

María Sara Rodríguez Pinto

MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA

Edición actualizada



María Sara Rodríguez Pinto

Manual de Derecho de Familia

«Bookwire»

Pinto M.

Manual de Derecho de Familia / M. Pinto — «Bookwire»,

La obra ofrece una visión completa y al día del derecho de familia en Chile. Esta parte del Derecho Civil se aborda con una sistemática nueva en cuatro partes. La primera es una introducción a la disciplina, que incluye las relaciones de familia y sus consecuencias en el estado civil de las personas, la obligación y el derecho de alimentos y las tutelas y curadurías como cargas derivadas de las relaciones de familia. La segunda parte es un estudio completo del derecho matrimonial chileno, sus fundamentos y su reconocimiento en el Código Civil y en la ley de matrimonio civil. La tercera parte es un estudio completo del tratado de la filiación. Esto incluye la determinación de la filiación por naturaleza, en el caso de técnicas de reproducción asistida y por adopción. Los efectos de la filiación determinada se estudian en sus dimensiones personales y patrimoniales. La cuarta parte del libro es un estudio de los regímenes matrimoniales en el derecho chileno. El libro termina con los efectos que la ley reconoce a las uniones no matrimoniales. La obra ofrece una visión completa y al día del derecho de familia en Chile. Los contenidos se abordan con una sistemática nueva en cuatro partes. La primera es una introducción a la disciplina, que incluye las relaciones de familia y sus consecuencias en el estado civil de las personas, la obligación y el derecho de alimentos, las tutelas y curadurías como cargas derivadas de las relaciones de familia. La segunda parte es un estudio del derecho matrimonial chileno, sus fundamentos y su reconocimiento en el Código Civil y en la ley de matrimonio civil. La tercera parte es una explicación del tratado de la filiación. Esto incluye la determinación de la filiación por naturaleza, por técnicas de reproducción asistida y por adopción. Los efectos de la filiación determinada se estudian en sus dimensiones personales y patrimoniales. La cuarta parte del libro es un estudio de los regímenes matrimoniales en el derecho chileno. El libro termina con los efectos que la ley reconoce a las uniones no matrimoniales formalmente constituidas a través de un acuerdo de unión civil o no. Este libro se ofrece como instrumento para la enseñanza del Derecho de Familia en programas de pre y post grado. También como un apoyo para el trabajo de jueces y abogados; y para todas aquellas profesiones de apoyo a la estabilidad de la familia. de pre y post grado. También se

ofrece como un apoyo para jueces y abogados; y para todas aquellas profesiones de apoyo a la estabilidad de la familia.

© Pinto M.

© Bookwire

MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

© MARÍA SARA RODRÍGUEZ PINTO

© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE

Ahumada 131, 4º piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual

Inscripción N° 284.668, año 2017

Santiago - Chile

Se terminó esta edición digital actualizada en el mes de noviembre de 2020

ISBN edición impresa: 978-956-10-2457-1

ISBN edición digital: 978-956-402-507-0

Diagramación digital: ebooks Patagonia

www.ebookspatagonia.com info@ebookspatagonia.com

MARÍA SARA RODRÍGUEZ PINTO

*Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de los Andes, Chile*

MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA



INTRODUCCIÓN

La parte especial del Derecho Civil se divide en Derecho Civil Patrimonial y Derecho de Familia. El Derecho Civil Patrimonial comprende el estudio de los bienes, su posesión, dominio, uso y goce (Libro II del Código Civil), el estudio de las obligaciones, de los contratos, de la responsabilidad civil extracontractual (Libro IV del Código Civil), y de la sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos (Libro III del Código Civil). El Derecho de Familia incluye el derecho matrimonial, el

tratado de la filiación y el de los regímenes matrimoniales. Estas materias están reguladas en los Libros I y IV del Código Civil en numerosas leyes especiales. Todo esto es lo que constituye el objeto de este libro. En Chile, además, cada uno de estos ámbitos del Derecho de Familia ha sufrido cambios legales sectoriales, lo que justifica el tratamiento sistemático que se hace de ellos.

Esta obra se propone explicar el Derecho de Familia enfatizando su pertenencia al Derecho Civil en una determinada jurisdicción: Chile. Como tradición jurídica, el Derecho Civil es extraterritorial y universal, pertenece a la familia del derecho continental y se enlaza con todos sus antecedentes históricos con el Derecho Romano y con el Derecho Canónico, con el fenómeno de la codificación y con sus fuentes. Más recientemente, con la descodificación, la constitucionalización y la internacionalización. Nos interesa la recepción y desarrollo de estas influencias en Chile, no las tendencias en sí mismas o su recepción en otros ordenamientos, tradiciones o sistemas. Esta es una de las razones por las que no invocamos bibliografía ni legislación extranjera como fuente ni como autoridad.

Otro propósito de este estudio es poner al día el tratamiento que hacen del Derecho de Familia los manuales de más amplia aceptación y uso en Chile. El referente de este libro es el Derecho de Familia de don Manuel Somarriva Undurraga, puesto al día por el mismo autor con la asistencia de don René Abeliuk, en una segunda edición de dos volúmenes publicada en 1983 (Santiago, Chile, Ediar Editores, 743 páginas).

La organización sistemática de este libro es, sin embargo, distinta. Se ha procurado seguir una división clásica del Derecho de Familia agrupando todo lo relativo al derecho matrimonial, a la filiación y a los regímenes matrimoniales en conjuntos de capítulos. En una parte introductoria se abordan los rasgos más generales de la disciplina; incluido el tratamiento de las relaciones de familia y el estado civil de las personas como presupuesto de la obligación y el derecho de alimentos y de las tutelas y curadurías, instituciones que son consecuencia de las relaciones de familia. En el sistema romano, la adopción es una institución tutelar, pero en este libro hemos optado por estudiarla en el tratado de la filiación, pues en nuestro sistema la adopción inserta al adoptado como hijo en una familia constituida por padre y madre.

Este Manual de Derecho de Familia se divide en cuatro secciones. La parte general agrupa cinco capítulos que nos introducen en el objeto de la disciplina: la familia (Capítulo 1); en el desarrollo histórico y rasgos más característicos de las fuentes formales del Derecho de Familia (Capítulo 2); en las relaciones de familia y el estado civil de las personas (Capítulo 3); en la obligación y el derecho de alimentos (Capítulo 4), y en las tutelas y curadurías (Capítulo 5), como consecuencias civiles de las relaciones de familia.

La segunda parte del libro es el tratamiento del derecho matrimonial. Se trata de una materia remecida por los profundos cambios de la Ley N° 19.947, de 2004, nueva Ley de Matrimonio Civil (en adelante, también LMC), que derogó la Ley de Matrimonio Civil de 1884, sustituyendo entero el sistema matrimonial chileno por uno nuevo. El impacto de esta ley tiene envergadura. El estudio se inicia con una aproximación al matrimonio en sí mismo antes y fuera de toda ley, al sistema matrimonial instaurado por la nueva ley, y a sus consecuencias civiles más importantes (Capítulo 6).

A continuación se analizan los requisitos que la ley chilena establece para la válida formación del matrimonio y para su reconocimiento civil, y los principales efectos que el Derecho Civil reconoce al matrimonio, los que constituyen el núcleo de la vida matrimonial que se desarrolla mientras vive el marido y la mujer (Capítulo 7). Las rupturas matrimoniales se enfrentan desde el punto de vista de sus causas, como hace la Ley N° 19.947, de 2004, que distingue entre condiciones o circunstancias que han afectado la validez del matrimonio, y problemas sobrevinientes. Conforme a este criterio se examinan las posibles formas de resolver una crisis matrimonial y las varias instituciones comunes a todas ellas (Capítulo 8); se incluye un estudio particularizado de la separación conyugal (Capítulo 9); de la inexistencia y nulidad del matrimonio (Capítulo 10), y del divorcio (Capítulo 11).

El Tratado de la Filiación constituye la tercera parte. Este conjunto temático experimenta reformas por la Ley N° 19.585, de 1998, que modifica el Código Civil justamente en materia de filiación. También se consideran, por supuesto, la Ley N° 19.620, de 1999, sobre adopción de menores, la Ley N° 20.680, de 2013, sobre cuidado personal compartido, y la Ley N° 20.830, de 2015, en cuanto a sus efectos sobre la filiación. Se estudia el fenómeno de la filiación y su recepción por el derecho (Capítulo 12); se presentan las formas extrajudiciales de determinación de la filiación por presunciones fundadas en el hecho del matrimonio de los padres (Capítulo 13) o por reconocimiento voluntario (Capítulo 14); las acciones de filiación (Capítulo 15); la filiación como producto de técnicas de reproducción humana asistida (Capítulo 16), y se estudia la adopción, en cuanto mecanismo destinado a insertar menores como hijos en un hogar establemente constituido (Capítulo 17).

Los dos capítulos que cierran el Tratado de la Filiación están destinados al tratamiento de los efectos de la filiación que el Código Civil divide en efectos personales (Título IX del Libro I, artículos 222 al 242) y patrimoniales (Título X del Libro I, artículos 243 al 273). Se estudian los efectos personales de la filiación en cuanto a deberes y derechos entre padres e hijos, las reglas sobre atribución del cuidado personal (o tuición) de los hijos, la relación directa y regular con los hijos (antes denominada derecho de visitas), la salida de menores al extranjero (Capítulo 18), y los efectos patrimoniales de la filiación, en cuanto a deberes y derechos de los padres sobre los bienes de los hijos o *patria potestad* (Capítulo 19).

La última parte del libro está destinada a los regímenes matrimoniales. Se incorporan las reformas introducidas en esta parte del Derecho Civil por la Ley N° 18.802, de 1989; por la Ley N° 19.335, de 1994 y por la Ley N° 20.830, de 2015, sobre acuerdo de unión civil. Se ofrece una visión panorámica del significado y función de los regímenes matrimoniales (Capítulo 20); varios capítulos analizan el tratamiento del régimen supletorio legal de sociedad conyugal: su naturaleza (Capítulo 21); su activo y pasivo (Capítulo 22); la cuestión de su administración (Capítulo 23); los sistemas complementarios del patrimonio reservado y de los patrimonios especiales (Capítulo 24); la separación total de bienes (Capítulo 25), y la disolución y liquidación del régimen de sociedad conyugal (Capítulo 26). Se explica el régimen alternativo de participación en los gananciales (Capítulo 27); el régimen legal de los matrimonios contraídos en el extranjero (Capítulo 28) y la institución de los bienes familiares (Capítulo 29).

Hasta aquí se estudian los efectos patrimoniales del matrimonio. Queda la cuestión de los efectos civiles, principalmente patrimoniales, de las uniones no matrimoniales. A partir de la Ley N° 20.830, de 2015, las uniones no matrimoniales pueden constituirse a efectos civiles, o formalizarse, si de hecho ya existen, mediante el acuerdo de unión civil. Se realiza un tratamiento orgánico y sistemático de las modificaciones introducidas por esta ley al régimen de familia y al estado civil (Capítulo 30). Se ha optado por dejar este análisis en esta parte del libro porque su estudio exige conocer todo el Derecho de Familia tratado en los capítulos anteriores. El acuerdo de unión civil tiene repercusiones civiles en numerosas instituciones del Derecho de Familia. Por otro lado, el legislador chileno configura esta institución como la formalización de una unión no matrimonial, dejando abierta la opción del matrimonio para los que puedan casarse.

El último capítulo del libro (Capítulo 31) ofrece un panorama de los posibles efectos que la jurisprudencia puede atribuir a las uniones no matrimoniales no formalizadas como acuerdo de unión civil, es decir, a las simples uniones de hecho, que son muy variadas. La jurisprudencia chilena ha exigido que la vida en común verdaderamente haya incluido la recíproca colaboración en la formación de un patrimonio común. Los juicios declarativos relativos a estas situaciones son posteriores a la vida en común, y responden, además, a una razón de equidad natural fundamentada en las relaciones de justicia establecidas entre los que han compartido la vida. Los que están unidos de hecho pueden casarse, o establecer entre ellos un acuerdo de unión civil. El deseo de permanecer al margen de la formalidad de las leyes podría ser indicativo de la negativa a tener en común no solo la vida, sino

también los bienes; desprecio cuya equidad respecto del sobreviviente o vulnerado por la ruptura sólo puede ponderar la judicatura caso a caso.

El Derecho Civil Patrimonial y el Derecho de Familia son, en cierta medida, estáticos y dinámicos a la vez. Su dinamismo obedece a cambios en la forma en que se tienen, administran y circulan los bienes, aunque se mantengan inalteradas ciertas instituciones, que se consideran estáticas en algún sentido. Las personas somos dinámicas. Hombres y mujeres tenemos razón y libertad; estamos continuamente creando cultura. Podemos imprimir una dirección a nuestras vidas. Nuestra forma de vivir no se reduce al instinto, como un panal de abejas o una colonia de hormigas. Esto produce dinamismo en el Derecho de Familia. Pero también hay cosas perennes, inmodificables, frente a las cuales el derecho solo puede plegarse. Este libro no ignora la realidad extralegal, lo que las leyes reciben como algo dado, lo que es justo y bueno en sí mismo. Para el Derecho de Familia esto consiste en la estructura personal y relacional de hombres y mujeres, en lo que podemos conocer por la razón del pleno desarrollo de sus inclinaciones y potencialidades, y en lo que la experiencia evidencia como productor de las mejores repercusiones personales y sociales de la conducta humana, es decir, del uso de la libertad. Todo esto en parte se refleja en las leyes, pero también permite el enjuiciamiento crítico de algunas piezas de legislación. En esta parte nos inspiramos en conceptos del personalismo filosófico y de las nuevas teorías de la ley natural.

La bibliografía sobre Derecho de Familia en Chile es abundante, sobre todo a partir de las reformas de la Ley Nº 18.802, de 1989, Ley Nº 19.335, de 1995; Ley Nº 19.585, de 1998; Ley Nº 19.947, de 2004, y más recientes cambios normativos. Se ha optado por no hacer referencias bibliográficas específicas al pie de página ni al final de los capítulos, sino solo en el texto en contadas excepciones. Al final de cada capítulo procura ofrecer una bibliografía complementaria, donde se podrán encontrar las fuentes que se han usado, o puntos de vista contrarios a los expuestos.

Las referencias a fuentes formales se hacen en el texto. Las leyes más usadas se citan en general con una abreviatura, elegida de la lista de abreviaturas más usadas que se incluye al comienzo de la obra. Las sentencias judiciales aparecen en el texto. Las referencias se hacen al tribunal que las pronuncia, a la fecha de la decisión y al número correlativo que el mismo tribunal da a la causa. Estas sentencias están disponibles en la base de datos del Poder Judicial de Chile y en bases comerciales. Hago presente que el estudio se apoya fundamentalmente en las fuentes formales del derecho chileno. Se emplean también argumentos de razón y lógica racional sobre los que se construyen razonamientos deductivos a partir de dichas fuentes.

El estilo obedece a la finalidad didáctica del trabajo. Para estudiar una disciplina hay que partir de una enseñanza pacífica o, por lo menos, lo mejor fundamentada que se pueda ofrecer. Las cuestiones controvertidas confunden al que no tiene un punto de partida. Todo lo que se enseña en este libro se podría enseñar de otra manera, y por esto es que existen en Chile otros tratamientos a los cuales todos podemos acudir. Se ha optado por renovar la sistemática tradicional chilena donde ha parecido conveniente, o respetarla en lo que no nos parecía necesario innovar.

El libro no aborda la sociología de la familia en Chile, ni los estudios estadísticos de los que se sirve. A nuestro juicio, siguen vigentes los resultados que se presentan en las siguientes obras: MARÍA ELENA ARZOLA G. *et al.* (2007), *Familia y felicidad: un círculo virtuoso*, Santiago, Chile, Ediciones Libertad y Desarrollo, 259 pp., y especialmente, J. SAMUEL VALENZUELA; EUGENIO TIRONI; TIMOTHY R. SCULLY (eds.) (2006), *El eslabón perdido. Familia, modernización y bienestar en Chile*, Santiago, Chile, Aguilar Chilena de Ediciones, 456 pp.; EUGENIO TIRONI (2005), *El sueño chileno: comunidad, familia y nación en el Bicentenario*, Santiago, Chile, Aguilar Editores, 333 pp.

Este libro está destinado a todos los estudiantes de Derecho de programas de pre y posgrado en Chile, cualquiera sea la institución pública o privada a la que pertenezcan, de la capital o de regiones. Pero especialmente para los que estudian lejos de las buenas bibliotecas y de los puntos neurálgicos donde se produce el intercambio de ideas en nuestro país y que puedan verse beneficiados. Ojalá sea

útil también a las profesiones de apoyo a la estabilidad de la familia y a los que se capacitan para desempeñar estas tareas, que considero un servicio a Chile y a todos los chilenos.

También puede servir a los jueces de la judicatura especial de la familia, a los ministros de los tribunales de apelación y de la Corte Suprema de Chile, a quienes ofrezco este texto con profundo respeto. A los abogados que nos vemos enfrentados a problemas del ámbito del Derecho de Familia, sea o no esta nuestra especialidad, ojalá que este libro nos sirva en la tarea de prevenir litigios, ayudando a las familias a buscar las causas de los conflictos y removerlas, mientras se pueda, mediante soluciones colaborativas, transacciones y acuerdos.

