegido, la familia. Es de esta manera que vemos como se configura aquí un deber expreso de no ejercer violencia, específico, respecto de los cónyuges y los concubinos, cuya infracción traen aparejadas sanciones jurídicas.

Lo mismo podemos observar en el artículo 390 del Código Penal, que con ocasión del parricidio dispone:

“El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente, será castigado como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado. Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio.”

En el delito de parricidio podemos dar cuenta que la calidad de conviviente, al igual que la de cónyuge, constituye una agravante, por la misma razón que en materia de violencia intrafamiliar al afectarse el bien jurídico protegido de la familia o las relaciones de familia.

Existen otras normas en materia penal, que si bien, no hacen alusión al deber de respeto, si resulta interesante en cuanto a la especial consideración que se hace respecto de la relación de “conviviente”. De esta manera el artículo 108 del Código Procesal Penal, dispone:

“Para los efectos de este Código, se considera víctima al ofendido por el delito. En los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiere ejercer los derechos que en éste Código se le otorgan, se considerará víctima:

- a) Al cónyuge y a los hijos
- b) A los ascendientes
- c) Al conviviente....”

En esta norma se pone de manifiesto la especial consideración que el legislador tiene respecto del conviviente al calificarlo como “víctima”, importancia que, en materia civil, se traduce en la posibilidad de reclamar la pertinente indemnización derivada de la comisión del ilícito penal. Esta es la denominada víctima por “repercusión”.

En el mismo código procesal penal, tenemos el artículo 302, que establece la facultad de no declarar por motivos personales:

“No estarán obligados a declarar el cónyuge o el conviviente del imputado, sus ascendientes o descendientes, sus parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, su pupilo o su guardador, su adoptante o adoptado”.

Es de esta manera que al incluir al “conviviente” en esta norma, cada vez que se deba prestar declaración el conviviente de un imputado, antes de comenzar cada declaración, debe ser informado acerca de esta facultad.

4. La noción del término “conviviente” utilizado en la legislación chilena

En las normas recién expuestas el legislador hace referencia al sujeto “conviviente”, sin embargo, como se expuso anteriormente, si bien la convivencia es el hecho respecto del cual se funda la unión de hecho, razón por la cual constituye su piedra angular, la mera convivencia no es suficiente para que el derecho le reconozca sus efectos, ya que, además, debe estar dotada de otras características, a saber; la permanencia, notoriedad, y el contenido afectivo sexual. Al

respecto, pueden surgir válidamente las siguientes interrogantes ¿a qué sujeto se está haciendo referencia en estas normas? ¿basta con la mera convivencia para que se califiquen como tales?, o bien ¿se requiere que sea una convivencia con caracteres de permanencia, publicidad, y contenido afectivo-sexual? (Barrientos, 2006).

El término “conviviente”, a diferencia de los términos “cónyuge” “ascendiente” y “descendiente”, no se encuentra definido legalmente, no obstante esto, es igualmente utilizado por el legislador, lo que hace aún más difícil la tarea de encontrar un sentido.

En este punto nos parece pertinente la opinión del profesor Barrientos (2006) que con ocasión de un informe en derecho *sobre la noción del término “conviviente” utilizada en el artículo 390 del código penal*, señala la manera de cómo debe ser interpretada esta palabra, considerando su utilización, no sólo en la citada norma, sino que en otras normas dispersas en la legislación chilena, situación que nos coloca en el supuesto de una palabra utilizada por la ley que carece de definición legal.

En términos generales señala que este término se enmarca en aquellos casos en que el sentido de la ley no es claro y por esta razón resulta imposible atenerse a su tenor literal como dispone el código civil en su parte general.

“(…) El mero hecho de esbozar las preguntas precedentes, y muchas otras que cabría formular, vuelve patente la circunstancia de hallarse frente a un caso de aquéllos en los cuales el “sentido de la ley” no es claro y, por ende, resulta imposible atenerse a su tenor literal, como prescribe el inciso 1° del *Código Civil*” (Barrientos, 2006, pág. 191).

Con esto, resulta necesario acudir a las reglas de interpretación establecida en el código civil en los artículos 19 y siguiente.

“Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella mismo, o en la historia fidedigna de su establecimiento”.

- El espíritu de la ley, artículo 19, inciso 2;

- La historia fidedigna de su establecimiento artículo 19, inciso 2°

- El sentido natural y obvio de las palabras, artículo 20, primera parte;
- El contexto de la ley, artículo 22, inciso 1°;
- El uso de otras leyes que versen sobre la misma materia, artículo 22, inciso 2°;
- El espíritu de la legislación, artículo 24.