Este libro es fruto de la enseñanza del Derecho de Familia en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Chile). Entre todos los que hemos ido construyendo estas enseñanzas, ocupa el primer lugar el profesor Hernán Corral, que ha dirigido el Departamento de Derecho Civil y la Facultad de Derecho en distintas épocas y que ha dedicado incontables esfuerzos al desarrollo de los estudios del Derecho de Familia en Chile. Agradezco también a todos los que han sido mis alumnos. Los apuntes de Joaquín Verdugo (*alumni* 2007) fueron, en parte, el punto de partida de este libro. Mis ayudantes de Derecho Civil han aportado en forma que me resulta muy difícil especificar, especialmente, Catalina Brito y Daniela Sarrás. Estoy muy agradecida de los que han leído las sucesivas versiones del manuscrito de esta obra, entre éstos los profesores Hernán Corral, Alejandro Romero, Gian Franco Rosso y Jimena Valenzuela. Agradezco en particular al actual Decano el tiempo que me permitió dedicar a la preparación de este libro durante el año 2015, sacrificando horas de docencia. También agradezco a los integrantes del Seminario de Filosofía Práctica del Instituto de Filosofía de la Universidad de los Andes (Chile), María Elton, Joaquín García-Huidobro, Daniel Mansuy y Gonzalo Letelier por sus observaciones. Incluyo entre éstos a Gabriela Caviedes, Licenciada en Filosofía y candidata al doctorado, por su interés en revisar algunos capítulos del libro.

Santiago, Chile, octubre de 2017

PARTE GENERAL

[1. Familia y sociedad](#)

[2. El Derecho de familia en Chile](#)

[3. El parentesco y estado civil de las personas](#)

[4. La obligación y el derecho de alimentos](#)

[5. Las tutelas y curadurías](#)

CAPÍTULO PRIMERO

FAMILIA Y SOCIEDAD

El objeto del *Derecho de familia* es el bien de la familia; pues el fracaso de la familia y su terapéutica son solo indirectamente un objeto del *Derecho de familia*. Esta proposición exige una toma de posición honesta sobre lo que entendemos por familia desde el principio: qué es la familia, cómo puede definirse o describirse de una forma lo más completa posible, y cuál es la fisonomía legal de la familia en Chile.

I. FISONOMÍA SOCIAL DE LA FAMILIA

Podemos proponer que la familia es el nombre que recibe una comunidad de vida unida o entrelazada por relaciones personales, que son relaciones conyugales, relaciones de paternidad y maternidad, es decir, de filiación, y otras. En cuanto nombre o sustantivo común se atribuye a todas las familias. Sin embargo, cada familia es única, tiene nombre propio; las relaciones personales entre cónyuges, entre padres e hijos, entre parientes son únicas e insustituibles. La familia tiene una identidad propia. Tiene una entidad inalienable que es la de sus relaciones. La familia es un nombre que también se conjuga. Tiene historia: pasado, presente, futuro. La familia es, pero también se hace, se trabaja, se construye, se conquista.

Su resistencia a ser retratada de manera estática parece más evidente si consideramos que la familia es objeto de diversas ciencias sociales. La sociología la estudia en cuanto forma de organización social, posible de medir, describir y predecir. Para la sociología, la familia es un

fenómeno como cualquier otro. La economía considera la familia en cuanto agente económico cuyo comportamiento repercute en variables de la macroeconomía y de la microeconomía. La estadística aborda la familia en cuanto objeto de mediciones de población, de comportamiento, de movilidad, de estructura de los hogares, de ingresos, etcétera. La psicología la aborda en cuanto fenómeno relacional o grupo de personas que comparte un proyecto existencial. La seguridad social la aborda desde el punto de vista de la protección de la salud de la población y de la creación de variables actuariales para el funcionamiento de los seguros. Incluso las leyes laborales inciden en la familia, especialmente cuando protegen la maternidad y la recíproca cooperación de ambos padres en la crianza de los hijos. Casi todas las ciencias indican que la familia es una comunidad de vida que comprende a los cónyuges, a los padres, a los hijos y a otros parientes, y que la familia se asocia a un hogar. La familia aparece como un entramado de relaciones estables, como son las del matrimonio y las de parentesco.

Las proposiciones anteriores se apoyan en la antropología y en la ecología de las relaciones; como asimismo en la sociología de las relaciones.

1. LA FAMILIA EN UNA ANTROPOLOGÍA INTEGRAL

Desde el punto de vista de una antropología integral, familia es la comunidad de vida que se establece sobre la relación comprometida e interpersonal entre el marido y la mujer, que son o pueden ser padre y madre de unos mismos hijos; comunidad relacional de vida en la que florecen y se ayudan, y en la que reciben y educan a los hijos, acompañándolos a lo largo de su vida hasta la muerte.

Llamamos matrimonio al *acto* (o pacto) y al *estado de vida* por el que un hombre y una mujer se dan y reciben, exclusiva e incondicionalmente, como marido y mujer. El mayor bien de la familia, es decir, la familia misma, se funda en el matrimonio. Por su parte, para el marido y la mujer el matrimonio es un bien en sí mismo. El matrimonio de los padres es también un bien para los hijos.

Si los individuos de la especie humana son persona y si las personas existen como varón y mujer, solo el matrimonio satisface el *bien humano* que un hombre y una mujer buscan cuando se casan. Este *bien* es doble, y consiste en el bien de la recíproca y entera *donación conyugal* (donal, sexuada, relacional y total) del marido y la mujer, y el bien de la trascendencia de este don en los hijos. La unión conyugal hace posible que el marido y mujer sean también padre y madre, aunque no necesariamente lleguen a serlo en todos los actos ni en todos los casos.

La persona humana existe como varón y mujer; existe para vivir en comunidad; para interactuar, relacionarse, dar y darse. Las relaciones familiares comienzan con la vida y terminan con la muerte, pues la condición humana exige cuidados y auxilios que solo pueden dar y recibir el padre y la madre con respecto a sus hijos, y el marido y la mujer entre sí. Las relaciones familiares son *personales*. Este carácter personal tiene por consecuencia que no puedan cederse, que no puedan transferirse (a título gratuito ni oneroso); que nadie pueda subrogarse en ellas. La familia misma es una realidad interrelacional de personas, en la que cada uno es insustituible. Marido y mujer son insustituibles entre sí. Solo subsidiaria y paliativamente pueden suplir al padre o la madre otras personas, parientes o no. De forma menos eficaz, también puede hacerlo el resto de la sociedad civil y el Estado. Todas estas coordenadas son las que definen el bien de la familia y, por tanto, lo que la familia es en sí misma. Pero también lo que la familia está llamada a ser como realidad relacional que se elige y se conquista en el día a día de la vida.

2. ECOLOGÍA DE LAS RELACIONES FAMILIARES

Observemos el fenómeno desde el punto de vista de la ecología. Ecología es la ciencia que estudia las interrelaciones de los diferentes seres vivos entre sí y con su entorno, y las condiciones necesarias para su sostenibilidad. Es por esto que podemos entender que hay también una ecología humana, familiar y social. El *genoma* de la naturaleza es uno e indivisible, e incluye el medio ambiente, la vida, la sexualidad, la familia, las relaciones sociales. Es decir, no hay ecología (armonía y sostenibilidad del entorno ambiental) sin una adecuada antropología (armonía y sostenibilidad del entorno relacional personal).

En este sentido, la sostenibilidad de la vida humana sobre la tierra, su ecología, como también la de sus relaciones (interpersonales, familiares, sociales), se apoya en tres hechos imborrables, inderogables e inmodificables, previos y anteriores a cualquier consideración que se haga de ellos. Estos hechos son:

1º: La evidencia *antropológica* de que la persona humana existe como varón o mujer, y que el varón y la mujer son distintos y complementarios entre sí. Esto está demostrado a nivel cromosómico, biológico (gonadal), fenotípico, psicológico, cerebral e, incluso, espiritual. La ciencia tiene demostradas las profundas diferencias entre el varón y la mujer, como asimismo su común pertenencia a la especie humana. La dimensión espiritual de la identidad sexual es consecuencia de la profunda unión entre el cuerpo y el espíritu, en la persona humana.

2º: La evidencia *biológica* de que la perpetuación *humana* del hombre sobre la tierra depende de la unión conyugal. Hablamos de perpetuación *humana* pues entendemos las tecnologías de la reproducción como paliativos de la infertilidad, y algunas de ellas incompatibles con una ecología integral de las relaciones personales. La unión *conyugal*, por otra parte, es la mejor forma de cooperar para transmitir la vida humana a nuevos seres porque corresponde a su dignidad de personas, hijos del amor de su padre y de su madre.

3º: La evidencia *social* de que los nuevos seres tienen dignidad *personal* y merecen, e incluso exigen, un padre y una madre que sean, a la vez, marido y mujer entre sí. La evidencia de las múltiples carencias afectivas, cognitivas, sociales y de todo tipo que padecen los niños que se han visto privados de los cuidados de sus padres lo demuestra palmariamente.

Estos tres factores constituyen los fundamentos de una realidad denominada familia, que es al igual que el matrimonio un bien personal y social. Por tanto, la familia responde a la identidad personal del ser humano, que existe como varón o mujer, inclinada a elegirse como marido y mujer, y a ser en común padre y madre. La familia es el *hábitat* del amor personal de elección y exclusividad entre marido y mujer; de la procreación y educación de los hijos por su padre y su madre, y de la solidaridad humana más esencial. Estos datos pre o extralegales son los fundamentos del Derecho de familia.

El hombre y la mujer son persona. No son individuos autovalentes. La autosuficiencia en todos los aspectos de la vida los autodestruye y frustra todo anhelo de desarrollo y plenitud. La experiencia enseña que sin familia, sin hogar, el varón y la mujer no alcanzan a realizar una vida buena, plena y feliz. El marido necesita a la mujer; la mujer necesita al marido. Marido y mujer están constitutivamente hechos el uno para el otro, según una complementariedad que los implica en todos los aspectos de la vida, porque se han dado el uno al otro por entero y para toda la vida. El lugar donde se realiza esta vocación natural, relacional y donal es el matrimonio, institución en la que se origina una familia. Para el Derecho esto es algo dado.

Los hijos también son persona. La procreación y educación humana de los hijos necesita de la familia, y de la estabilidad al menos tendencial de una familia matrimonial. Los hijos necesitan de esa estabilidad para la ayuda más primaria desde que nacen. Necesitan de la madre y del padre en todo momento: en la crianza y en la infancia. Necesitan la ayuda de sus padres para el desarrollo de todas sus potencialidades: crecer, formar hábitos, consolidar una personalidad madura, establecerse en la vida, asumir compromisos, tener y educar responsable y generosamente a sus propios hijos. Para el Derecho de familia esto es un desafío.

La carencia de familia, de padre, de madre, de hogar, tiene consecuencias negativas para el desarrollo de la personalidad humana. Estas carencias repercuten en la sociedad que, por su parte, está llamada a suplir y socorrer al individuo por un motivo de solidaridad y humanidad. La multiplicación de patologías familiares y carencias personales atenta contra el bien social, es decir, es algo indeseable y negativo. El Derecho de familia está también llamado a conferir estabilidad y dar eficacia legal a los vínculos personales asumidos por las personas.

3. LA FAMILIA COMO BIEN RELACIONAL PERSONAL Y SOCIAL

Por todo lo anterior es que proponemos que la familia es un *bien humano básico* relacional y social, un bien para toda la sociedad. Un bien humano básico es algo que se anhela y desea como imprescindible, no superfluo, para el desarrollo y el florecimiento personal. Por tanto, en cuanto bien, es prescriptivo para todos, aunque elegible para cada uno. Por otra parte, en cuanto bien, la comunidad familiar no anula en su seno a las personas que la componen; al contrario, estas se realizan y florecen en las *relaciones* interpersonales que ahí se establecen. El entramado de relaciones que comienza en la familia pone los fundamentos y asegura la realización y perpetuación de la sociedad civil y política. Por esto, como hemos dicho, la familia es también un *bien social*. Se habla de ella como el núcleo, la célula, la más pequeña comunidad social, “el elemento más fundamental de la sociedad” (Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 16, 3.).

La familia es bien relacional y social, núcleo o fundamento de la sociedad. Como entramado de relaciones interpersonales, la familia no es una *construcción* social o cultural, hecha desde fuera. No es una forma de vida en común artificiosa, impuesta por una religión, o una ideología; por un determinado conjunto de leyes, arbitrarias y cambiantes. Como fundamento de la sociedad, la familia no tiene adjetivo. La familia no es patriarcal, ni burguesa; no está constituida por vínculos formales o legales. Sin embargo, como cualquier proyecto humano, la familia interactúa con la religión, la cultura y las leyes; puede prosperar y consolidarse bajo ellas o puede fracasar, por causas personales y también por causas sociales y legales. La persona humana y todos sus emprendimientos personales necesitan la ayuda de otras personas, de la sociedad y del Estado.

El Derecho de familia está llamado a apoyar el bien de la familia, a reconocer y validar los compromisos matrimoniales, asegurar la estabilidad del hogar, ayudar a las personas como marido y mujer, como padre y madre, como hijo. Todo esto forma parte de un bien social de mayor extensión, del bien de todos, del bien de las futuras generaciones que vendrán después de nosotros a habitar la tierra que es herencia de todos.

II. FISONOMÍA LEGAL DE LA FAMILIA EN CHILE

La fisonomía real de la familia y su bien deberían ser el baremo constante de las leyes sobre reconocimiento, protección y fortalecimiento de la familia en Chile. La respuesta legal es, sin embargo, ambigua. Por una parte hay claramente un modelo matrimonial y familiar protegido: la familia matrimonial. Pero, por otra, hay severas claudicaciones que revelan un claroscuro y, a veces, la falta de reflexión serena sobre el bien social y el de las futuras generaciones.

1. NÚCLEO FUNDAMENTAL DE LA SOCIEDAD

El Código Civil no define la familia, pero la reconoce en diversos preceptos que se refieren a ella. Por ejemplo, respecto de quiénes son la familia del titular de un derecho real de uso o habitación, el artículo 815 expresa que “la familia comprende al cónyuge (antes de la Ley Nº 19.585 decía ‘la mujer’) y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución. Comprende asimismo el número de sirvientes necesarios para la familia. Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivían con el habitador o usuario y a costa de éstos, y las personas a quienes estos deben alimentos”. El artículo 15, Nº 2, expresa que a las leyes patrias permanecerán sujetos los chilenos, “no obstante su residencia o domicilio en país extranjero”, en lo relativo a “las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero solamente respecto de sus cónyuges y parientes chilenos”. Cuando el artículo 42 manda oír a los parientes de una persona expresa que “se entenderán comprendidos en esa denominación el cónyuge de ésta y sus consanguíneos de uno y otro sexo, mayores de edad”. El artículo 1º de la Ley Nº 20.830, de 2015, expresa que entre los parientes también queda comprendido el conviviente civil. Los cónyuges no son parientes entre sí, sino que tienen entre ellos una relación conyugal. La ley, sin embargo, los incluye en ese entretejido de relaciones que compone una familia.

La Constitución Política de la República establece que la familia es el *núcleo fundamental* de la sociedad y que el Estado debe dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento

(artículo 1º). Solo la familia matrimonial es la comunidad de personas que ofrece una estabilidad proporcionada a su función de *núcleo* o *elemento fundamental* de la sociedad. Por esto es que merece la protección del Estado por derecho propio, y es obligación de éste y de la entera sociedad civil el propender a su fortalecimiento.

Hay sectores que proponen una interpretación dinámica del texto constitucional. Según esta hermenéutica el Estado estaría obligado a proteger todo tipo de familia, pues el artículo 1º de la Constitución Política de Chile no habría hecho ninguna opción o distinción. Además, se afirma, todas las formas o tipos de familia merecen igual protección ante la ley. Sin embargo, la protección de todo tipo de familia supone una erosión del modelo matrimonial.

2. LA FAMILIA MATRIMONIAL Y SU EROSIÓN

La familia matrimonial merece el lugar de privilegio que le reconoce el legislador. Son numerosas las razones que justifican esta opción. El matrimonio es un bien humano básico, aunque exigente. Por tratarse de un bien humano básico, evidente por sí mismo, es también prescriptivo como fundamento de la familia. El matrimonio es el bien correspondiente a la tendencia personal a elegirse y darse como marido y mujer. El matrimonio es el acto y el estado de vida que mejor responde al amor comprometido, exclusivo, perpetuo y abierto a la transmisión de la vida, que se dan el hombre y la mujer cuando se casan.

No hay otra forma de vida en común que permita al marido y la mujer darse y recibirse por entero, de una forma compatible con la dignidad de su condición humana, en la que florezcan y se realicen, se ayuden, y puedan educar como padre y madre a los hijos que pueden nacer de su amor conyugal. La familia matrimonial enaltece el amor conyugal, y ofrece a los hijos un clima de estabilidad en el que ninguna otra institución o forma de vida en común podría subrogarse. Por tanto, el matrimonio merece por sí mismo un lugar de privilegio en la protección que el Estado y la sociedad deben a la familia.

La erosión del modelo matrimonial empieza con el divorcio por causa imputable a uno de los cónyuges y por cese de convivencia matrimonial (Ley Nº 19.947, de 2004). El primer tipo de divorcio resquebraja severamente la firmeza del compromiso matrimonial asumido exclusiva e incondicionalmente por los que se casan. El segundo tipo de divorcio entrega la terminación del matrimonio a la voluntad de uno cualquiera de los cónyuges, que puede pre-constituir una causal de divorcio abandonando al otro cónyuge y notificándole que lo hace para terminar el matrimonio.