Así, con ayuda de las reglas de interpretación recién expuestas, más la ayuda de alguna doctrina nacional, propone las siguientes condiciones copulativas que deben cumplirse para ser calificado como “conviviente”, y que finalmente coincide con lo que a través de este trabajo se ha establecido para estar ante un integrante de una unión de hecho. Las condiciones son:

Una situación de hecho que implique la vida en común; una situación de vida en común jurídicamente asimilable a la de una familia; situación de vida en común asimilable a la de una familia matrimonial; asimilación del “conviviente” al “cónyuge” (Barrientos, 2006), pasaremos a enunciar brevemente cada una:

4.1. Una situación de hecho que implique una vida en común

Se desprende del sentido natural de la palabra “conviviente”, esto es, de la noción que otorga el diccionario de la real academia española, que en sus acepciones define, primero, al conviviente como: “el que convive”, y segundo como: “cada una de las personas con quienes se convive”, y al verbo convivir se le define como: “vivir en compañía de otros”. Con esto, el elemento material “el hecho de vivir juntos” se constituye como supuesto fáctico del término “conviviente” (Barrientos, 2006):

“(…) La situación de “conviviente” implica como supuesto fáctico, la existencia de un elemento material consistente en el hecho de vivir juntos, que es lo que denota el sentido natural de la referida palabra según su uso general por los hablantes en el castellano habitual del país (...)” (Barrientos, 2006, pág. 200)

Además de este uso general, podemos observar como el derecho le ha otorgado una nota adicional al término, toda vez que ha sido incluido al ordenamiento jurídico chileno, convirtiéndola en una palabra, no sólo de “uso general”, sino que también, una “palabra de la

ley”. Esta denotación jurídica es la de “vida en común” como se desprende del artículo 369 del código penal (Barrientos, 2006):

“(…)En caso de que un cónyuge o conviviente cometiere alguno de los delitos previstos en los artículos 361 y 366 N° en contra de aquel con que hace vida en común, se aplicarán las siguientes reglas(…)”

Cuando hablamos de vida en común, hacemos referencia a la comunidad de vida que se forma entre los integrantes de una unión de hecho (*consortium vitae*), en palabras de Barrientos y Novales, se trata de:

“(…) una unión, es decir, una unidad constituida por dos personas diversas, cuya situación común y unitaria se vuelve relevante para determinar efectos jurídicos, por encima de las posiciones individuales de cada una de las personas que la forman” (Barrientos & Novales, 2005, pág. 58).

Barrientos señala que es precisamente esta circunstancia de vivir juntos, determinada y precisada en la ley por la exigencia de hacer una vida en común (supuesto material de comunidad de vida), la que puede resumirse bajo la expresión “unión de hecho”⁵ (Barrientos, 2006).

4.2 Situación de vida en común asimilable a la de una familia

El mismo autor señala que esta segunda condición se desprende del actual sistema jurídico chileno, a saber:

- La historia fidedigna de la ley

⁵ Reconoce, pues, la legislación, doctrina y jurisprudencia chilenas la necesidad de un supuesto de hecho consistente en el vivir juntos, pero, además, la determina y precisa por la exigencia material de hacer una “vida en común” derivada, precisamente, de la “comunidad de vida”, lo que podría resumirse bajo la expresión “unión de hecho”, es decir, una entidad así calificada que denota, claramente, la naturaleza que la caracteriza para efectos jurídicos:

- a) Se trata de una “unión”, es decir de una cierta “unidad” constituida por dos personas diversas, cuya situación común y “unitaria” se vuelve relevante para determinados efectos jurídicos, por encima de las posiciones individuales de cada una de las personas que la forman.
- b) Dicha “unión” tiene como causa constitutiva a un “hecho” y no a un cierto “acto” o “negocio” jurídico como en el caso de la “unión matrimonial”. Toca, pues, al Derecho describir los caracteres que ha de reunir el citado “hecho” para que pueda constituir una “unión” cuya disciplina le importe precisar.
- c) Al tratarse de una “unión” fundada en un hecho, se desplaza el elemento de “voluntad” o “consentimiento”, como esencial en todo negocio jurídico, frente a ciertos caracteres de tal facticidad.

- Espíritu de la ley
- Contexto de la ley
- Espíritu de la legislación

De esta manera, en primer lugar, podemos fundamentar que la vida en común que se consideró al momento de emplear el término “conviviente” es aquella asimilable a la de una familia, en base a la historia fidedigna de diversas leyes que incluyen el término. La principal es la ley 20.066 de violencia intrafamiliar, en la que una de sus líneas matrices e inspiradoras fue: “el reconocimiento de una noción amplia de familia”. (Barrientos, 2006), de la cual es posible dar cuenta en todo el proceso legislativo de la norma, declarada expresamente en la moción de las diputadas autoras del proyecto de ley de la citada norma, como en sucesivos informes de la comisión de familia acerca del contenido del proyecto de ley, haciéndose incluso referencia al “espíritu de la ley”.

En cuanto al espíritu de la legislación, queda de manifiesto en la jurisprudencia chilena que ha declarado que en ciertos supuestos de convivencia se está frente a una familia y en la declaración constitucional y legal de una noción amplia de familia.

4.3 Situación de vida en común asimilable a la de una familia matrimonial

No basta con que una persona mantenga una vida en común asimilable a una noción genérica de familia para ser considerado legalmente como “conviviente”, ya que debe ser asimilable a una familia matrimonial.

Esta condición se desprende del espíritu de la ya citada ley n° 20.066, constituyendo “la igualdad jurídica de trato entre las familias fundadas en matrimonio y las fundadas en convivencia” otra de sus líneas o ideas matrices. Cuestión que también se manifiesta en su historia fidedigna, en el último informe de la comisión de familia y en las observaciones del SERNAM a la redacción del artículo 5° de la citada ley (Barrientos, 2006).

4.4 Asimilación del “conviviente” al “cónyuge”

Como consecuencia directa del intento de acercar la familia matrimonial a la formada en base a una unión de hecho, en las manifestaciones legales, cada vez que se ocupa el término “conviviente”: “cónyuge o **conviviente**”.

5. Hacia una regulación de la unión de hecho

Enmarcado en el proceso de evolución del derecho de familia, el próximo paso en materia de unión de hecho parece ser su inminente regulación legal. (Barrientos Grandón, 2007; Corral Talciani, 2005). Es de esta manera que actualmente en el congreso existen por lo menos siete proyectos de ley en esta materia que, en distinta medida, son manifestación del reclamo por su reconocimiento. Los principales proyectos son:

- Proyecto de ley sobre " Acuerdo de vida en pareja" N° de Boletín: 7873-07.
- Proyecto de ley sobre "Acuerdo de vida en común" N° de boletín: 7011-07.
- Proyecto de ley sobre "Pacto de unión civil" N° de boletín: 6735-07.
- Proyecto de ley sobre sobre "Un régimen legal para las uniones de hecho", N° de Boletín: 3494-07.
- Proyecto de ley sobre "pactos de uniones civiles", N° de boletín: 6846-07

En su mayoría, las iniciativas legales argumentan la necesidad de regulación de la unión de hecho en las siguientes circunstancias vinculadas, a saber; la innegable realidad de su existencia en nuestra sociedad y su aumento experimentado en los últimos años; la necesidad de amparar y proteger los derechos que surgen de este vínculo; y la inclusión de estos vínculos en la noción constitucional de familia, quedando enmarcada inmediatamente su necesaria regulación, en el deber del estado de proteger y propender al fortalecimiento de la familia.

Finalmente, y relacionado con todo lo anterior, el reconocimiento de la realidad en que vive una gran cantidad de chilenos, esto es, ausencia protección y certeza respecto a sus derechos, enmarca la necesidad de regulación de la unión de hecho en otro deber fundamental del estado, aquel establecido en el artículo 1° de la constitución de la república, a saber, orientar la actuación del estado hacia la obtención del bien común, creando las condiciones

sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material.

Como ya hemos expuesto en páginas anteriores, la interrogante respecto de si es o no necesaria la intervención estatal en el ámbito de la unión de hecho, en el evento de una respuesta afirmativa, trae aparejada una nueva pregunta, ¿hasta qué punto debe realizarse esta intervención? (Turner Saelzer, 2010; Ramos, 2010) En este sentido, distintos son los ámbitos y las formas que proponen cada uno de estos proyectos. En las siguientes páginas pasaremos a analizar cinco de los proyectos de ley que actualmente se encuentra en el congreso, que creemos son aquellos más relevantes y constituyen las bases para la eventual futura regulación de la unión de hecho.

Para efectos de análisis agrupamos los temas más importantes de cada propuesta legal en:

4.1. Terminología y definición del vínculo 4.2. La diferencia de sexo como elemento determinante 4.3. Celebración, validez y requisitos 4.4. Efectos de la unión 4.5. Los efectos personales.

5.1. Terminología y definición del vínculo

La terminología ocupada, si bien es distinta en casi todos los proyectos, hacen referencia a una misma cuestión, el carácter convencional del vínculo.

En cuanto a las definiciones que cada proyecto otorga al vínculo, en primer lugar, tenemos el reciente proyecto de ley que crea el denominado “acuerdo de vida en pareja” (N° de Boletín: 7873-07), presentado en agosto del presente, a través de mensaje presidencial que en su artículo 1° define a éste acuerdo como: “El acuerdo de vida en pareja es un contrato celebrado entre dos personas con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común”.

En segundo lugar, tenemos el también reciente proyecto de ley que crea el denominado “acuerdo de vida en común” (N° de boletín: 7011-07.), presentado a través de moción parlamentaria por el senador Allamand, que define al acuerdo también en su artículo 1° y en

términos similares: “El acuerdo de vida en común es un contrato celebrado por dos personas naturales, mayores de edad, para regular sus relaciones de convivencia en un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua.”