El divorcio multiplica las familias monoparentales y las familias ensambladas, que imperfectamente son un bien para sus miembros, aunque a veces respondan a la imperiosa necesidad de salir de la soledad. Se llaman familias monoparentales a las que se aglutinan en torno a un padre o a una madre sola. Las familias ensambladas son las nuevas uniones que padres o madres establecen en un hogar común con terceras personas, que traen hijos de anteriores relaciones.

La multiplicación del divorcio engendra temor al compromiso. El temor al compromiso tiene como subproducto las familias de hecho. Las familias de hecho no se establecen u originan, es decir, no se fundan. Son familias que se encuentran juntas de hecho. Se encuentran a veces involuntariamente. En otros casos se apoyan en forma precaria en la vulnerabilidad de los sentimientos o en carencias de los que la integran. A veces las aglutina la maternidad, con frecuencia asumida en soledad, o la paternidad; pero no los vínculos estables entre padre y madre. Son familias que no siempre desean el compromiso. Pero que, si lo desean y lo viven personalmente, pueden ser de verdad familias matrimoniales, aunque la ley les niegue un reconocimiento formal.

Las familias de hecho fueron en parte causa de la Ley Nº 20.830, de 15 de abril de 2015, sobre acuerdo de unión civil. “El acuerdo de unión civil es un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente” (artículo 1º, Ley Nº 20.830). El acuerdo de unión civil es una manera no matrimonial de atribuir efectos jurídicos a una vida en común. Los que acuden a este acuerdo buscan, tal vez, sus efectos patrimoniales; pues el acuerdo de unión civil no es un

compromiso personal estable, que comprometa toda la vida, como el matrimonio. La familia de hecho que se une civilmente obtiene beneficios patrimoniales; pero no la estabilidad y el compromiso de un matrimonio. El acuerdo de unión civil se podría buscar como medio. El matrimonio nunca es un medio, sino un fin.

Algunas familias no matrimoniales pueden aportar bienes a la sociedad. Merecen de ella reconocimiento y protección. Estas familias tienen derecho al reconocimiento y protección legal en tanto aporten o hayan aportado bienes sociales, como la procreación y educación de los hijos, y la ayuda mutua entre el padre y la madre. Estas familias de hecho se han establecido por el hábito de vínculos de justicia y lealtad como los de marido y mujer, y darles protección no supone un debilitamiento del valor del matrimonio. La ley lo hace a través, por ejemplo, de la obligación y el derecho de alimentos, y debería autorizar una mayor flexibilidad de transferencias patrimoniales por causa de muerte.

Por tanto, en el plano fáctico existen tipos de familia. Hay familias de hecho que merecen protección desde el punto de vista legal (leyes de seguridad social, beneficios sociales, como el subsidio habitacional, etc.) En general, estas familias merecen las ayudas que se pueden dar a las personas que están en necesidad. Sobre todo si son vulnerables, desvalidas, enfermas o solas. No merecen protección (ni estímulo) social las situaciones fácticas que *se establecen* como tales. No merecen una protección que suponga equipararlas al valor de los compromisos que asumen las personas cuando se casan.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

HERNÁN CORRAL TALCIANI (2005), *Derecho y derechos de la familia*, Lima, Perú, Editora Jurídica Grijley, 329 pp. Una versión anterior de estos estudios fue publicada en 1994: HERNÁN CORRAL TALCIANI (1994), *Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la familia*, Santiago, Chile, Ediciones Universidad de los Andes, 229 pp. La sociología de la familia en Chile parece estar bien reflejada en la siguiente obra: J. SAMUEL VALENZUELA; EUGENIO TIRONI; TIMOTHY R. SCULLY (eds.) (2006), *El eslabón perdido. Familia, modernización y bienestar en Chile*, Santiago, Chile, Taurus, Aguilar Chilena de Ediciones S.A., 456 pp. También, PIERPAOLO DONATI (2003), *Manual de sociología de la familia*, Barañain, España, Eunsa, 430 pp., y del mismo (1993), *Introduzione alla sociologia relazionale*, Milán, Italia, FrancoAngeli, 251 pp.

Estos estudios se complementan con los que ofrece JOHN FINNIS (2011), especialmente en “Marriage: A Basic and Exigent Good”, “Law, Morality, and ‘Sexual Orientation’”, y “Sex and Marriage: Some Myths and Reasons”, todos en *Human Rights & Common Good. Collected Essays*, Volume III, pp. 315-388.

La idea del fundamento de la verdad del matrimonio y la familia en tres hechos innegables e inderogables es de RYAN T. ANDERSON (2015), especialmente en *Truth Overruled. The Future of Marriage and Religious Freedom*, New York, Regnery, 2015, 258 pp. Para el contexto universal del fenómeno, STEPHEN CRETNEY (2003), *Family Law in The Twentieth Century. A history*, Oxford, Oxford University Press, 911 pp.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DERECHO DE FAMILIA EN CHILE

Con este capítulo entramos en la legislación de familia, es decir, en el Derecho de familia, aunque este último concepto tenga un alcance más extenso que las solas leyes, sea cual fuere su jerarquía en el sistema. Primero se presentan las influencias y divisiones del *Derecho de familia* (§ I). A continuación, la formación y desarrollo del Derecho de familia en las leyes de la República de Chile (§ II.); hasta conformar un conjunto normativo de fuentes formales, el cuerpo del *Derecho de familia* en Chile (§ III). Se ofrece una valoración de las tendencias culturales que refleja todo lo anterior (§ IV), y finalmente, los principales caracteres que pueden atribuirse a este sector del derecho (§ V) y sus diferencias con el *Derecho Civil patrimonial* (§ VI).

I. INFLUENCIAS Y DIVISIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

Desde sus orígenes históricos en el *Corpus Iuris Civilis* y las compilaciones posteriores, el Derecho Civil considera reglas que se denominan de derecho patrimonial y otras que se denominan de Derecho de familia. En este libro se trata de estas últimas, tal como aparecen en el Código Civil y en otras leyes que integran el cuerpo del Derecho de familia. Como parte de la tradición del Derecho Civil, el Derecho de familia que reciben los códigos del siglo XIX y gran parte de las leyes posteriores tiene una configuración histórica común, a partir del Derecho Romano y del Derecho Canónico.

1. INFLUENCIA DEL DERECHO ROMANO

El Derecho Romano es rector y fundamento de todo el derecho de Occidente, incluido el *common law*. El Derecho de familia recibe del Derecho Romano todo lo que se refiere a tutelas y curadurías que, en Chile, llamamos genéricamente Guardas. El Derecho Romano configura la institución de la *patria potestad*, como se denomina al conjunto de deberes y derechos de los padres sobre la persona y los bienes de los hijos, y las reglas más antiguas sobre las que se construye la relación de familia más esencial, la filiación.

El Derecho Romano es determinante también en la formación del derecho matrimonial. Para los romanos el matrimonio era un hecho. Un hecho que, sin embargo, tenía numerosos efectos personales y patrimoniales. El principio *consensus facit nuptias* (el consentimiento hace las nupcias) (ULPIANO, D. 50.17.30) es romano; pero los juristas no le dieron valor jurídico pacticio. Las reglas más antiguas de establecimiento y efectos de la filiación proceden también del Derecho Romano, como la sentencia *mater semper certa est, pater vero is est quem nuptiae demonstrant* (la madre siempre es cierta; el padre es, en cambio, el que demuestra las nupcias) (PAULO, D. 2.4.5). La certeza de la maternidad deriva del hecho del parto. Se presume por padre al marido de la madre. Los regímenes matrimoniales proceden asimismo de reglas romanas más o menos vulgarizadas en la evolución posterior; especialmente, para nosotros, en LAS SIETE PARTIDAS, que eran derecho vigente en la República en la época de la codificación (1855). El Derecho Romano influye también en el Derecho Canónico, por el que llega un nutrido y sabio cuerpo de normas al Derecho Civil.

2. INFLUENCIA DEL DERECHO CANÓNICO

El Derecho de familia moderno recibe la institucionalidad del matrimonio del Derecho Canónico. Puede afirmarse que todo el derecho matrimonial de Occidente, incluido el de países de tradición anglosajona, es tributario del Derecho Canónico. Hasta la Reforma Protestante (siglo XVI) en algunos países y la Revolución Francesa (siglo XVIII) en otros, la materia matrimonial fue competencia exclusiva de los tribunales eclesiásticos de la Iglesia Católica pues gran parte de Occidente estaba unido por una única fe. Es decir, tanto gobernantes como gobernados reconocían la autoridad de la jurisdicción eclesiástica y del Derecho Canónico.

A partir de los siglos XVI y XVIII se inicia, en las diversas y nacientes naciones estado, una serie de acontecimientos históricos que llevan a la secularización del matrimonio, institución nuclear del Derecho de familia. Este proceso consiste en que paulatinamente la Iglesia Católica pierde la competencia exclusiva para conocer las causas matrimoniales (en especial, sobre validez o nulidad del matrimonio). Esta función la asumen los jueces civiles. Paralelamente, los reformadores protestantes desconocen entidad *jurídica* al matrimonio en el orden religioso, por lo que en los países que quedan bajo la órbita de la Reforma protestante, esta materia queda entregada a los tribunales civiles. A partir de las sentencias pronunciadas por tribunales civiles en materia matrimonial empieza a existir en algunos países un derecho matrimonial civil. Con posterioridad, también un matrimonio civil. Hasta antes de esa época el poder secular se limitaba a reconocer efectos civiles al matrimonio religioso (católico o judío). El que estaba casado por la Iglesia (católica, pues no había otra en Occidente), también estaba casado para la ley civil. A partir de la Reforma protestante, en muchos casos los tribunales civiles aplican el Derecho Canónico, pues no había otro cuerpo de reglas sobre la materia matrimonial. Empiezan a dictarse leyes *seculares* o *laicas* sobre la materia matrimonial, por las que se seculariza materialmente gran parte del Derecho Canónico. Los tribunales civiles aplican por mucho tiempo el Derecho Canónico, secularizado o no. Es decir, los jueces civiles invocan las

mismas fuentes canónicas para resolver litigios matrimoniales porque no cuentan con reglas civiles, o porque necesitan interpretar reglas civiles insuficientes. El Derecho Canónico despliega, por tanto, una influencia histórica directa y tiene también una influencia hermenéutica, que podríamos llamar indirecta, hasta el presente.

En Chile, esta influencia puede reconocerse hasta hoy. La Ley Nº 19.947 de 2004, nueva ley de matrimonio civil, se inspira en el Código de Derecho Canónico de 1983 para renovar la tipificación de causas por las que un matrimonio puede ser declarado nulo y para regular la separación judicial. Por tanto, en la legislación vigente continúa presente el Derecho Canónico pues no hay otro criterio hermenéutico para las reglas civiles sobre nulidad y separación judicial.

3. DIVISIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

Las influencias recién mencionadas, junto a factores lógicos y sistemáticos, determinan la división del *Derecho de familia* en tres grandes partes: el *Derecho matrimonial*, el *Tratado de la filiación* y los *Regímenes matrimoniales*. Esta división tripartita es la que adoptamos en este libro.

Hemos agrupado en una parte introductoria lo que entendemos por fundamentos del Derecho de familia. Reconocemos como instituciones fundantes a las relaciones de familia y al parentesco (Capítulo 3), y a instituciones que se apoyan directamente en las relaciones de familia, como son el derecho de alimentos (Capítulo 4) y las tutelas y curadurías, entendidas como cargas de familia (Capítulo 5). Estas materias aparecen reguladas en su estructura fundamental en el Libro I del Código Civil.

El *Derecho matrimonial* (segunda parte de este libro) examina la naturaleza y formación del matrimonio, su validez y nulidad, sus efectos en cuanto a los derechos y deberes que genera el estado matrimonial, las fracturas del estado matrimonial y sus efectos, como asimismo los hechos que causan la terminación del matrimonio. Entre estos últimos se examina el divorcio. Por motivos históricos, estas materias están sustancialmente fuera del Código Civil. El Código Civil, sin embargo, mantiene la definición del modelo matrimonial reconocido y sus efectos civiles entre los cónyuges.

La filiación, su determinación y sus efectos configuran otra parte del Derecho de familia, que se denomina *Tratado de la filiación* (tercera parte de este libro). Aquí se estudia la forma en que el ordenamiento reconoce y confiere efectos civiles a los vínculos que crea el hecho de la generación. En cuanto a sistema que se asimila en sus efectos al hecho de la generación, esta parte también estudia la adopción. La filiación y sus efectos es una materia que pertenece al Libro I del Código Civil, pero ha sido sustancialmente reformada por la Ley Nº 19.585 de 1998, sobre filiación. Con motivo de esta y otras leyes anteriores, ha tenido un tratamiento separado por gran parte de la doctrina chilena.

La última parte del Derecho de familia consiste en el estudio de los efectos patrimoniales del matrimonio. Esta materia recibe el nombre de *Regímenes matrimoniales* (cuarta parte de este libro). También se los denomina “régimen económico del matrimonio”, o “regímenes patrimoniales”. Esta materia está regulada principalmente en el Libro IV del Código Civil, aunque se refieran a ella también algunas normas del Título VI, del Libro I (artículos 135 a 178).

II. EL DERECHO DE FAMILIA EN LAS LEYES DE LA REPÚBLICA

1. EL CÓDIGO CIVIL DE 1855

El Código Civil de 1855 no regulaba la formación ni la validez del matrimonio porque entonces esta era materia de jurisdicción eclesiástica (Derecho Canónico). Las causas matrimoniales eran conocidas por los tribunales eclesiásticos. El Estado de Chile reconocía plenos efectos civiles al matrimonio religioso. Es decir, los chilenos se casaban según la forma y rito de su propia religión. Para los católicos, el Derecho Canónico establecía los requisitos de validez del matrimonio, como asimismo las causas de separación. Para el Código de 1855, el matrimonio era un estado constituido fuera del orden civil y solamente reconocido por éste.

Este estado de cosas incluye la *Ley de matrimonio de disidentes de 1844*. La población chilena era mayoritariamente católica. Sin embargo, hacia la tercera parte del siglo XIX empiezan a establecerse en distintos puntos del territorio colonias de extranjeros que profesan otras religiones.

Por ejemplo, la religión anglicana o luterana. También el país acoge colonias judías que se casan conforme a los ritos de su ley. Surge la dificultad del reconocimiento de efectos civiles a los matrimonios celebrados en Chile por chilenos pertenecientes a otras religiones, cristianas o no. La *Ley de matrimonio de disidentes* soluciona este problema entregando atribuciones a los párrocos para inscribir en los registros parroquiales los matrimonios de personas de otras religiones, para sus plenos efectos civiles. Por tanto, desde antes de la entrada en vigencia del Código Civil, el 1º de enero de 1857, y hasta 1884, el Estado de Chile reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado conforme a los ritos de la religión que profesan los contrayentes.

En cuanto a la filiación, el Libro I del Código Civil ofrecía reglas para establecer la filiación matrimonial, entonces llamada filiación legítima, y también para establecer la filiación no matrimonial, entonces llamada filiación natural. La ley civil privilegiaba la filiación legítima y la filiación natural, que se determinaba por reconocimiento voluntario de los padres. No se facilitaba la investigación de la paternidad. Por su parte, si en la herencia del padre concurrían hijos matrimoniales y no matrimoniales, la ley civil favorecía a los primeros. Los hijos no matrimoniales solamente tenían derechos hereditarios si el causante no tenía hijos matrimoniales. La situación de estos últimos fue mejorando en sucesivas reformas al Código Civil hasta llegar al sistema actual, que confiere iguales derechos hereditarios para los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio. Los efectos de la filiación también eran diversos según si el hijo era matrimonial o no matrimonial. Los hijos no matrimoniales no estaban sometidos a la patria potestad de su padre y era necesario sujetarlos a guarda. El Libro I del Código Civil ofrecía una minuciosa reglamentación de las tutelas y curadurías, genéricamente llamadas guardas.

El régimen matrimonial del Código Civil de 1855 era la sociedad conyugal, que se reglamentaba en el Libro IV, lugar que sigue ocupando hasta hoy. Son estos artículos los únicos que sufren modificaciones en sucesivas reformas posteriores. Otras partes del Libro IV, *De las obligaciones y contratos*, se mantienen casi intactas hasta hoy.

2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA POSTERIOR AL CÓDIGO

La situación descrita anteriormente duró hasta la dictación de la *Ley de matrimonio civil de 1884*. Esta ley entregó a los tribunales civiles el conocimiento de las causas matrimoniales y secularizó las normas materiales y formales sobre formación y disolución del matrimonio. Sin embargo, la de esta ley fue una secularización más formal que material. En lo material o de fondo, la ley reflejó en todo el ordenamiento canónico vigente en la época.

La gran reforma consistió en el establecimiento de un matrimonio civil *obligatorio*. A partir de esta ley el único matrimonio que podía tener efectos civiles era el matrimonio *civil*. El matrimonio religioso fue considerado un hecho privado sin ningún efecto civil. Esta ley se complementó con la *Ley de Registro Civil de 1885*. Esta ley introdujo un sistema de registros públicos civiles para los nacimientos, matrimonios y defunciones, y oficiales públicos encargados de llevarlos, los oficiales del Registro Civil. Chile se beneficia de más de un siglo de matrimonio civil *indisoluble*, hecho que probablemente influye en la cultura y en las costumbres.