El denominado pacto de unión civil (Nº de boletín: 6735-07), proyecto de ley redactado por los profesores de derecho civil Carlos Pizarro Wilson y Mauricio Tapia, define a este pacto como: “El pacto de unión civil es un contrato celebrado por dos personas naturales, de sexo diferente o le mismo sexo, para organizar su vida en común”.

En cuarto lugar, tenemos el proyecto de ley presentado por los parlamentarios Girardi y Ominami, que crea los “Pactos de uniones civiles” (el mismo proyecto ocupa el plural) (Nº de boletín: 6846-07), define al pacto de unión civil como: “Para todos los efectos legales, se entenderá como pacto de unión civil a aquella convención celebrada libremente entre dos personas y que consiste en la unión de ellas, sin atender a su sexo u orientación sexual y que estén conviviendo en una relación de afectividad con el fin de organizar su vida en común”.

Finalmente, tenemos el proyecto que establece “un régimen legal para las uniones de hecho” (Nº de Boletín: 3494-07), este proyecto no ocupa ninguna denominación especial y solo se refiere a “unión de hecho” y la define como: “constituye una unión de hecho la formada por un hombre y una mujer que de manera libre, han decidido tener una vida en común, poseyendo aquella un carácter de estabilidad y continuidad, con el objeto de constituir una familia y cumpliendo los demás requisitos establecidos en la ley”.

Del análisis de las definiciones determinamos como elementos comunes los siguientes:

El carácter convencional del vínculo, en algunos casos denominados “pacto”, en otros “acuerdo” y en otros simplemente “unión”.

El objeto del vínculo, *regular los efectos o las relaciones que se originen de la vida en común*. Sin perjuicio de este objeto común, podemos observar que en dos de los proyectos, a saber; aquel que crea los acuerdo de vida en común (Nº de boletín: 7011-07) y el que establece una regulación para las uniones de hecho (Nº de Boletín: 3494-07), se le otorgan caracteres especiales a esta “vida en común”. De esta manera, en el primero de ellos se establece que es un contrato para “regular relaciones de convivencia en un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua.” Luego, según esta definición, la convivencia debe realizarse

en un “hogar común”, e ir acompañado de la voluntad de “permanencia” y “ayuda mutua”. En el segundo, se establece que constituye unión de hecho aquella que ha sido formada por quienes “han decidido tener una vida en común”, poseyendo aquella un carácter de “estabilidad” y “continuidad”, con “el objeto de constituir una familia” y cumpliendo los demás requisitos establecidos en la ley. Podemos dar cuenta de cómo en este proyecto de ley el objeto de la unión de hecho va más allá, al referirse a una vida en común con el objeto de “constituir una familia”, cuestión que, si bien, alguno de los otros proyectos exponen en sus antecedentes generales, no lo hacen explícito en su definición.

El reconocimiento del carácter afectivo del vínculo como fundamento de su regulación

Existe un elemento que coincide sólo en algunos proyectos, a saber, la consideración de personas del mismo sexo como sujetos habilitados para la celebración de la unión. Elemento que se pasará a examinar a continuación

5.2. Diferencia de sexo como elemento determinante de la unión de hecho.

De los proyectos en análisis, cuatro de ellos considera que la unión de hecho puede celebrarse entre dos personas independiente de su condición sexual. En base a los siguientes argumentos expuestos en los antecedentes generales de cada propuesta:

En el proyecto que de ley que crea el acuerdo de vida en pareja (N° de Boletín: 7873-07) se argumenta la decisión de incluir como sujetos habilitados para celebrar el vínculo a personas del mismo sexo principalmente en el deber del estado establecido en el inciso 3° del artículo 1° de la constitución:

“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

Argumentando que precisamente es este deber que el estado no se está cumpliendo al no ofrecer un marco jurídico que, al menos, reconozca, respete y otorgue certeza jurídica a los derechos del sinnúmero de personas que se hallan en esta situación, tanto respecto de parejas heterosexuales como de parejas homosexuales, toda vez que en ambas es posible desarrollar el amor, afecto, respeto y solidaridad que inspiran un proyecto de vida en común y con vocación de permanencia. Sin perjuicio de esto, el mismo proyecto se preocupa de dejar en claro que

dicha inclusión no significa en ningún término la definición legal de matrimonio, especialmente, su carácter heterosexual:

“(…) Al proceder de esta manera lo hacemos honrando una convicción muy profunda de nuestro gobierno, en el sentido que el matrimonio corresponde a un contrato que por su naturaleza, debe ser celebrado entre un hombre. Convicción que quedó claramente plasmada en el programa de gobierno de la coalición por el cambio, que literalmente señala que: “el matrimonio por esencia, es la unión entre un hombre y una mujer que se complementan para formar una hogar”.