Lo anterior puede afirmarse incluso en contraste con una práctica judicial que se empieza a extender en los años 1930. A partir del fallo de la Corte Suprema en *Sabioncello con Hausmann* (Corte Suprema, 28 de marzo de 1932, R. t. 29, p. 351 [1932]), que se publica con comentario favorable de don Arturo Alessandri Rodríguez, algunos jueces empiezan a declarar nulos matrimonios válidos, cuando las partes, de común acuerdo, producen prueba espuria de la incompetencia del oficial civil que asistió al matrimonio. Algunos tribunales de alzada confirman estas sentencias, que debían subir en consulta cuando no eran apeladas. Esto es lo que se denomina nulidades *fraudulentas*.

El sistema de matrimonio civil obligatorio pero indisoluble duró hasta la Ley Nº 19.947, de 2004, que reemplazó totalmente la ley anterior. La nueva ley cambia el sistema de matrimonio civil obligatorio por otro de matrimonio civil no obligatorio, y autoriza el divorcio vincular. Una de las razones que se aducen para la introducción del divorcio vincular es la inconveniencia de seguir

tolerando nulidades *fraudulentas*. Sin embargo, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley Nº 19.947, en 2005, el número de nulidades (fraudulentas o no) que declaraban los tribunales de justicia en todo el país no subía de 7.000 al año. Según estadísticas del Poder Judicial, algunos años después las sentencias de divorcio llegan casi a 50.000 al año (cf. Instituto Nacional de Estadísticas. Justicia. Informe Anual 2012, ¶ 28).

En el ámbito de la filiación ha habido una evolución paulatina hacia el mejoramiento de los derechos hereditarios de los hijos no matrimoniales y hacia la apertura de las causas de investigación de la paternidad. El Código permitía el reconocimiento voluntario de los hijos pero no el reconocimiento forzado. Posteriormente se autoriza el forzar judicialmente el reconocimiento de paternidad. Solo a partir de la Ley Nº 19.585, de 1998, se permite la libre investigación de la paternidad.

Un tercer grupo de leyes es el que va mejorando la situación de la mujer casada en régimen de sociedad conyugal. Primero se autoriza a la mujer para pedir la separación de bienes por mala administración del marido. Luego se autoriza la formación de un patrimonio reservado para la mujer casada en sociedad conyugal que ejerce una profesión u oficio separada del marido. Después se permite el pacto de separación total de bienes durante el matrimonio. Otra reforma es la ley que confiere plena capacidad a la mujer casada en sociedad conyugal, aunque no modifica el sistema de administración de esta última, que sigue radicado en el marido. Un último eslabón de este grupo de leyes es el que introduce un régimen matrimonial alternativo al legal, denominado de participación en los gananciales, y la institución de los bienes familiares.

III. CUERPO DEL DERECHO DE FAMILIA

El Derecho de familia en Chile está formado por las normas del Código Civil de 1855 más un importante número de leyes que lo han modificado o que lo complementan. Todo este grupo de normas debe ser leído e interpretado a la luz de principios de rango constitucional, y de tratados internacionales ratificados por Chile, que se encuentran vigentes y reciben aplicación directa por los tribunales de justicia.

A continuación se ofrece una relación de las leyes que han modificado el Código Civil y se encuentran incorporadas a él; de las leyes que lo complementan en materias de familia, y de las fuentes de rango constitucional y supranacional que forman parte de él.

1. LEYES MODIFICATORIAS DEL CÓDIGO CIVIL

Las principales leyes que han modificado el Código Civil en materias de familia son las siguientes:

1925. Decreto Ley Nº 328 de 1925 y Ley Nº 5.521 de 1934 que introdujeron el patrimonio reservado de la mujer casada.

1935. Ley Nº 5.750, de 1935, que permitió la investigación de la paternidad y suprimió una categoría de hijos no matrimoniales.

1952. Ley Nº 10.271, de 1952, sobre nuevas reformas al régimen matrimonial y a la filiación. Esta ley amplió la investigación de la paternidad y otorga derechos sucesorios a los hijos naturales.

1989. Ley Nº 18.802, de 1989, que introdujo reformas en la sociedad conyugal y en la filiación.

1994. Ley Nº 19.335, de 1994, que introdujo el régimen de participación en los gananciales.

1998. Ley Nº 19.585, de 1998, reforma la filiación, modifica el régimen sucesorio e introduce modificaciones en el Código.

2. LEYES QUE COMPLEMENTAN EL CÓDIGO CIVIL

1930. Ley Nº 4.808, de 1930, que sustituyó la *Ley de Registro de Civil de 1885*.

1962. Ley Nº 14.908, de 1962, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias.

1967. Ley Nº 16.618, de 1967, de menores.

2000. En el año 2000, en cumplimiento de la delegación que le efectuara el Congreso Nacional en el artículo 8º de la Ley Nº 19.585, el Presidente de la República refunde en un solo texto con notas marginales gran número de leyes que han modificado el Código Civil o que lo complementan.

DFL N° 1, de 2000, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N° 4.808, sobre Registro Civil; de la Ley N° 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos; de la Ley N° 16.618, ley de menores; de la Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N° 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones (Diario Oficial, 30 de mayo de 2000). Las posteriores reformas al Código Civil y leyes complementarias se hacen a este texto refundido, coordinado y sistematizado.

Quedan fuera de este texto las siguientes leyes complementarias:

1999. Ley N° 19.620, de 1999, sobre adopción de menores.

2004. Ley N° 19.947, de 2004, nueva ley de matrimonio civil, que sustituye la *Ley de matrimonio civil de 1884*.

2004. Ley N° 19.968, de 2004, que crea los tribunales de familia.

2005. Ley N° 20.066, de 2005, de violencia intrafamiliar (sustituye la anterior Ley N° 19.325, de 1994).

2015. Ley N° 20.830, de 2015, sobre acuerdo de unión civil.

3. OTRAS FUENTES DE APLICACIÓN DIRECTA Y DE FUNCIÓN HERMENÉUTICA

a) *La Constitución Política de la República (1980)*

La Constitución Política de la República (1980) plasmó, desde su adopción inicial, la protección de la familia como base de la institucionalidad (artículo 1º) y la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (artículo 19, 2º). Más adelante se reconoce expresamente lo que antes estaba implícito: hombres y mujeres son iguales ante la ley (artículo 19, 2º). También se garantiza desde un principio el respeto y protección de la vida privada y de la honra de la persona y de su familia (artículo 19, 4º), la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada (artículo 19, 5º), la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio de todos los cultos (artículo 19, 6º), el derecho a la educación, y su concreción en el derecho y el deber que tienen los padres de educar a sus hijos, y que corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho (artículo 19, 10º). Este derecho está intrínsecamente conectado con la libertad de enseñanza, que incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales y el derecho de los padres de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos (artículo 19, 11º). Todas estas garantías, o derechos fundamentales garantizados por la Constitución Política de la República (1980) dieron rango constitucional a multitud de normas legales del Derecho de familia.

b) *Los tratados internacionales*

Diversos tratados internacionales han impactado el Derecho de familia. Entre los más relevantes, pueden mencionarse los siguientes:

1989. *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* (1966), DS N° 778 (Relaciones Exteriores) de 29 de abril de 1989.

1989. *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, DS N° 789 (Relaciones Exteriores) de 9 de diciembre de 1989. Por esta Convención el país se obligó a crear el Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM) con rango de ministerio. Durante gran parte de los años 1990, el SERNAM cumplió funciones de promoción de reformas legales de envergadura al cuerpo del Derecho de familia.

1990. *Convención sobre los derechos del niño*, DS N° 830 (Relaciones Exteriores) de 27 de septiembre de 1990.

1991. *Convención americana sobre derechos humanos o Pacto de San José de Costa Rica* (1969), DS N° 873 (Relaciones Exteriores) de 9 de enero de 1991.

1998. *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*, DS N° 1.640 (Relaciones Exteriores) de 11 de noviembre de 1998. Esta Convención es, en gran medida, precedente de las leyes sobre violencia intrafamiliar, y de la responsabilidad que ha asumido el Estado de perseguir la violencia y los crímenes contra la mujer.

c) *Los principios de Derecho de Familia y su función*

Por influencia del Derecho Constitucional y de las convenciones internacionales sobre derechos humanos, el Derecho de familia experimenta una tendencia a salir de las *reglas* y elevarse a los *principios*. De la gran polisemia que experimenta el término *principio*, hemos escogido la que los comprende como enunciados normativos generales, para todo tipo de caso, con pretensión de aplicación máxima. Se trata de expresiones de la técnica legal plasmadas de manera general en disposiciones legales positivas de diverso rango: internacional, constitucional o legal. Es decir, los principios son normas.

Sin embargo, los principios no cumplen una función directa de regla de Derecho. La *regla* contiene siempre la descripción de un supuesto de hecho al que se atribuye una consecuencia jurídica. Para que los principios operen como reglas necesitan operaciones de razonamiento práctico y de integración con otras normas del ordenamiento. Esto es posible y mandado por el ordenamiento (por ejemplo, en el artículo 242), y es una de sus funciones.

Los principios también tienen otras funciones. Una de éstas es la de proporcionar elementos para *interpretar* e *integrar* el Derecho. Esta labor corresponde a los tribunales de justicia al momento de decidir litigios sobre materias de familia.

En el campo del Derecho de familia, se reconocen algunos principios de gran extensión, formulados en normas de diverso rango, como los siguientes:

1º. Principio de fortalecimiento de la familia

Este principio, plasmado en el artículo 1º CPR (“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”) y en el artículo 1º LMC (“El matrimonio es la base principal de la familia”), se concreta en la defensa del matrimonio (artículos 3º, 91 LMC) y la excepcionalidad del divorcio (que está reservado para el matrimonio válido y exige escrutinio judicial del cumplimiento de sus causas, artículos 54, 55 y 91 LMC).

También se concreta en la protección de miembros vulnerados de la familia mediante el fortalecimiento de las relaciones familiares (artículos 68 a 80bis LTF).

2º. Principio de igualdad

El principio de igualdad reconoce las siguientes extensiones: igualdad entre varón y mujer (artículo 19, Nº 2º CPR); igualdad entre marido y mujer (artículos 131 a 134); igualdad entre padre y madre (artículo 224); igualdad entre hijos matrimoniales y no matrimoniales (artículo 33).

La igualdad entre varón y mujer reconoce como contra extensión el principio de la no discriminación arbitraria (artículo 19, Nº 2º, inciso 2º CPR). La igualdad entre padre y madre reconoce la concreción del principio de *corresponsabilidad* parental (artículo 224).

3º. Principio de solidaridad familiar o de equidad

El principio de solidaridad familiar o de equidad reconoce las siguientes extensiones: principio de matrimonialidad (artículo 3º y artículo 91 LMC); principio de protección del cónyuge más débil (artículo 3º y artículos 60 a 65 LMC); principio de protección del cónyuge sobreviviente (artículo 1337, regla 10ª); principio del interés superior del niño (*passim*); principio de protección de personas con capacidad disminuida.

IV. TENDENCIAS ACTUALES EN EL DERECHO DE FAMILIA

Como se observa de lo escrito anteriormente, el Derecho de familia ha tenido numerosas reformas. Se trata de un sector del Derecho Civil que sigue afectado por una tremenda inestabilidad. Son múltiples las tendencias que se observan como fruto de corrientes filosóficas, ideológicas, cambios culturales, y sociales. Algunas de estas tendencias son las que se presentan a continuación:

1. DESVALORIZACIÓN DEL MATRIMONIO

El matrimonio se mira como la burocratización o legalización de la convivencia entre un hombre y una mujer, simplemente una convivencia pasada por el Registro Civil o registrada. Se busca el Registro Civil para probar el hecho de la convivencia mediante un certificado de matrimonio. Parece ser que hay cierta tendencia a buscar el matrimonio *legal* por una finalidad probatoria. Paralelamente a esto, solo se valora al matrimonio mientras subsiste la voluntad de cohabitar. A esta

percepción social ha contribuido también la Ley N° 19.947, de 2004, que permite configurar una causal de divorcio mediante el abandono del hogar común. Por una evolución cultural parece estar cambiando la valoración que se tiene del matrimonio.

Por otra parte, se constata una baja en la tasa de nupcialidad. La explicación de este fenómeno es difícil, pues influyen en él múltiples factores. Uno de ellos puede ser la baja de incentivos legales para constituir una familia mediante el matrimonio. Algunos consideran que casarse es caro, y luego, que cuesta dinero *descasarse* si el proyecto fracasa. El crecimiento de nacimientos fuera del matrimonio obedece en parte a la baja de la tasa de nupcialidad. Aunque el fenómeno de la tasa de nacimientos fuera del matrimonio en Chile es mucho más complejo, pues procede en un porcentaje alto del embarazo adolescente. Frecuentemente, este último no es fruto de una relación estable, en un hogar común, sino del abuso y de escasa educación de la afectividad.

2. INSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO

Por un lado el Derecho tiende a equiparar el matrimonio con una simple cohabitación *pasada* por el Registro Civil. Por qué no permitir entonces que las uniones de hecho puedan *pasar* también por el Registro Civil, equiparándolas al matrimonio en muchos de sus efectos (estado civil de convivientes, comunidad de bienes, derecho a procrear artificialmente, derechos hereditarios, etcétera). Esta tendencia se vincula actualmente en Chile con la política de proteger civilmente las uniones homosexuales, equiparándolas a una unión de hecho o, incluso, al matrimonio. Esto es lo que se ha materializado en la Ley N° 20.830, de 2015, sobre acuerdo de unión civil.

Frente a esto hay que decir que las uniones de hecho no son matrimonio porque en ellas falta el compromiso, de valor jurídico, que engendra los derechos y deberes que asumen el hombre y la mujer cuando se casan. Los que conviven de hecho no desean, temporal o indefinidamente, asumir compromisos. Estas uniones provisorias no pueden equipararse al matrimonio. Pero si, además, estas uniones son entre personas del mismo sexo, menos podrían asimilarse a él. Las uniones entre personas del mismo sexo pueden tener elementos afectivos, pueden establecer una vida en común mediante los mecanismos que ofrece el Derecho a cualesquiera dos que viven juntos y quieren tener bienes en común y compartir la vida. Las uniones no matrimoniales, menos las uniones entre personas del mismo sexo, no podrían satisfacer las funciones sociales que cumple el matrimonio en la crianza y educación de las nuevas generaciones y en la complementariedad unitiva (de cuerpo y espíritu) que es posible solamente entre un varón y una mujer.

Negándose el Estado a institucionalizar uniones homosexuales no está discriminando arbitrariamente a quienes desean vivir juntos porque se quieren. El Estado no les prohíbe la vida en común. El Estado no puede tratar por igual situaciones que no son iguales. No son iguales el matrimonio con las uniones de hecho entre un varón y una mujer, ni entre dos personas del mismo sexo. Estas últimas, además, no podrían nunca llegar a ser un matrimonio, que es esencialmente la unión conyugal entre el marido y la mujer.

3. LEGITIMACIÓN DE LA PROCREACIÓN ASISTIDA

El desarrollo científico permite hoy lo que se denomina la procreación *asistida* y existe la presión por legalizar el uso de estas técnicas. Los hijos ya no se conciben solamente en la intimidad del tálamo conyugal; sino que se *encargan* a centros médicos especializados. En algunos casos el uso de estas técnicas produce como efecto una tendencia a contractualizar la procreación. Desde esta perspectiva, la procreación es un servicio por el que se paga. Este es el caso de técnicas como la maternidad subrogada, la fertilización in vitro, especialmente con gametos de terceros, etcétera.

Para valorar críticamente esta tendencia, hay que distinguir entre las técnicas de procreación homólogas y heterólogas. Se denominan *homólogas* las técnicas que utilizan gametos (células germinales) del marido y de la mujer que se someten a la técnica. Puede ser fertilización artificial, fertilización in vitro, o GIFT. Las técnicas homólogas pueden tener el reparo ético de separar el resultado procreativo de la unión sexual (coital), que es la forma humana de cooperar el marido y

la mujer en la procreación de los hijos. Desde el punto de vista jurídico, las técnicas homólogas no introducen quiebres en los vínculos filiativos.

Cuando se realizan *in vitro*, estas técnicas tienen más dificultades desde el punto de vista ético y jurídico, ya que se producen o pueden producir abortos en el proceso. Otro reparo de la fertilización *in vitro* es el recurso a la fecundación de varios gametos femeninos, de los cuales algunos solamente son implantados en la madre. Los otros a veces se reservan mediante la técnica de la crioconservación. Puede llegar a acumularse una inmensa cantidad de embriones, es decir vidas humanas, cuyo destino es incierto, pues no todos los que se prestan a la técnica luego utilizan todos los embriones. El destino de esta inmensa cantidad de vidas humanas es un dilema ético tremendo.