En términos similares, el proyecto de ley que crea el “acuerdo de vida en común”(N° de boletín: 7011-07) establece que este acuerdo, en cuanto a las parejas del mismo sexo, asume la premisa fundamental de que no hay razón alguna para estigmatizar las relaciones homosexuales, libremente consentidas entre personas mayores de edad, ya que el ordenamiento jurídico, que reserva el matrimonio para personas de distinto sexo, no puede ignorar a las parejas homosexuales y debe brindarles reconocimiento legal. Tomando como base para esta afirmación, la declaración que realiza la constitución en su artículo 1°: “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, complementado por el deber del estado contenido en el inciso 3° del mismo artículo, que establece que “el estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”, para lo cual debe “contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de sus integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible.”

El pacto de unión civil (N° de boletín: 6735-07) redactado por los profesores Pizarro y Tapia, si bien, también incluye en su regulación a parejas del mismo sexo, no fundamenta esta decisión en términos particulares, sólo la enmarca en el mismo deber estatal esgrimido por los anteriores proyectos, contenido en el citado artículo 1° de la constitución, aquel que establece el deber del estado de la obtención del bien común respecto de todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional, y agrega, que por esta decisión se asegura de evitar cualquiera discriminación arbitraria.

El proyecto de ley por el cual se crean los “pactos de uniones civiles” (N° de boletín: 6846-07) fundamenta la misma decisión, también en términos generales, en base al principio de igualdad, de que todas las personas tienen derecho a que sus relaciones afectivas cuenten

con la regulación de sus efectos, y no sólo aquellas que han decidido optar por el matrimonio. Un punto diferente entre este proyecto y los anteriores, es cómo la decisión de incorporar personas del mismo sexo se enmarca dentro de un contexto global, en la tendencia internacional de regular relaciones afectivas sexuales entre personas del mismo sexo, entre las que se cuenta, Francia, Holanda y Argentina.

5.3. Celebración, y requisitos

La celebración y requisitos, también son elementos que coinciden en las iniciativas legales, vinculado al carácter convencional de todos los proyectos, de esta manera, todos contemplan como modo de celebración aquel que consiste en la comparecencia de los contrayentes ante un notario, o bien, un funcionario del registro civil, manifestando su voluntad de formar una unión de hecho, extendiendo el acuerdo en escritura pública o bien en acta que levante el oficial del registro civil, que deberá ser inscrita en el registro correspondiente que deberá crearse para el efecto.

En cuanto a los requisitos que deben cumplir las personas para la celebración del acuerdo, unión o pacto, todos los proyectos coinciden en los siguientes:

- Mayoría de edad.
- Que no exista matrimonio o unión, acuerdo o pacto vigente.
- Libre disposición de sus bienes
- Difieren los proyectos en los siguientes requisitos:

El proyecto que crea los “pactos de uniones civiles” (Nº de boletín: 6846-07) permite que menores adultos celebren pacto de unión civil con el consentimiento de sus padres, si faltare uno de ellos, el otro padre o madre o a falta de ambos, el ascendiente o de los ascendientes de grado más próximo.

Por el mismo proyecto se incluye como sujetos imposibilitados de celebrar el pacto a los incapaces. Requisito que de todos modos se entiende incluido en todos los proyectos, al contemplarse el acuerdo, pacto o unión como un acto jurídico.

5.4. Efectos de la unión.

En cuanto a los efectos patrimoniales, particularmente, el régimen de bienes entre los integrantes de la unión, los proyectos proponen lo siguiente:

“El acuerdo por vida en pareja”, “el pacto de unión civil”, el proyecto por el cual se establece una “regulación a las uniones de hecho” y el proyecto que crea “los pactos de uniones de civiles” contemplan la institución de comunidad de bienes como régimen de bienes entre los integrantes de una unión de hecho.

El acuerdo de vida en común (N° de boletín: 7011-07). contempla en su artículo 8° como regla general que ambas partes sean titulares de la propiedad, goce y administración de los bienes adquiridos antes y durante la celebración del acuerdo, y supletoriamente establece reglas que se aplicaran sólo en el evento que las partes se sometan expresa e irrevocablemente a ellas. Las reglas establecen: Los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia del acuerdo, se considerarán indivisos por mitades entre las partes, excepto los muebles de uso personal necesario de la parte que los ha adquirido. Segundo, para efectos de esta ley, por fecha de adquisición de los bienes se entenderá aquella en que el título haya sido otorgado. Y tercero, se aplicaran a la comunidad formada por los bienes a que se refiere este artículo las reglas del párrafo 3° del título XXXIV del libro IV del código civil.