Se denominan *heterólogas* las técnicas en las que se trabaja con gametos aportados por terceras personas. Estas terceras personas son donantes de gametos masculinos (espermatozoides) o femeninos (óvulos). También puede ocurrir que marido y mujer aporten los gametos y una tercera mujer se preste a realizar la gestación (maternidad subrogada). O que se fecunde (artificialmente o *in vitro*) a la mujer con gametos de un tercero. Este tipo de procreación asistida multiplica los problemas éticos y jurídicos de las técnicas homólogas. En todos estos casos se perturban los vínculos filiativos que establece la ley sobre el supuesto de hecho de que entre el padre y la madre ha habido una unión sexual, que ha hecho posible la concepción. En realidad la capacidad humana de engendrar y transmitir la vida es personalísima e intransferible por ningún título (gratuito u oneroso). También es personalísima e intransferible la crianza y educación de los hijos. Los hijos, las futuras generaciones de hombres y mujeres, tienen derecho a ser concebidos por su padre y su madre, y a ser educados por ellos mismos.

4. INDISOLUBILIDAD DE LA PARENTALIDAD

Frente a la minusvaloración del matrimonio, se afirma que lo que debe subsistir son los vínculos entre padres (padre y madre) e hijos; aunque el matrimonio no exista o fracase. Se afirma que estos vínculos sí que son indisolubles porque son vínculos de sangre. Lo que se debería valorar es la parentalidad.

La realidad es que los hijos sufren innumerables consecuencias por la separación y el divorcio de los padres. Por mucho que la filiación sea indisoluble, y que a pesar de la separación de los padres sigan siendo hijos, es innegable que la separación afecta enormemente a los hijos. La ley no puede evitar este efecto aunque refuerce la responsabilidad de los padres después de la separación. En realidad la parentalidad (paternidad y maternidad) necesitan el clima de la vida en común para poder realizarse con respecto a los hijos comunes.

Esta tendencia se manifiesta en Chile en las leyes que han buscado fortalecer los vínculos de los hijos de padres separados con el padre o madre que no vive con él. Especialmente con el padre, que a veces se ve separado de los hijos por la tuición que queda en manos de la madre. A través de distintas leyes se ha querido fortalecer estos vínculos a través de la relación directa y regular que debería tener con el hijo, y de la corresponsabilidad que la ley les asegura para participar en la crianza y educación del hijo al igual que la madre.

5. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Como el matrimonio está quebrantándose, se afirma que lo que debe hacer el Derecho es proteger al niño. De ahí el enorme desarrollo del denominado Derecho de la Infancia, y de la importancia del principio del interés superior del niño como criterio de medidas legislativas, gubernativas y de atribución judicial. Esta tendencia responde en parte a la vulnerabilidad del niño frente a la separación de sus padres o al quiebre de la familia.

Merece una crítica positiva que tanto el legislador, el gobierno, como los jueces piensen primero en los niños. Y que frente a los derechos de los padres, prevalezcan los derechos de los niños, cuando entran en conflicto unos con otros. Pero hay muchas contradicciones en este cuidado por el niño. Por ejemplo, a veces se desconoce el derecho del niño a ser concebido naturalmente por su padre y su madre, y a tener una familia. Esta excesiva concentración en el niño a veces desquicia el ámbito

en el cual debería desarrollarse la personalidad física, biológica, psicológica y moral del niño, que es la familia. A veces se llega al extremo de proteger al niño contra sus padres. Se dice que hay que protegerlo de su familia porque lo asfixia, lo maltrata, lo aniquila.

V. CARACTERES DEL DERECHO DE FAMILIA

1. JURIDICIDAD INTRÍNSECA DE ALGUNAS NORMAS

El matrimonio tiene una juridicidad intrínseca, que el legislador solo puede *reconocer*. Cuando esto ocurre, las normas del Derecho de familia tienen también un valor didáctico, en el sentido de que enseñan. Por ejemplo, en el acto del matrimonio civil el oficial lee la definición del artículo 102 del Código Civil para enseñar.

Por este estrecho vínculo entre derecho positivo y derecho natural, el Derecho de familia no siempre es de cumplimiento coactivo. Por ejemplo, el Derecho de familia afirma el deber de fidelidad entre marido y mujer, pero no puede exigir coactivamente que marido y mujer sean recíprocamente fieles, o que cohabiten en un hogar común. Otro ejemplo es el deber de los padres de criar y educar a los hijos. El Derecho no puede exigir esto coercitivamente. Solo lo puede hacer en cuanto al derecho de alimentos, que se traduce en una obligación de dar.

2. INDISPONIBILIDAD DE SUS NORMAS

En el Derecho de familia predominan las normas de orden público. Esto significa que hay un margen limitado para la autonomía de la voluntad. Es lo contrario a lo que sucede en el Derecho patrimonial, en que lo que rige es la autonomía de la voluntad. Así, por ejemplo, en el matrimonio no puede decirse “me caso hasta el 31 de diciembre de 2050” porque no existe el matrimonio a plazo o bajo condición. En general, las normas del Derecho de familia son inderogables por la voluntad de las partes.

Algunos dicen que esto vale en la medida en que el Derecho positivo refleje la juridicidad intrínseca del matrimonio y de la familia. Hay quienes se cuestionan qué pasa si alguien se quiere casar para toda la vida, pues actualmente no puede hacerlo porque el Derecho admite que cualquiera pueda posteriormente divorciarse. Se afirma que las normas del Derecho de familia deberían ser inderogables en la medida en que reflejen la juridicidad intrínseca de determinadas relaciones, como el matrimonio. Si no lo hacen, se debería permitir que las personas elijan un estatuto que refleje lo que realmente hacen. Por ejemplo, si se quieren casar para toda la vida, que pudieran renunciar a la posibilidad del divorcio. En lo que se refiere al matrimonio, esta posibilidad no se ha permitido pues, se afirma, ello atentaría contra la imperatividad de la ley y contra la igualdad ante la ley, y que, por último, convertiría el matrimonio divorciable en un matrimonio “de segunda categoría”.

3. PREDOMINIO DE RELACIONES PERSONALES

El Derecho de familia contiene numerosas normas de contenido patrimonial. Pero estas están intrínsecamente vinculadas a relaciones personales, como la relación conyugal entre marido y mujer, o la relación filial entre padres e hijos. Los regímenes matrimoniales tienen su fundamento en el matrimonio. La patria potestad de los padres tiene su fundamento en la relación de filiación.

4. EL INTERÉS DE LA FAMILIA COMO COMUNIDAD DE PERSONAS

Hay un interés común en las personas que forman parte de una familia. La familia no se mira como un conjunto de individuos sino como una comunidad de personas. El matrimonio y la familia son realidades relacionales, en el plano sociológico, pero también en el plano ontológico y antropológico. Si el Derecho de familia no protegiera a la familia como comunidad de personas, como realidad relacional, daría lo mismo su existencia. Si la familia fuera equivalente a cualquier otra organización de personas se podría proteger como una sociedad o como una institución sin fines de lucro. Este rasgo está actualmente sometido a la tensión del individualismo liberal, que por sobre todas las cosas empodera al individuo, sin reconocerle su naturaleza personal, relacional y social. Por tanto, sin reconocerle a la familia suficiente valor como comunidad de personas.

5. ESTRECHA CONEXIÓN ENTRE DERECHOS Y DEBERES

El Derecho de familia atribuye derechos para cumplir deberes. Por ejemplo, el derecho de los padres a educar a los hijos es en realidad un deber; lo mismo pasa con el cuidado de los hijos. Más que el derecho, marido y mujer tienen el deber de ayudarse mutuamente y guardarse fe. Las potestades, como la patria potestad, se ejercitan en beneficio del que está sometido a la potestad y no en beneficio del titular.

VI. DIFERENCIAS CON EL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL

1. IGUALDAD DE LOS INTERVINIENTES

El derecho patrimonial parte de la base de que ambas partes intervinientes son iguales (por ejemplo, comprador y vendedor). En el Derecho de familia hay un reparto de deberes y derechos entre marido y mujer, entre padres e hijos, que no necesariamente se hace según parámetros de igualdad matemática. Marido y mujer no tienen la igualdad contractual en que se da tanto para recibir otro tanto. El estado matrimonial es una realidad relacional. La tendencia a la igualdad entre el marido y la mujer que propicia el principio de igualdad no debería pretender equiparar a los cónyuges, pues cada uno tiene su función igual pero complementaria en el matrimonio; especialmente cuando marido y mujer son, a la vez, padre y madre de los mismos hijos.

2. RECIPROCIDAD DE DERECHOS Y DEBERES

El Derecho de familia no contempla una reciprocidad en el sentido de conmutatividad, sino en el sentido de que si se tienen deberes y derechos respecto de una persona, esa persona los tiene recíprocamente respecto del primero. Así pasa, por ejemplo, con el derecho de alimentos que el marido le debe a la mujer y ésta le debe al marido. Los padres deben alimentos a los hijos y éstos deben alimentos a sus padres. Otro tanto ocurre con el deber de fidelidad, que es un deber que tiene el marido para con la mujer y la mujer para con el marido.

3. DERECHOS INTRANSFERIBLES, INTRANSMISIBLES E IRRENUNCIABLES

Nadie sustituye al padre y a la madre en el deber de educar a sus hijos porque ese es un deber intransferible. El colegio puede ayudar, y una tía también. Pero lo que el padre no hizo, nadie lo puede hacer por él. Lo mismo ocurre con el deber de cuidado, que recae solo en los padres. Aunque éstos paguen a alguien para que les ayude, este no puede sustituir la función del padre y de la madre. Estos derechos tampoco pueden transigirse ni renunciarse. Por ejemplo, no puede transigirse sobre el estado de hijo ni de padre. Tampoco puede renunciarse al deber de cuidar a los hijos.

4. LOS ACTOS DE FAMILIA NO ADMITEN MODALIDADES

Los actos de familia no admiten condición, plazo ni gravamen alguno. Por ejemplo, el matrimonio no admite modalidades; el reconocimiento de un hijo tampoco. Las convenciones matrimoniales tampoco.

5. LOS ACTOS DE FAMILIA SON SOLEMNES O FORMALES

El matrimonio es un contrato solemne en que el consentimiento se manifiesta públicamente y según una formalidad (testigos, oficial civil). Otros actos de familia también son formales, como el reconocimiento de un hijo.

6. EFECTOS DE LA LEY EN CUANTO AL TIEMPO

Los actos patrimoniales se rigen en cuanto a su celebración y a sus efectos por la ley vigente al tiempo de su celebración. Por ejemplo, en los contratos se incorpora la ley vigente al tiempo de su celebración. No ocurre lo mismo con los actos de familia. Los actos de familia se rigen por la ley vigente al tiempo de su celebración en cuanto a la forma. Pero en cuanto a sus efectos (derechos y deberes) se rigen por la ley vigente al tiempo de su ejercicio. Por ejemplo, el derecho de pedir alimentos tiene por fuente la filiación o el matrimonio según la ley vigente al tiempo en que se piden. Si al tiempo del nacimiento alguien tenía derecho de alimentos y con posterioridad cambia la ley que los concede, ya no puede pedirlos. Esto fue lo que ocurrió con los hijos ilegítimos al momento de entrada en vigencia de la Ley Nº 19.585, de 1998.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

Los estudios históricos están tomados de: RAFAEL NAVARRO-VALLS (1995), *Matrimonio y Derecho*, Madrid, Tecnos, 133 pp.; MARY ANN GLENDON (1989), *The Transformation of Family Law: State, Law, and Family in the United States and Western Europe*, Chicago, The University of Chicago Press, 320 pp.; CARLOS SALINAS ARANEDA (2014), *El derecho canónico en Chile. Derecho canónico indiano*, Estudios históricos, Valparaíso, Chile, Ediciones Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 326 pp.; CHARLES DONAHUE (2008), *Law, Marriage, and Society in the later Middle Ages: Arguments about Marriage in Five Courts*, Cambridge University Press, 672 pp.; JOHN WITTE JR. (2012, 2nd ed.), *From Sacrament to Contract. Marriage, Religion, and Law in the Western Tradition*, Louisville, Westminster John Knox Press, 393 pp. Las reflexiones que estos estudios inspiran son responsabilidad de la autora.

EMILIO RIOSECO ENRÍQUEZ (1956), “El Código Civil y la evolución del Derecho de familia” en Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 98, pp. 541-560; FERNANDO ROZAS VIAL (1990), *Análisis de las reformas que introdujo la Ley N° 18.802*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 73 pp.; GONZALO FIGUEROA YÁÑEZ (1995), *Persona, pareja y familia*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 130 pp.; HERNÁN CORRAL TALCIANI (2002): “Claves para entender el Derecho de familia contemporáneo”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 29, N° 1, pp. 25-34; HERNÁN CORRAL TALCIANI (2004), “La familia en el Código Civil francés y en el Código Civil chileno”, en *Matrimonio civil y divorcio. Análisis crítico y criterios para la aplicación de la Ley N° 19.947, de 2004*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Cuadernos de Extensión Jurídica N° 9, pp. 51-67; CLAUDIA SCHMIDT HOTT (2004), “La transversalidad del parentesco”, en Claudia Schmidt Hott y María Dora Martinic (directoras), *Instituciones de Derecho de familia*, Santiago, Chile, LexisNexis, pp. 3-11; HERNÁN CORRAL TALCIANI (2005), “La familia en los 150 años del Código Civil chileno”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 32 N° 3, pp. 429-438; CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO (2005), “Los principios que informan el Derecho de familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 32, N° 2, pp. 205-218; MAURICIO TAPIA RODRÍGUEZ (2005), *Código Civil de Chile. Evolución y perspectivas*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 471 pp.; HUGO ROSENDE ÁLVAREZ (2007), *Nuevo Derecho de familia: diversas tendencias*, Santiago, Chile, Ediciones Universidad del Desarrollo, 151 pp.; MAURICIO TAPIA RODRÍGUEZ (2007), “Constitucionalización del Derecho de familia(s), el caso chileno: las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social”, en Revista Chilena de Derecho Privado, N° 8, pp. 155-199; RENÉ ABELIUK MANASEVICH (2009), “Evolución de la legislación civil chilena en materia de Derecho de familia y sucesorio”, en Enrique Alcalde y Hugo Fábrega (coords.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Pablo Rodríguez Grez* (Santiago, Chile, Ediciones Universidad del Desarrollo), 504 pp.; HERNÁN CORRAL TALCIANI (2010), “El debilitamiento del matrimonio y su función social en la legislación chilena de entre siglos (XX-XXI)”, en Revista Chilena de Derecho de familia, año 2010, N° 3, pp. 3-14; MAURICIO TAPIA RODRÍGUEZ (2011), “Del Derecho de familia hacia un derecho de las familias”, en Hernán Corral Talciani *et al.* (eds.), *Estudios de Derecho Civil*, t. V, Santiago, Chile, Abeledo-Perrot, pp. 35-42; SUSAN TURNER SAELZER (2011), “Tendencias constitucionales relativas a la protección de la familia”, en *Estudios de Derecho Civil*, t. V (cit.), pp. 43-56; CRISTIÁN LEPIN MOLINA (2014): “Los nuevos principios del Derecho de familia”, en Revista Chilena de Derecho Privado, N° 23, pp. 9-55; ARANCIBIA OBRADOR, MARÍA JOSÉ y CORNEJO AGUILERA, PABLO (2014): “El Derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos”, en Revista Ius et Praxis, año 20, N° 1, pp. 279-318.

CAPÍTULO TERCERO

EL PARENTESCO Y ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS

El parentesco y las relaciones de familia crean vínculos morales y de solidaridad familiar. Algunos de estos son también obligaciones debidas por un imperativo de justicia. Entre estas últimas, la ley reconoce y regula algunas. Por ejemplo, las relaciones de familia establecen en ciertos casos

la obligación de dar alimentos (Título XVIII del Libro I del Código Civil) (Capítulo 4); confieren derechos hereditarios hasta el sexto grado por consanguinidad (artículo 980 y siguientes; artículo 1167 y siguientes) e incapacitan para ciertos actos y contratos (artículo 1796). El parentesco por consanguinidad y afinidad, por naturaleza o por adopción, incapacita, en algunos casos, para contraer matrimonio (artículo 6º LMC) (Capítulo 7). Las relaciones de familia imponen también ciertas cargas legales, como son las tutelas y curadurías (Títulos XIX a XXXII del Libro I del Código Civil) (Capítulo 5).

El parentesco y las relaciones de familia crean lo que la ley civil denomina el estado civil de las personas. Todos estos son los temas que abordamos a continuación.

I. FAMILIA Y RELACIONES DE FAMILIA

Podemos considerar que una familia es la comunidad de vida formada por el conjunto de personas relacionadas entre sí por matrimonio o parentesco. Son relaciones de familia las que existen entre dos personas vinculadas entre sí por matrimonio o parentesco.

Por tanto, son fuente de relaciones de familia:

1º. El matrimonio, que establece una relación de familia entre el marido y la mujer. Esta se llama relación *conyugal*, y

2º. El parentesco, que establece una relación de familia entre padre y madre e hijos, entre ascendientes y descendientes, entre hermanos, entre primos, y otros. Estas se denominan genéricamente relaciones de parentesco.

II. EL PARENTESCO Y SUS CLASES

El parentesco es la relación de familia que existe entre dos personas por vínculos de sangre (consanguinidad), o por disposición de la ley (afinidad). El matrimonio da origen a la relación conyugal, que no crea un parentesco entre el marido y la mujer.

El parentesco puede ser por consanguinidad o por afinidad.