5.5. Efectos personales entre los integrantes de la unión, pacto o acuerdo.

En lo tocante a los efectos personales, objeto principal de esta investigación, del análisis de los distintos proyectos de ley podemos dar cuenta del cambio de criterio por parte del legislador, contextualizando el lugar que hoy ocupa la unión de hecho en nuestra sociedad y consolidando la institución como aquella que pertenece al derecho de familia, reconociendo efectos que van más allá del ámbito netamente patrimonial, e incluyendo en éstos, derechos y deberes de índole personal entre los integrantes del vínculo.

En cuanto al proyecto de ley que crea el acuerdo de vida en pareja (N° de Boletín: 7873-07), en su artículo 7° del título II “de los efectos del acuerdo de vida en pareja”, establece expresamente: “(...) los contratantes se deberán ayuda mutua y deberán contribuir a solventar los gastos generado por su vida en común, atendiendo a sus facultades económicas”

De la misma manera, el proyecto que crea el contrato denominado “acuerdo de vida en común” (N° de boletín: 7011-07) establece en la propia definición del vínculo, en su artículo 1°: “(...) para regular sus relaciones de convivencia en un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua”. Y reitera en su artículo 7° del título II, “de los efectos del acuerdo de vida en común”: “Las partes del acuerdo se deben, recíprocamente, ayuda mutua”, y en cuanto a la contribución a los gastos de la vida en común, se establece como regla general, salvo pacto en contrario.

El proyecto de ley que crea el pacto de unión civil (N° de boletín: 6735-07), por su parte, reconoce a los contrayentes en el agregado que proponen como modificación al código civil, en el nuevo artículo 1792-31, que:

“(...) Las partes de un pacto de unión civil se deben ayuda material mutua, conforme a las reglas fijada en el mismo pacto o en acto posterior otorgado por escritura pública.

A falta de acuerdo, el juez determinará esta ayuda en función de la situación patrimonial de las partes, considerándose alimentos para los efectos de su cumplimiento”.

Y finalmente, y de la misma manera, el proyecto de ley que crea “los pactos de uniones civiles”(N° de boletín: 6846-07), establece en su artículo 2°:

“(...) Los miembros de un pacto de unión civil se deben recíprocamente auxilio y socorro mutuos y tendrán los mismos derechos y deberes que tienen los cónyuges por el hecho del matrimonio, salvo aquellos que por su naturaleza no sean compatibles con un determinado pacto de unión civil”

Es de esta manera que podemos ver la especial relevancia que las propuestas legislativas le otorgan al deber de ayuda mutua entre los cónyuges, estableciéndolo en todos los proyectos.

Este deber consiste en los cuidados personales y constantes de un integrante de una comunidad de vida respecto del otro (Somarriva, 1983). Es uno de los deberes en que más se manifiesta el carácter de *afectio*. Barrientos, señala, al referirse a este deber en el matrimonio, que constituye un deber que por su naturaleza está dirigido a un consorcio en el cual la solidaridad conyugal aparece como uno de sus elementos constitutivos, y por ende impone

recíprocamente, un deber de estar al lado del otro como sostén y amparo “en todas las circunstancias de la vida”.

Es de esta manera que la inclusión de esta deber constituye un acercamiento más estrecho entre el matrimonio y la unión de hecho, donde la consideración de la relación afectiva entre sus integrantes es su principal fundamento, toda vez que toma base “la solidaridad” en la relación y su proyección consiste en el “deber de estar al lado del otro como sostén y amparo en todas las circunstancias de la vida”.

CONCLUSIONES

De acuerdo al análisis precedente es posible consignar las siguientes conclusiones:

1. Que la noción de deberes jurídicos que corresponde a los integrantes de un grupo familiar es aquella categoría de deberes jurídicos específicos.
2. Que no obstante no existir definición legal, para efectos de considerar a la unión de hecho como aquella unión respecto de la cual el derecho reconoce efectos jurídicos, debemos entenderla como aquella *unión lícita, entre dos personas, fundada en la convivencia de carácter afectiva-sexual, notoria y permanente*. De estos elementos determinantes, creemos que la convivencia notoria, permanente y de carácter afectivo-sexual es el más importante, ya que constituye su piedra angular, toda vez que sobre este elemento se proyecta la comunidad de vida respecto de la cual convergen los intereses individuales de cada integrante para dar lugar a un interés común de familia, y la consecuencial producción de efectos jurídicos, entre los que podemos incluir los de índole personal entre los integrantes del vínculo.
3. No obstante la opinión de la doctrina y jurisprudencia, creemos que la diferencia de sexo entre los integrantes de una unión de hecho no debe ser considerada como un elemento determinante para que produzca efectos jurídicos, ya que la unión entre persona del mismo sexo, enmarcada en una unión de hecho, cumple con los mismos caracteres de notoriedad, permanencia, afectividad y sexualidad entre sus integrantes necesarios para dar lugar a este vínculo, y por lo tanto a una familia.
4. Considerando el carácter dinámico de la noción de familia creemos hoy la unión de hecho debe ser incluida dentro de tal noción, existiendo fundamento constitucional y legal para aquello
4. Que en lo tocante a sus efectos, tomando en consideración su actual lugar en el derecho de familia y las consecuencias que surgen de sus elementos determinantes, creemos que la lógica seguida por los tribunales de nuestro país, de limitar la unión de hecho a un ámbito netamente patrimonial es insuficiente actualmente, ya que deja fuera toda una gama de efectos no patrimoniales basados en la afectividad que le sirve de base al vínculo y que la dotan de su

especialidad, como los derechos y deberes de índole personal entre quienes forman una unión de hecho.