La ley crea vínculos de parentesco *por adopción*, y estos pueden ser por consanguinidad o por afinidad. La adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes (artículo 37 LAM). La adopción extingue los vínculos de filiación de origen del adoptado para todos los efectos civiles, excepto respecto de los impedimentos para contraer matrimonio del artículo 6º LMC, “los que subsistirán” (artículo 37 LAM).

1. PARENTESCO POR CONSANGUINIDAD

“Parentesco por consanguinidad es aquel que existe entre dos personas que descienden una de la otra o de un mismo progenitor, en cualquiera de sus grados” (artículo 28). Por tanto, son parientes por consanguinidad los que descienden unos de otros o de un antepasado común. Este es el parentesco que existe que entre el hijo y su padre o madre; entre hermanos, hijos de los mismos padres, o de un mismo padre o una misma madre; o entre primos, que descienden todos de un mismo tronco común que es el abuelo, bisabuelo o tatarabuelo. El chozno es el nieto en cuarta generación, es decir, el hijo del tataranieto.

2. PARENTESCO LEGAL O POR AFINIDAD

“Parentesco por afinidad es el que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos de su marido o mujer” (artículo 31).

La expresión “ha estado casada” se refiere a los viudos y a los divorciados, pero no comprende la nulidad del matrimonio. Si el matrimonio es declarado nulo se entiende que nunca existió; por lo que no existe parentesco alguno por afinidad entre el que estuvo casado y los consanguíneos del que fue su marido o mujer, si ese matrimonio fue declarado nulo.

Tampoco hay parentesco legal entre una persona y los consanguíneos de su conviviente o concubino. Entendemos por convivencia la cohabitación de un hombre y una mujer que no pueden casarse entre sí por algún impedimento. Por ejemplo, porque uno de ellos está casado con otra persona. Entendemos por concubinato la cohabitación de un hombre y una mujer sin impedimentos para contraer matrimonio entre sí.

Según el artículo 4º, Ley Nº 20.830 establece que “entre un conviviente civil y los consanguíneos de la persona con la que está unida por un acuerdo de unión civil existirá, mientras éste se encuentre vigente, parentesco por afinidad. La línea y grado de afinidad de una persona con un consanguíneo de su conviviente civil se califica por la línea o grado de consanguinidad de dicho conviviente civil.” Esta ley crea, por tanto, un parentesco por afinidad entre una persona y los consanguíneos de su conviviente civil, es decir, de aquél con quien estuviere unido por un acuerdo de unión civil. A diferencia del parentesco por afinidad civil (artículo 28), este parentesco legal dura lo que dure el acuerdo de unión civil, y termina con la terminación de dicho acuerdo.

No hay parentesco por afinidad entre el marido y la mujer porque entre ellos hay matrimonio o relación conyugal, que es otra relación de familia. Por eso el artículo 42 dice que en los casos en que la ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá comprendido el cónyuge. Si la ley nada dijera, el cónyuge no se entendería incluido entre los parientes.

Tampoco hay parentesco por afinidad entre convivientes civiles, ni entre otros simplemente unidos de hecho. Pero el artículo 1º LAUC, establece que “los contrayentes [de un acuerdo de unión civil] se denominarán convivientes civiles y serán considerados parientes para los efectos previstos en el artículo 42 del Código Civil”. Es decir, si entre ellos existe un acuerdo de unión civil, podrán ser oídos cuando la ley mande que se oiga a los parientes de una persona.

III. CÓMPUTO DEL PARENTESCO

1. LA LÍNEA Y EL GRADO EN EL PARENTESCO POR CONSANGUINIDAD

El parentesco por consanguinidad se computa por líneas y grados (artículos 27 y 28). *Línea* es la serie de parientes que descienden unos de otros o del tronco común que compone una relación de parentesco. La línea puede ser recta o colateral. Línea *recta* es la serie de parientes que descienden unos de otros. Esta serie de parientes son, por ejemplo, tatarabuelo, abuelo, padre, hijo, nieto, bisnieto, tataranieto, chozno.

Línea *colateral* o *transversal* es la serie de parientes que descienden de un antepasado común. Por ejemplo, los hermanos que descienden de los mismos padres, o de un mismo padre o una misma madre; los primos que descienden todos de un abuelo común; los primos “de segundo grado”, como llamamos en Chile a la serie de parientes que descienden todos de un tatarabuelo común; los tíos y los sobrinos, que descienden de un tronco común, que para el tío es padre y para el sobrino es abuelo.

Grado es el número de generaciones que compone la relación de parentesco. Para computar el grado de parentesco entre dos personas hay que contar las generaciones que existen entre una de ellas y el tronco común en la *línea ascendente*, y luego contar las generaciones que existen desde el tronco común hasta la otra persona en la *línea descendente*. Así, por ejemplo, los hermanos son parientes consanguíneos en el segundo grado de la línea colateral; el nieto con su abuelo son parientes por consanguinidad en el segundo grado de la línea recta; los primos hermanos son parientes consanguíneos en el cuarto grado de la línea colateral; un tío con su sobrino son parientes consanguíneos en el tercer grado de la línea colateral.

2. CÓMPUTO DEL PARENTESCO POR AFINIDAD

El parentesco por afinidad se computa según la línea y el grado de parentesco por consanguinidad del marido o de la mujer (artículo 31). Así, el parentesco de la mujer con el cuñado (hermano del marido) es un parentesco por afinidad en el segundo grado de la línea colateral; mientras que el de la mujer con el tío del marido es por afinidad en tercer grado de la línea colateral. El parentesco entre el suegro y la nuera (la señora de su hijo) es por afinidad, en primer grado de la línea recta, y entre la suegra y el yerno (el marido de la hija) es por afinidad, en primer grado de la línea recta.

De la misma manera, “un varón está en primer grado de afinidad en la línea recta con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio, y en segundo grado de afinidad, en la línea transversal, con los hermanos de la mujer” (artículo 31, inciso 2º).

La importancia de este vínculo está en que el parentesco por afinidad en primer grado de la línea recta (por ejemplo, entre el marido y los hijos habidos por su mujer en un anterior matrimonio) y en segundo grado de la línea colateral (por ejemplo, entre el marido y los hermanos o hermanas de su mujer) constituye un impedimento para el matrimonio (artículo 6º LMC).

IV. EL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS

1. DEFINICIÓN

El artículo 304 define el estado civil como “la calidad de un individuo, en cuanto lo habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles”. El estado civil no es, sin embargo, la mera capacidad de un individuo para ejercer derechos y contraer obligaciones, en el sentido de los artículos 1446 y 1447 (toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces, en forma absoluta o relativa). La enseñanza pacífica en Chile le da al estado civil una mayor extensión. El estado civil es “la posición o calidad permanente del individuo en razón de la cual goza de ciertos derechos o se halla sometido a ciertas obligaciones” (Claro Solar, [fecha], [n.]); o bien, “el lugar permanente de una persona dentro de la sociedad, que depende principalmente de sus relaciones de familia, y que la habilitan para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones civiles” (Somarriva, 1983, n. 619).

El estado civil sería, por tanto, un atributo de la personalidad, una calidad que corresponde a todo ser humano (persona natural y no jurídica) por el solo hecho de ser tal, como la capacidad de goce, la nacionalidad, el nombre, el domicilio y el patrimonio. Se trata de un atributo extrapatrimonial, puramente personal, que otorga ventajas o prerrogativas junto a deberes y obligaciones.

2. CARACTERÍSTICAS

Al estado civil se atribuyen las siguientes características:

1º. Es *uno e indivisible*, de modo que no se puede tener simultáneamente más de un estado civil de una misma fuente. Por ejemplo, no se puede ser a la vez soltero y casado; pero sí se puede ser hijo (por generación) y casado (por matrimonio). Este rasgo tiene variadas consecuencias. Por ejemplo, que no se puede reconocer como hijo al que ya tiene determinada una filiación diversa (artículo 189); o que la sentencia que declara verdadera o falsa una paternidad o maternidad tenga efectos *erga omnes* (artículo 315).

2º. Es *incomerciable*, excepto algunos derechos puramente pecuniarios que de él emanan, como los alimentos devengados y no pagados.

3º. Es *irrenunciable* porque no mira al interés exclusivo del renunciante (*ex* artículo 12); aunque puedan renunciarse algunos efectos patrimoniales derivados del mismo.

4º. No se puede *transigir* sobre él (cf. artículo 2450); salvo, nuevamente, en lo que respecta a sus efectos patrimoniales. Por ejemplo, no se puede transigir sobre el estado civil de casado o divorciado. Una consecuencia es que las causas en que se discute el estado civil de una persona no pueden someterse al juicio de árbitros (artículos 230 y 357 Nº 4 COT).

5º. Es *imprescriptible* (artículo 2498 Código Civil).

6º. Es *permanente*, en tanto no sea sustituido por otro incompatible de la misma fuente. Por ejemplo, se tiene el estado civil de soltero en tanto no sea sustituido por el de casado por *matrimonio*; o por el de viudo por *muerte* del marido o de la mujer, hecho que pone término al matrimonio.

3. EFECTOS DEL ESTADO CIVIL

Los efectos del estado civil se refieren a los derechos y obligaciones que de él derivan. Por ejemplo, del estado civil de casado derivan derechos y obligaciones recíprocos entre los cónyuges (artículos 131 a 134); del estado civil de hijo de una persona (artículo 33) derivan derechos y obligaciones entre padres e hijos (artículos 222 a 272).

Todos estos derechos y deberes son de orden público. Por tanto, la autonomía de la voluntad se encuentra limitada respecto de ellos; aunque el mismo legislador atenúe en ciertos casos este principio autorizando convenciones relativas al ejercicio de algunos de estos derechos.

En relación a los efectos de las sentencias en materia de estado civil, el artículo 315 del Código Civil señala que afectarán no solo a las partes intervinientes en el proceso, sino también a la sociedad toda, es decir que dichas resoluciones producen efecto *erga omnes*. Este efecto es una excepción a la regla general del efecto relativo de las sentencias (artículo 3, inciso 2º).

Sin embargo, para que estas sentencias adquieran tal carácter, es necesario (artículo 316):

1º. que hayan pasado en autoridad de cosa juzgada;

2º. que se hayan pronunciado contra legítimo contradictor en virtud del artículo 317, y

3º. que no haya habido colusión en el juicio, es decir que no haya existido fraude por el cual las partes han acordado previamente iniciar el juicio.

4. FUENTES DEL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS

En cuanto a su origen, el estado civil resulta de tres hechos esenciales que se presentan a la sociedad civil: el *nacimiento*, el *matrimonio* y la *muerte*. Estos son los que se denominan *fuentes* del estado civil de las personas.

Para dar efectos civiles a estos hechos, el Derecho chileno exige su publicidad en registros o libros públicos, a cargo del Registro Civil (actualmente, Servicio de Registro Civil e Identificación). El Registro Civil tiene a su cargo, por tanto, el registro de estos hechos en los tres principales libros que tiene obligación de custodiar: el libro o registro de nacimientos, el libro o registro de matrimonios y el libro de defunciones (el Registro Civil tiene a su cargo muchos otros libros o registros por disposición de numerosas leyes especiales).

Las consecuencias jurídicas de estos hechos las determina el legislador según razones de política legislativa que varían y han variado a lo largo del tiempo. Por esto, también se afirma que el estado civil de las personas debe conectarse con otros hechos, como son:

1º. Las opciones del legislador; por ejemplo, el estado civil de hijo (artículo 33) presupone el *nacimiento* (*ex* artículo 183) pero se determina por alguna de las siguientes formas: por presunción (artículo 184) si los padres están casados entre sí; por reconocimiento del padre o de la madre, en caso contrario; o por sentencia firme en juicio de filiación (artículo 186).

2º. La voluntad de las partes; como en el caso del estado civil de casados, que se adquiere libremente por *matrimonio* entre un hombre una mujer.

El estado de *conviviente civil* se adquiere por la voluntad de dos personas, del mismo o de distinto sexo, que celebran entre sí un acuerdo de unión civil, y dura mientras este contrato se mantenga vigente (artículos 1º y 4º LAUC). Para dar publicidad a estas voluntades la ley crea un Registro especial de acuerdos de unión civil a cargo del Registro Civil (artículo 6º LAUC).

3º. Un hecho de la naturaleza; como el estado civil de viudo que se adquiere por *muerte* del marido o de la mujer.

El estado civil de hijo deriva básicamente de un hecho de la naturaleza, como es el *nacimiento*. Sin embargo, se trata de un hecho que, según las circunstancias en que ocurre, tiene consecuencias jurídicas diversas, según la opción del legislador. Por ejemplo, al hijo de padres casados, la ley lo presume hijo matrimonial (artículos 184 y 185). Los demás hijos tienen que ser reconocidos por su padre o su madre, o por ambos (artículos 187 a 188bis); o tienen que demandar en juicio la determinación de su filiación y esta se establece por sentencia judicial (artículos 195 a 221).

V. EL REGISTRO CIVIL

El parentesco y estado civil de las personas se reconoce por el Estado mediante la institución y funciones del Registro Civil. A continuación se examina su marco regulatorio y sus atribuciones con relación al estado civil de las personas.

1. CONTEXTO HISTÓRICO Y MARCO LEGAL ACTUAL

Los tres hechos más importantes relativos al establecimiento del estado civil de las personas han exigido históricamente y continúan exigiendo algún sistema de publicidad. Actualmente, esta publicidad se hace mediante registros públicos.

Los primeros registros que existieron en Chile fueron los registros parroquiales de nacimientos (o bautizos), matrimonios y defunciones. Los registros parroquiales estaban a cargo de los párrocos respecto de los fieles del territorio de su parroquia. A partir de la Ley de matrimonio de disidentes de 1844, los registros parroquiales cumplieron también una función civil porque en ellos se registraba el matrimonio de los no católicos. Con este registro, los matrimonios de no católicos, tenían los mismos plenos efectos civiles que los matrimonios católicos.

A partir de la Ley de matrimonio civil [obligatorio] de 1884, fue necesario crear registros civiles para consignar los nacimientos, matrimonios civiles y defunciones. Así se hizo mediante la Ley de Registro Civil de 17 de julio de 1884, que posteriormente fue reem-plazada por la que actualmente nos rige, Ley Nº 4.808 de 1930, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado está contenido en el artículo 3º del DFL Nº 1 (Justicia) de 30 de mayo de 2000.

Según el artículo 1º de esta ley, “las inscripciones de los nacimientos, matrimonios y defunciones y demás actos y contratos relativos al estado civil de las personas, se harán en el Registro Civil, por los funcionarios que determina esta ley”. Estos funcionarios son los oficiales civiles u oficiales del Registro Civil. El Registro Civil cuenta con un Reglamento Orgánico, aprobado por DFL Nº 2.128 (Justicia) de 28 de agosto de 1930, que organizó completamente el servicio. Este Reglamento Orgánico continúa vigente hasta hoy. Sin embargo, la organización del Registro Civil como servicio público se rige también por una ley orgánica posterior (Ley Nº 19.477 de 1996).

El Registro Civil debe llevar tres libros en duplicado: el Registro de Nacimientos, el Registro de Matrimonios y el Registro de Defunciones (artículo 2º LRC). Estos son los que básicamente cumplen una función de certeza y publicidad del estado civil de las personas. Por leyes posteriores, se ha confiado al Servicio de Registro Civil otros libros o registros, cuya finalidad no es siempre la de dar certeza y publicidad al estado civil de las personas.

Algunos de los que tienen más relevancia para el Derecho de familia son el Registro nacional de la discapacidad (actualmente regulado por la Ley Nº 20.422, de 2010); el Registro de sanciones y medidas accesorias por violencia intrafamiliar (Ley Nº 20.066, de 2005); el Registro nacional de posesiones efectivas (Ley Nº 19.903, de 2003); el Registro nacional de testamentos (Ley Nº 19.903, de 2003); el Sistema nacional de registros de ADN (Ley Nº 19.970, de 2004), y el Registro especial de acuerdos de unión civil (Ley Nº 20.830, de 2015).

El Servicio se organiza en circunscripciones y oficinas. A cargo de cada oficina se encuentra un funcionario denominado oficial civil. Las principales funciones de los oficiales civiles son las de practicar inscripciones, subinscripciones y rectificaciones en los registros a su cargo; como también las de otorgar certificados de lo que consta o no consta en ellos.

2. INSCRIPCIONES, ASIENTOS O PARTIDAS

Las inscripciones, asientos o partidas están normadas en el Título IV del Reglamento Orgánico del Registro Civil (artículos 86 a 110). Ahí se ordena que se realicen “una en pos de otra, escribiéndose a mano, y en ellas no podrán efectuarse correcciones”.

En cuanto al contenido de la inscripción, el artículo 89 señala lo que ésta deberá expresar:

1º. Lugar, día, mes y año en que se hace.

2º. El nombre, apellidos, edad, profesión y domicilio de los comparecientes.

3º. La circunstancia de que los comparecientes sean conocidos del oficial del Registro o la manera como se haya acreditado su identidad.

4º. Naturaleza de la inscripción (nacimiento, matrimonio o defunción).

5º. Firma de los comparecientes y del oficial del Registro Civil.

En caso de pérdida o de extravío de alguno de los libros, el juez de letras ordenará que se sustituya por su duplicado. Sin embargo, si ambos ejemplares faltasen, podrán ser reemplazados por las copias autorizadas que presenten los mismos interesados. Además, el funcionario encargado de su custodia, será responsable penalmente por estas pérdidas (artículo 108 RORC).

También se denomina partida a la copia de la inscripción en un registro. Por tanto, partida de nacimiento es la inscripción de nacimiento; pero también lo es la copia de la inscripción de nacimiento. Autorizados con las formalidades legales por el competente funcionario (artículo 1699), los certificados, copias de inscripciones y de subinscripciones expedidas por el Registro Civil tienen el valor de instrumento público (artículo 1700). “Los certificados o copias de inscripciones o subinscripciones que expida el Conservador o los oficiales del Registro Civil tendrán el carácter de instrumentos públicos” (artículo 24 LRC; artículo 218 RORC).

3. SUBINSCRIPCIONES

Las subinscripciones son anotaciones hechas al margen derecho de la respectiva inscripción. Se regulan a partir del artículo 203 del Reglamento Orgánico. En el artículo 204 y siguientes se señalan los actos o instrumentos que deben subinscribirse, ya sea en el Registro de Nacimientos, Matrimonios o Defunciones.

Las subinscripciones, sea cual fuere su naturaleza jurídica, deberán siempre contener: 1º: mención de su naturaleza (por ejemplo, sentencia judicial); 2º: la fecha en que se practica; 3º: el nombre y firma del requirente; 4º el nombre y firma del oficial civil que practica la subinscripción; 5º: el sello de la oficina, y 6º: número y legajo de la sentencia o instrumento respectivo.

4. LA RECTIFICACIÓN DE PARTIDAS

Las inscripciones y subinscripciones, como asimismo, las copias de inscripciones y subinscripciones tienen el carácter de instrumento público (artículo 218 RORC). Es por esto que el artículo 17 LRC expresa categóricamente: “Las inscripciones no podrán ser alteradas ni modificadas sino en virtud de sentencia judicial ejecutoriada”. Inmediatamente a continuación, el artículo 18 LRC regula la rectificación judicial de inscripciones por error.

Sin embargo, a partir de la Ley Nº 9.382 de 1949 se autorizó un procedimiento de rectificación administrativa de inscripciones por “omisiones o errores manifiestos” en ellas. Por tanto, la rectificación de inscripciones actualmente puede hacerse por vía administrativa (artículo 17, incisos 2º y siguientes LRC) y por vía judicial (artículo 18 LRC). A continuación se explican los procedimientos administrativo y judicial de rectificación de partidas.

a) *Rectificación administrativa*

La rectificación administrativa es facultad discrecional del Director General del Registro Civil, quien “podrá ordenar” la rectificación administrativa por alguna de las siguientes dos únicas causas:

Por omisiones o errores manifiestos

1º. A requerimiento del interesado, sus representantes legales o herederos, por “omisiones o errores manifiestos” (artículo 17, inciso 2º LRC).

Según la misma norma, se entiende por “omisión o error manifiesto” el que se desprende de la sola lectura: de la inscripción (por ejemplo, el hijo matrimonial aparece inscrito con apellidos distintos a los de su padre o madre); de los antecedentes que le dieron origen (por ejemplo, la fecha de nacimiento de la inscripción no corresponde con la fecha del certificado de parto); o de los que la complementan (por ejemplo, el “lugar de origen” del recién nacido). La comuna en la que se encontraba vecindada la madre al momento del parto se debe consignar como “lugar de origen” del recién nacido, según el párrafo agregado al artículo 3º, número 1º LRC por la Ley Nº 20.584 de 2012.

Por reconocimiento o sentencia judicial de filiación

2º. A solicitud del interesado, sus representantes legales o herederos, y de oficio, por reconocimiento o sentencia judicial que establezca una filiación “para asignar al inscrito el o los apellidos que le correspondan” según su nuevo estado civil; como asimismo el nombre y apellidos del padre, de la madre o de ambos, según los casos (artículo 17, inciso 3º LRC, agregado por el artículo 2º, Nº 3 de la Ley Nº 19.585 de 1998).

Antes de la Ley Nº 19.585 de 1998 la rectificación de una partida por este segundo supuesto, en cuanto implicaba un cambio en el estado civil del inscrito, exigía una orden judicial. Se había resuelto que la partida de nacimiento de un hijo ilegítimo, en la que el padre había hecho constar su nombre,

no podía ser rectificada por la sola vía administrativa si posteriormente un tercero lo había reconocido como suyo, pues este reconocimiento alteraba el estado civil del inscrito; tampoco se podía sustituir por la vía administrativa el apellido paterno de un hijo ilegítimo por otro. Actualmente este tipo de enmienda puede hacerse por la vía administrativa, de oficio o a petición de parte, por orden del Director General del Registro Civil, con el mérito del instrumento público o sentencia judicial que determina la filiación (artículo 17, inciso 3º LRC).

La vía administrativa se usa, por tanto, para rectificar “omisiones o errores manifiestos”, entre los que se incluye rectificaciones que sean consecuenciales a cambios del estado civil del interesado cuando consten en instrumento público subinscrito. Cosa aparte es la rectificación judicial, de lo que se trata a continuación.

b) *Rectificación judicial de partidas*

La rectificación que tiene por causa cualquier “error” que no sea “omisiones o errores manifiestos” debe hacerse por sentencia judicial ejecutoriada (artículo 18 LRC). El cambio de nombres y apellidos, autorizado a partir de la Ley Nº 17.344, de 1970, también exige sentencia judicial ejecutoriada.

A continuación ofrecemos un resumen de esta acción y de su trámite.

1º. *Tribunal competente y procedimiento*

A falta de una competencia especial entregada a los Tribunales de Familia (artículo 8º LTF), resulta competente para conocer de esta gestión el juez de letras de mayor cuantía del domicilio del requirente (artículo 134 COT; artículo 2º, Ley Nº 17.344).

La gestión se tramita en un procedimiento voluntario, que puede transformarse en contencioso si hay oposición (artículo 18 LRC; artículo 2º Ley Nº 17.344, de 1970).

2º. *Legitimados*

Esta gestión judicial debe ser iniciada por “las personas a que ésta [la partida] se refiera”, sus representantes legales o sus herederos (artículo 18 LRC). La Dirección del Registro Civil ha entendido que si se pide la rectificación de una partida de matrimonio, deben hacerlo ambos cónyuges, pues a ambas *personas* se refiere la inscripción.

3º. *Causa de pedir: el error*

La única causa por la que puede pedirse la rectificación judicial de inscripciones es el error, originario o sobreviniente, en la inscripción; que no aparezca de manifiesto en ella y exija prueba (artículo 18, inciso 2º LRC).

En esta línea, a partir de la Ley Nº 17.344, de 1970, se puede pedir, por una sola vez, la rectificación de partida por alguna de las siguientes causas de error: 1º: Nombres o apellidos “ridículos”, “risibles” o que “menoscaben moral o materialmente” a la persona del solicitante (artículo 1º, inciso 2º, letra *a*), Ley Nº 17.344), es decir que induzcan a *error* sobre su identidad personal; 2º: El solicitante ha sido conocido durante cinco o más años, por motivos plausibles, con nombres o apellidos, o ambos, diferentes a los propios (artículo 1º, inciso 2º, letra *b*)), y esto es conducente a *error* sobre su identidad personal; 3º: El solicitante de filiación no matrimonial está inscrito con un solo apellido o con dos apellidos iguales (artículo 1º, inciso 2º, letra *c*)) para agregar un segundo apellido al que tiene, o para cambiar uno de los dos que se le hubieren impuesto al recién nacido cuando fueren iguales; 4º: El solicitante que tiene nombres o apellidos en un idioma que no sea el español puede solicitar autorización para traducirlos al idioma castellano; o para cambiarlos, “si la pronunciación o escrituración de los mismos es manifiestamente difícil en un medio de habla castellana” (artículo 1º, inciso 4º, Ley Nº 17.344).

4º. *La sentencia y sus efectos*

El juez debe resolver “con conocimiento de causa” en gestión judicial no contenciosa. Para hacerlo debe contar “con el mérito de los instrumentos públicos constitutivos del estado civil que comprueben el error” (artículo 18, inciso 2º LRC). Solo “a falta de estos instrumentos”, debe resolver

previa información sumaria (entre otros, de testigos) y audiencia de parientes (artículo 18, inciso 2º LRC; artículo 818 CPC).

Las solicitudes de cambio de nombre deben publicarse en extracto redactado por el secretario del tribunal en el Diario Oficial de los días 1 o 15 de cada mes, o al día siguiente hábil. El extracto necesariamente debe expresar la individualización del solicitante y la de los nombres o apellidos que pretende usar (artículo 2º, Ley Nº 17.344).

No es admisible el cambio de nombre si en el extracto de filiación del solicitante aparece que “se encuentra actualmente procesado o ha sido condenado por crimen o simple delito que merezca pena aflictiva, a menos que en este último caso hubieren transcurrido más de diez años contados desde la fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia de condena y se encuentre cumplida la pena” (artículo 2º, inciso 7º, Ley Nº 17.344).

El juez debe resolver previa audiencia del Director del Registro Civil (artículo 18, inciso 3º LRC; artículo 2º, Ley Nº 17.344); gestión que puede omitirse en ciertos casos dejando constancia de ello en la sentencia.

La sentencia que ordene practicar una rectificación deberá subinscribirse al margen de la respectiva partida, y deberá fecharse y firmarse por el oficial civil en ambos registros, si éstos estuvieren en su poder. Si el registro estuviere cerrado, podrá requerirse la subinscripción al oficial a cargo del registro o al Conservador del Registro Civil, y comunicarse al funcionario que tuviere a su cargo el otro ejemplar del registro, para que también se subinscriba la sentencia en él (artículo 19 LRC).

Al mismo tiempo, debe practicarse una nueva inscripción, en conformidad al artículo 104 del Reglamento Orgánico del Registro Civil:

“Artículo 104. Cuando hubiere de rectificarse una inscripción de acuerdo con lo dispuesto en resolución judicial ejecutoriada, se extenderá nueva inscripción con las rectificaciones del caso y se practicará al margen de la antigua, la subinscripción a que se refiere el Nº 9 del artículo 204. [Inciso 2º:] En la nueva inscripción se pondrá una nota en el casillero de las subinscripciones que diga: “Inscripción judicial que rectifica la inscripción Nº ____ del año ____ según orden archivada bajo el Nº ____ del legajo de documentos del presente año” (blancos en origen). [Inciso 3º:] El Oficial Civil hará las inscripciones y anotaciones marginales a que se refiere este artículo, en ambos ejemplares del Registro, si ellos estuvieren en su poder. Si el ejemplar B no estuviere en su poder, procederá a dar el aviso prescrito por el artículo 210.”

La sentencia que manda rectificar una partida produce efectos absolutos, es decir, *erga omnes*. Pero las partidas rectificadas no deberían hacer plena fe sino en contra de quienes han sido parte en el juicio o fueren citados en el procedimiento a que dio lugar la rectificación, para que les sea oponible la sentencia (cf. artículos 3º y 1700). Lo contrario sería autorizar a los interesados a servirse de pruebas constituidas ad hoc en su favor (Somarriva, 1983, n. 637).

c) *Rectificación por cambio de sexo y nombre registral por razón de identidad de género*

La ley Nº 21.120, de 2018, autorizó una nueva causa de rectificación de partidas: “sexo y nombre registral” incongruente con una “identidad de género” sobrevenida al individuo. Por esta causa pueden requerir rectificación de la partida de nacimiento y nuevos documentos de identidad las siguientes personas, chilenas o extranjeras: 1º, los mayores de edad no casados, hasta por dos veces, mediante un procedimiento administrativo ante el director nacional del Registro Civil (artículos 9 a 11, ley Nº 21.120; artículo 2º, D.S. Nº 355, de Justicia, de 13 de agosto de 2019); 2º, los mayores de 14 y menores de 18 años, mediante un procedimiento judicial ante un tribunal de familia de su domicilio (artículos 12 a 17); y 3º, las personas con vínculo matrimonial vigente, mayores o menores de edad, mediante demanda notificada al cónyuge y procedimiento ordinario seguido ante el tribunal de familia de cualquiera de los cónyuges (artículos 18 a 22).

En este último caso, el “sexo y nombre registral” incongruente con la “identidad de género” es causal de divorcio; aunque se trate de una causa no imputable al cónyuge demandado (artículo

54 LMC), obedezca a cese de la convivencia (artículo 55 LMC). La sentencia del tribunal debe pronunciarse sobre la solicitud de rectificación de “sexo y nombre registral por razón de identidad de género” y sobre “la terminación del matrimonio” por esta misma causa (artículo 42, 5º LMC; artículo 19, ley N° 21.120). En el mismo procedimiento, los cónyuges “tendrán derecho a demandar compensación económica” (artículo 19, inciso 3º, ley N° 21.120) y a discutir toda otra materia que corresponda a un procedimiento asimilado al de divorcio, como alimentos debidos a los hijos, cuidado personal, relación directa y regular con los hijos, y terminación del régimen de bienes que haya existido entre los cónyuges (artículo 19, inciso 4º, ley N° 21.120). Como resultado de esta sentencia, se afirma que “los comparecientes se entenderán para todos los efectos legales como divorciados” (artículo 19, inciso 5º, ley N° 21.120).

La rectificación de partida por esta causa no afectará derechos patrimoniales, previsionales, ni los derechos y obligaciones del solicitante “provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, las que mantendrán inmodificables” (artículo 22, ley N° 21.120). En consecuencia, la rectificación de partida del solicitante por esta causa cambia su propia identidad registral y sus documentos de identidad. Pero no cambia la partida de nacimiento ni los documentos de identidad de sus hijos, que tienen derecho a su propia identidad independientemente de los cambios que experimente el “sexo y nombre registral” de su padre o de su madre “por razón de identidad de género”.

La misma ley agrega que “todas las personas que a la fecha de su entrada en vigencia hayan obtenido su cambio de nombre por razón de identidad de género, en conformidad a las disposiciones de las leyes N° 17.344 y N° 4.808, sin haber obtenido la rectificación de su sexo registral, podrán recurrir al órgano competente de conformidad a la presente ley para obtener la referida rectificación de su sexo registral” (artículo primero transitorio).

5. OTRAS FUNCIONES DE LOS OFICIALES DEL REGISTRO CIVIL

a) *Con relación a la constitución de las familias*

El Título V de la LRC (artículos 51 a 53) manda a los oficiales del Registro Civil visitar sus respectivas comunas o secciones para procurar “la celebración del matrimonio del hombre y la mujer que, haciendo vida marital, tengan hijos en común”, y hacer las inscripciones de nacimiento que procedan. Se dispone también que se faciliten estas visitas en lugares rurales y aislados, y que se nombre un oficial adjunto para sustituir al propietario mientras estas duran.

Por su parte, el artículo 3º de la Ley N° 19.477 de 1996, ley orgánica del Servicio de Registro Civil e Identificación, dispone:

El Servicio velará por la constitución legal de la familia y tendrá por objeto principal registrar los actos y hechos vitales que determinen el estado civil de las personas y la identificación de las mismas.

En concordancia con estas normas, el DFL 2.128 de 1930, Reglamento Orgánico del Registro Civil, dispone:

Artículo 329. Los Oficiales de Registro Civil visitarán su respectiva circunscripción, a fin de procurar la celebración del matrimonio del hombre y de la mujer que, haciendo vida marital, tengan hijos comunes. Durante su visita, harán las inscripciones de nacimiento que procedan, denunciarán aquéllos que no se hubieren inscrito en época oportuna y cuidarán de que esas inscripciones se verifiquen.

Esto concuerda con el mandato legal de asistir a la celebración del matrimonio civil o de recibir la ratificación del matrimonio religioso (artículos 19 y 20 LMC). De este modo, el legislador reconoce expresamente el valor del matrimonio como “base principal de la familia” (artículo 1º LMC).

b) *Con relación a la fe pública*

En circunscripciones donde no exista notario público, los oficiales están facultados para intervenir como ministros de fe en la autorización de firmas en documentos privados que se otorguen ante ellos (cf. artículos 35 y 36, Ley N° 19.477). Son competentes para efectuar la oferta en el

pago por consignación (artículo 1600, Nº 5º) y tienen las demás funciones que leyes especiales les encomiendan.

VI. PRUEBA DEL ESTADO CIVIL

1. MARCO LEGAL

La prueba del estado civil fue regulada especialmente por el legislador en el Título XVII del Libro I (artículos 304 a 320), con preferencia a la prueba de las obligaciones (Título XXI del Libro IV), y prevalece respecto de esta última. Se trata de probar los hechos que configuran el estado civil de las personas: nacimiento, matrimonio, muerte.

El Código Civil establece para esta prueba un orden de prelación. El medio de prueba por excelencia es la respectiva partida de nacimiento, matrimonio o defunción (artículo 304), tal cual consta en los libros del Registro Civil. Es decir, una copia de la inscripción que tiene el valor de instrumento público sirve para probar el estado civil.

A falta de partida, se puede acudir supletoriamente a otros medios de prueba, según el siguiente orden: 1º: Otros instrumentos (“otros documentos auténticos”, artículo 309), 2º: Testigos presenciales de los hechos constitutivos del estado civil (artículo 309), y 3º: Posesión notoria del estado civil (artículos 310 a 313), que es una prueba de presunciones.

A continuación se examina cada uno de estos medios de prueba, empezando por las partidas, que son la forma ordinaria de probar el estado civil de las personas.