5. Que alguna legislación moderna ha considerado el ámbito de la unión de hecho basado en la afectividad y que le es propio como fuente de familia, ubicando al “conviviente” en un plano de igualdad al cónyuge. Siempre considerando que el término “conviviente” utilizado por la legislación, no obstante que la mera convivencia es sólo uno de los elementos determinante de la unión de hecho, ha sido empleado por la ley para hacer referencia a un integrante de una unión de hecho.

6. Sin perjuicio que es claro el hecho de que respecto de los cónyuges están establecidos derechos y deberes expresamente en el código civil, esta ubicación no es fundamento suficiente para limitarlos, ya que, atendiendo al contexto en que fueron dictados, es posible dar cuenta que éstos van más allá del sólo bienestar de los cónyuges o del matrimonio, debido a que atienden a la estabilidad y permanencia de la comunidad de vida que se ha formado, independiente de si es matrimonial o no, produciendo efectos en la familia que se ha constituido, propendiendo a su fortalecimiento, constituyendo principios del derecho de familia, afirmación que concuerda con el principio constitucional y legal de la protección a la familia establecido en la constitución y con su consideración como núcleo fundamental de la sociedad.

7. Consideramos que sí existen efectos de índole personal entre los integrantes de una unión de hecho y que manifestación de su existencia son sus mismos elementos determinantes, que coinciden con algunos de los derechos y deberes establecidos respecto de los cónyuges, produciéndose un cumplimiento espontáneo de éstos.

8. Sin embargo, no obstante la existencia de estos efectos que son consecuencia lógica para que la unión de hecho produzca efectos jurídicos, no existe un reconocimiento legal expreso en nuestro ordenamiento jurídico de todos éstos efectos, como categoría de deberes jurídicos específicos, a diferencia de los derechos y deberes establecidos respecto de los cónyuges, toda vez que no existen mecanismos para que los integrantes de una unión de hecho los hagan valer, ni existen consecuencias legales ante su inobservancia, más que la no configuración como tal. Con todo, consideramos que existe una excepción en cuanto al deber

de respeto, en donde existe una manifestación directa y expresa en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente, en la ley de violencia intrafamiliar en donde se considera la calidad de “conviviente” para la configuración del delito de violencia intrafamiliar, con las sanciones penales correspondientes que trae aparejado su comisión. Y de manera indirecta, vinculada a la anterior, en el código penal, con el delito de parricidio, en que la calidad de conviviente se considera como una agravante al homicidio, al mismo modo que la de cónyuge.

9. Del análisis de los proyectos de ley que existen sobre unión de hecho es posible dar cuenta que una eventual futura regulación coincide con lo que se ha establecido en esta investigación en cuanto la existencia de efectos de índole personal expresos como son el de ayuda mutua, socorro y también tiene especial relevancia como nuevo elemento la inclusión de personas del mismo sexo como sujetos habilitados para celebrar el vínculo.

10. Como consecuencia de lo anteriormente señalado, es posible concluir que la hipótesis de trabajo ha sido comprobada, ya que existe en nuestro ordenamiento jurídico reconocimiento legal de al menos un deber de índole personal, sin perjuicio de que exista manifestación de otros efectos personales pero que actualmente no constituyen “deberes jurídicos” en su sentido estricto. En base a esta conclusión, y en el evento de una futura regulación, estamos de acuerdo con los proyectos de ley que existen en materia de uniones de hecho, en lo tocante a que proponen ampliar el reconocimiento de estos efectos al deber de ayuda mutua en atención a su importancia en la comunidad de vida que se forma por medio de una unión de hecho

BIBLIOGRAFÍA

1. Fuentes bibliográficas

- Abeliuk, R. (2008). *Las obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Barrientos, J. (2007). *De las uniones de hecho*. Santiago: Legal Publishing.
- Barrientos, J., & Novales, A. (2005). *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*. Santiago: LexisNexis.
- Court, E. (2009). *Curso de derecho de familia : matrimonio, regímenes matrimoniales, uniones de hecho*. Santiago: Legal Publishing.
- Pinto Rogers, H. (1942). *El concubinato y sus efectos jurídicas*. Santiago.
- Ramos, R. (2010). *Derecho de Familia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Somarriva, m. (1983). *Derecho de familia, tomo I*. Santiago: Ediar Editores Ltda.
- Weinstein, G., & Martinic, M. D. (2004). *Apuntes de Catedra Derecho Civil, Universidad de Chile*. Santiago.

2. Documentos electrónicos

- Báez Aguirre, D., & Contreras Sepúlveda, C. (2009). *Tratamiento jurídico de las uniones de hecho*. Recuperado el jueves de julio de 2011, de Cibertesis - Tesis electrónicas de la Universidad de Chile:
http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2004/baez_d/html/index-frames.html
- Báez, D., & Contreras, C. (2009). *Tratamiento jurídico de las uniones de hecho*. Recuperado el jueves de julio de 2011, de Cibertesis - Tesis electrónicas de la Universidad de Chile: http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2004/baez_d/html/index-frames.html
- Barrientos, J. (diciembre de 2006). *Sobre la noción de "convivente" utilizada en el artículo 390 del código penal*. Recuperado el 23 de septiembre de 2011, de © 2011 Fundación Fueyo/ Revista chilena del derecho privado, N°7:
http://www.fundacionfueyo.udp.cl/revista/7_Revista_Fundacion_Fueyo.pdf
- Corral Talciani, H. (octubre de 2004). *Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del Derecho Privado*. Recuperado el 20 de Julio de 2011, de Academia y derecho. El blog de Hernán Corral:
<http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/05/constitucionalizaciond-privado.pdf>

- Corral Talciani, H. (2005). *La familia en los últimos 150 años del código civil. Artículo de revista Chilena de Derecho. Vol. 32, n° 3*. Recuperado el 24 de julio de 2011, de Derecho y Academia. El Blog de Hernán Corral:
<http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/la-familia-150anoscc.pdf>
 - Isla Peña, Mariela E. c/ Valenzuela Rovere, Anita E. y otra s/ Juicio declarativo de comunidad - Recurso de casación en el fondo, ROL:1421-09, MJJ25296 (Corte suprema 14 de octubre de 2010).
 - Lasarte Álvarez, C. (2005). *Compendio de derecho civil " trabajo social y relaciones laborales"*. Madrid: DYKINSON.
 - Orrego, J. A. (2011 йил 25-feberero). *Juan Andrés Orrego Acuña, sitio web*. Retrieved 2011 йил 20-agosto from la familia y el matrimonio:
<http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/derecho-de-familia/>
 - Osterling Parodi, F., & Castilla Freyre, M. (2005). *Tratado de las obligaciones*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
 - Recurso de casación en el fondo - Vargas Guzmán, René c/ Morales González, María L , Vargas Guzmán, René c/ Morales González, María L s/ Concubinato ROL:7568-09, MJJ27085 (Corte suprema 26 de abril de 2011).
 - Saavedra, R. (2010). *Derecho de familia 2010. apuntes de clases*. Valparaíso., Chile.
 - Turner Saelzer, S. (2010). *La unión de hecho como institución del Derecho de Familia y su régimen de efectos personales*. Recuperado el 24 de mayo de 2011, de SciELO - Scientific Electronic Library Online / Revista Ius et Praxis, Año 16, N° 1, 2010, pp. 85 - 98: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v16n1/art04.pdf>
4. Textos normativos.
- Código civil de Chile, (2004) 4a. ed, Santiago : LexisNexis,
 - Código penal de Chile, (2008)22ª ed , Santiago : Jurídica de Chile
 - Código de procedimiento penal (2001) 1ª ed. Santiago : Jurídica Conosur.
 - Ley 20066 de violencia intrafamiliar. consultada 20 de septiembre de 2011, sitio web:
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242648>
 - Proyecto de ley sobre " Acuerdo de vida en pareja" N° de Boletín: 7873-07, consultado el 28 de octubre de 2011, sitio web:
<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#>

- Proyecto de ley sobre "Acuerdo de vida en común" N° de boletín: 7011-07, consultado el 28 de octubre de 2011, sitio web:
<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#>
- Proyecto de ley sobre "Pacto de unión civil" N° de boletín: 6735-07, consultado el 28 de octubre de 2011, sitio web:
<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#>
- Proyecto de ley sobre sobre "Un régimen legal para las uniones de hecho", N° de Boletín: 3494-07, consultado el 28 de octubre de 2011, sitio web:
<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#>
- Proyecto de ley sobre "pactos de uniones civiles", N° de boletín: 6846-07 , consultado el 28 de octubre de 2011, sitio web:
<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#>

3. Jurisprudencia

- Sentencia de Corte Suprema, 30 de marzo de 1982, Arroyo C., Marcial con Sucesión Zunino Ch., Emma s/ Dominio, RDJ4924
- Sentencia Corte Suprema, 26 de abril de 2011 Vargas Guzmán, René c/ Morales González, María L s/ Concubinato,g