2. LAS PARTIDAS COMO FORMA ORDINARIA DE PRUEBA

a) *Las partidas, asientos o inscripciones*

Las partidas o asientos del Registro Civil son el medio ordinario para *acreditar* frente a terceros y *probar* el estado civil de casado (separado judicialmente, divorciado) o viudo; de padre, madre o hijo (artículo 305).

El estado civil de casado, separado judicialmente o divorciado se acredita y prueba con la partida de matrimonio, con todas sus subinscripciones (por ejemplo, sentencia de separación judicial, sentencia de divorcio). El estado civil de viudo se acredita y prueba con la partida de matrimonio y la partida de defunción del cónyuge.

En cuanto a la prueba del estado civil de hijo es preciso distinguir entre el primer y segundo inciso del artículo 305. En el inciso primero, las partidas cumplen una doble función: *acreditar* y *probar* el estado civil de hijo. De este modo, sirven no solo de prueba de filiación en juicio, sino también como medio de acreditar una filiación determinada ante cualquier requerimiento judicial. Por su parte, el inciso segundo habla de la inscripción o subinscripción del acto de reconocimiento o del fallo judicial que determina la filiación, que también sirven para acreditar o probar el estado civil.

Según lo anterior, el estado civil de hijo matrimonial se acredita y prueba con la respectiva partida de nacimiento (artículo 305, inciso 1º). El estado civil de hijo no matrimonial se acredita o prueba también “por la correspondiente inscripción o subinscripción del acto de reconocimiento o del fallo judicial que determina la filiación” (artículo 305, inciso 2º).

Las copias autorizadas o certificados de inscripciones también permiten probar otros tipos de parentesco a partir de la combinación de distintas partidas. Por ejemplo, el parentesco entre hermanos se prueba con la partida de matrimonio de los padres y la de nacimiento de los hijos.

“La edad y la muerte podrán acreditarse o probarse por las respectivas partidas de nacimiento o bautismo, y de muerte” (artículo 305).

El estado de *conviviente civil* (Ley Nº 20.830, de 2015) no está comprendido entre los que se prueban mediante la respectiva partida (cf. artículo 305). El artículo 23 del D.S. Nº 510 (Justicia) de 2015 (Regl. LAUC) dispone que el Registro Civil entregue certificados de la información que conste en el Registro especial de acuerdos de unión civil a petición de cualquier interesado. En el Registro especial consta la identidad de los convivientes civiles, la vigencia o expiración del acuerdo de unión civil, y los pactos o subpactos legalmente autorizados que existan o hayan existido entre ellos. De conformidad al artículo 24 LRC, estos certificados tienen el carácter de instrumento público.

b) *Valor probatorio de las partidas*

Las partidas son instrumento público (artículo 1699). El mismo valor se confiere a los certificados o copias de inscripciones o subinscripciones que expida el Conservador o los oficiales del Registro Civil (artículo 24 LRC).

Se presume la autenticidad y pureza de estos instrumentos “estando en la forma debida” (artículo 306). Esta presunción desplaza la carga de la prueba al que pretende desvirtuar su valor probatorio. Esto se hace por medio de la *impugnación* judicial de los respectivos instrumentos. La impugnación puede hacerse por falta de autenticidad, por nulidad, por falsedad en las declaraciones, o por falta de identidad (cf. artículos 307 y 308).

c) *Impugnación judicial de las partidas*

La impugnación *por falta de autenticidad* debe hacerse probando no haber sido otorgada por las personas y del modo que en el instrumento se expresa; o porque no es copia fiel del original, ha sido adulterada o falsificada.

La impugnación *por nulidad* no se encuentra regulada expresamente en la ley. La omisión de cualquier requisito que la ley exija para la calidad de instrumento público del respectivo instrumento acarrea su nulidad.

La impugnación *por falsedad en las declaraciones* se encuentra regulada en el artículo 308. Las partidas dan fe de “la declaración hecha por los contrayentes de matrimonio, por los padres, padrinos u otras personas en los respectivos casos, pero no garantizan la veracidad de esta declaración en ninguna de sus partes”. Es decir, del hecho de haberse hecho las declaraciones y su fecha, pero no de la veracidad de estas. “Podrán, pues, impugnarse haciendo constar que fue falsa la declaración en el punto de que se trata” (artículo 308, inciso 2º).

Las partidas también pueden ser impugnadas *por falta de identidad personal* probando “el hecho de no ser una misma la persona a que el documento se refiere y la persona a quien se pretenda aplicar” (artículo 307).

3. PRUEBA SUPLETORIA DEL ESTADO CIVIL

A falta de partidas, la ley dispone en determinados casos que pueda acudir a otros instrumentos y a testigos. El artículo 309 señala el orden de prelación para la prueba del estado civil de casado. Dicha norma permite suplir la falta de partida de matrimonio, en primer lugar, con “otros documentos auténticos”. Por ejemplo, mediante copia de inscripciones o certificados.

Solo a falta de estos documentos puede acudir a la declaración de testigos presenciales. Para suplir la falta de una partida de matrimonio se puede acudir a “la declaración de testigos que hayan presenciado la celebración del matrimonio” (artículo 309 inciso 1º).

La declaración de testigos no sirve para suplir la falta de documentos auténticos mediante los cuales “se haya determinado legalmente” una filiación (artículo 309, inciso 2º). Estos documentos consisten principalmente en aquellos mediante los cuales se ha determinado legalmente el estado civil cuya falta de partida se quiere suplir (cf. art. 309, inciso 2º). Por ejemplo, la falta de partida de nacimiento de un hijo no matrimonial puede suplirse con el acta de reconocimiento, el testamento o la escritura pública en que consta la declaración hecha por el padre (cf. artículo 187).

A falta de partida o subinscripción, y a falta de los instrumentos auténticos mediante los cuales se haya determinado legalmente, la filiación deberá probarse en el correspondiente juicio de filiación en la forma y con los medios previstos en el Título VIII del Libro I (artículo 309, inciso 2º). Para servir de prueba del estado civil de hijo, la sentencia judicial que declara verdadera o falsa una paternidad debe reunir los requisitos que se señalan en los artículos 315 a 319.

El acuerdo de unión civil no se celebra ante testigos; sino solo ante un oficial del Registro Civil (artículo 5º, Ley Nº 20.830, de 2015). Por tanto, en el caso eventual de no poder emitirse un certificado de su celebración, la prueba del estado de conviviente civil no puede suplirse con la de testigos. Tampoco puede suplirse por posesión notoria.

4. PRUEBA DEL ESTADO CIVIL POR POSESIÓN NOTORIA

La posesión notoria se constituye por tres elementos: el nombre, el trato y la fama. Pero es necesario distinguir entre la posesión notoria del estado civil de casado y la posesión notoria del estado de hijo.

a) *Posesión notoria del estado civil de casados*

Los requisitos para que proceda la posesión notoria del estado civil de casados son:

1º. Que sea público, es decir, que ambos cónyuges se hayan tratado como marido y mujer en sus relaciones domésticas y sociales, y en haber sido la mujer recibida en ese carácter por los deudos y amigos de su marido y por el vecindario de su domicilio (artículo 310);

2º. Que sea continuo y haya durado a lo menos 10 años (artículo 312), y

3º. Que se pruebe en juicio.

En relación al último requisito, el artículo 313 señala que el estado civil de casados deberá probarse por un *conjunto de testimonios fidedignos*, es decir, mediante testigos, que establezcan la posesión del estado civil de un modo irrefragable, “particularmente en el caso de no explicarse y probarse satisfactoriamente la falta de la respectiva partida, o la pérdida o extravío del libro o registro, en que debiera encontrarse”.

b) *Posesión notoria del estado de hijo*

La posesión notoria del estado de hijo es una prueba de presunciones que podría tener valor en un juicio de filiación, cuando falla o falta la prueba pericial biológica. Las acciones de filiación están destinadas a establecer (acción de reclamación) o negar (acción de impugnación) una paternidad según la verdad biológica subyacente. Es por esto que la posesión notoria del estado de hijo se encuentra regulada en el Título VIII del Libro I del Código Civil (De las acciones de filiación) y no en el Título XVII del Libro I sobre pruebas del estado civil (artículos 304 a 320).

En este caso el tiempo de posesión se reduce a cinco años, requiriendo además, que el “padre, madre o ambos le haya tratado como hijo, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándolo en ese carácter a sus deudos y amigos, y que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como tal” (artículo 200, inciso 2º).

En cuanto a su carácter probatorio, el artículo 201 señala que la posesión notoria del estado civil de hijo preferirá a las pruebas de carácter biológico. “Sin embargo, si hubiere graves razones que demuestren la inconveniencia *para el hijo* de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico” (artículo 201, inciso 2º) (énfasis agregado).

CAPÍTULO CUARTO

LA OBLIGACIÓN Y EL DERECHO DE ALIMENTOS

Las relaciones de familia crean vínculos jurídicos y morales. Entre estos se encuentran, hemos dicho, los alimentos. El legislador no ha definido lo que debe entenderse estrictamente por alimentos. El artículo 323 expresa que “los alimentos deben habilitar al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social”. Por otra parte, el artículo 328 agrega que los alimentos “comprenden la obligación de proporcionar al alimentario menor de veintiún años la enseñanza básica y media, y la de alguna profesión u oficio”. En el concepto de *subsistencia* la jurisprudencia de los tribunales ha entendido comprendida no solo la obligación de alimentar, sino también la de proporcionar habitación, financiar las prestaciones de salud, el vestido y la educación del alimentario, según su edad y condición social. La cuantía de los alimentos debe ser suficiente para la *modesta* subsistencia según la posición social del alimentario, es decir, los alimentos no se dan para satisfacer caprichos o lujos.

Por tanto, puede afirmarse que el derecho de alimentos es el que la ley otorga a una persona para pedir lo que necesite para subsistir de un modo correspondiente a su posición social, a otra persona, que cuenta con medios para proporcionárselos y está por ley obligada a hacerlo. Los alimentos deben satisfacer a lo menos sustento, habitación, vestido, salud y, según la edad, la enseñanza básica y media, y el aprendizaje de alguna profesión u oficio.

El que pide los alimentos se llama alimentario, y el que los debe se llama alimentante.

I. MARCO REGULATORIO LEGAL

Esta materia está regulada en el Título XVIII del Libro I (artículos 321 a 337). Las normas del Código Civil deben complementarse con las de la Ley N° 14.908, de 1962, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias (según su texto refundido, coordinado y sistematizado contenido en el artículo 7° del DFL N° 1 de Justicia, de 2000).

Chile también es parte de la Convención sobre la obtención de alimentos en el extranjero (1956) (D.S. N° 23, de RR.EE., de 23 de enero de 1961).

II. CLASIFICACIÓN DE LOS ALIMENTOS

Los alimentos admiten diversas clasificaciones según su fuente, según la oportunidad en que se otorgan, según si están devengados o son futuros. Antes de la Ley N° 19.585, de 1997, los alimentos también admitían la división entre congruos y necesarios.

1. SEGÚN SI LA OBLIGACIÓN ES VOLUNTARIA O LEGAL

a) *Alimentos legales o forzosos*

Alimentos legales o forzosos son los que están autorizados en el Título XVIII del Libro I, y esto se ratifica por el artículo 337, que dice que las disposiciones de este título no rigen respecto de las asignaciones alimenticias hechas voluntariamente, en testamento o por donación entre vivos.

b) *Alimentos voluntarios*

Los alimentos voluntarios no son debidos por ley, y son los que se dan por testamento o por donación entre vivos, sin que exista obligación legal de darlos (artículo 337). Los alimentos legales que se pagan voluntariamente siguen siendo forzosos o legales.

2. SEGÚN SI SE OTORGAN O NO DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL JUICIO

a) *Alimentos provisorios*

Alimentos provisorios son los que se solicitan en la demanda y se dan mientras se ventila su determinación en juicio (artículos 327 y 331). Deben restituirse si la persona contra quien se decretan es absuelta en la sentencia. Cesa el derecho a pedir la restitución contra el que de buena fe y con algún fundamento plausible intentó la demanda (artículo 327).

b) *Alimentos definitivos*

Alimentos definitivos son los alimentos que se deben por mensualidades, pensiones o mesadas anticipadas (artículo 331), por condena en sentencia definitiva.

3. SEGÚN SU DETERMINACIÓN Y PAGO

a) *Alimentos o pensiones futuras*

Alimentos futuros son los que todavía no se determinan, y también los que están decretados por resolución judicial pero todavía no se devengan.

b) *Pensiones devengadas*

Pensiones o mensualidades devengadas son las que se han fijado y devengado. Pueden encontrarse pagadas o no. Si no están pagadas reciben también el nombre de pensiones atrasadas.

4. SEGÚN SU CUANTÍA EN FUNCIÓN DE LA CONDUCTA DEL ALIMENTARIO

Antes de la Ley N° 19.585 eran *congruos* los alimentos que permitían al alimentario subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social, y *necesarios* eran los que bastaban para sustentar la vida. La Ley N° 19.585 eliminó los alimentos necesarios y hoy solo existen alimentos congruos, que la ley llama simplemente “alimentos”. Sin embargo, la ley reservó facultades a los jueces para fijar alimentos en lo necesario para la sustentación en dos casos: 1°: al moderar la sanción de privación de alimentos en que incurre el alimentario por injuria atroz (artículo 324), y 2°: al reducir los alimentos del cónyuge que por su culpa ha dado lugar a la separación judicial (artículo 175).

Bajo el sistema anterior a la Ley N° 19.585, de 1997, el que no tenía filiación determinada (antes denominado hijo ilegítimo) podía demandar alimentos *necesarios* contra quien presuntivamente podía ser su padre. Hoy este hijo solo puede pedir que se establezca la paternidad. Deduciendo una acción de reclamación puede también pedir alimentos en la misma demanda (artículo 209). El juez está obligado a decretarlos con el mérito de documentos y antecedentes que se presenten (artículo 327).

Si el demandante es hijo menor de edad, se presume la facultad del demandado padre o madre para darlos (artículo 3º, Ley Nº 14.908).

La Ley Nº 19.585 estableció un control de admisibilidad de la demanda de reclamación de paternidad para evitar el abuso de esta prerrogativa. Posteriormente este control se derogó (Ley Nº 20.030, de 2005). En consecuencia, el que no tiene una filiación determinada puede demandar alimentos contra el que presuntivamente es su padre pidiéndolos en forma accesoria a una acción de reclamación de paternidad, y obtenerlos provisoriamente hasta que se falle el juicio absolviendo o condenando al demandado.

III. REQUISITOS DEL DERECHO A PEDIR ALIMENTOS

Para exigir judicialmente alimentos contra una persona que está obligada a darlos es necesario que concurren los siguientes requisitos: 1º, necesidad en el alimentario; 2º, facultad en el alimentante, y 3º, fuente legal o título. A continuación se explican estos tres presupuestos del derecho y de la obligación de alimentos.

1. NECESIDAD EN EL ALIMENTARIO. PRUEBA

El alimentario debe necesitar los alimentos. Es decir, debe tratarse de una persona que no cuenta con los medios necesarios para subsistir modestamente según su condición social. El artículo 330 dice que los alimentos no se deben sino en la parte en que “los medios de subsistencia del alimentario no le alcancen para subsistir de un modo correspondiente a su posición social”.

Conforme al artículo 1698 incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega la existencia de aquellas o ésta. Por tanto, el demandante debe acreditar que existe la obligación de dar alimentos, mediante la prueba de los presupuestos de hecho de la acción. El primero de ellos es el estado de necesidad; el demandante debe demostrar que no tiene medios propios para una subsistencia modesta de acuerdo a su posición social (artículo 323). Además, los alimentos “no se deben sino en la parte en que los medios del alimentario no le alcancen para subsistir de un modo correspondiente a su posición social”. Esto significa que el demandante debe probar también la cuantía de su necesidad y, en su caso, los ingresos con los que cuenta, para demostrar que no son suficientes según los gastos que exige su posición social.

La necesidad del alimentario es un hecho negativo; por lo que algunas sentencias mantienen que se invierte la carga de la prueba. Correspondería al demandado (alimentante) probar que el demandante (alimentario) tiene medios suficientes para subsistir. Pero esta doctrina está equivocada porque la regla es la del artículo 1698 y no hay motivo para invertirla. En este sentido, Somarriva (n. 650) y Ramos Pazos (n. 717). En contra, Fueyo (n. 1044).

2. FACULTAD EN EL ALIMENTANTE. PRUEBA: REGLA Y EXCEPCIÓN

“En la tasación de los alimentos se deberán tomar siempre en consideración las facultades del deudor y sus circunstancias domésticas” (artículo 329). Incumple la prueba de que el alimentante tiene capacidad económica para dar alimentos al demandante. Esta es la regla general.

Por excepción, la Ley Nº 14.908 establece que se presume que el padre o madre alimentante tiene los medios para otorgarlos a sus hijos menores de edad (artículo 3º). Según la misma ley, el monto mínimo de una pensión alimenticia no puede ser inferior al 40% del ingreso mínimo para fines remuneracionales que corresponda al demandado según su edad. Si los alimentarios fueren dos o más, dicho monto no podrá ser inferior al 30% para cada uno de ellos. El juez no puede fijar como pensión una suma o porcentaje que exceda del 50% de las rentas del alimentante (artículo 7º, Ley Nº 14.908). Puede rebajar prudencialmente la pensión si el demandado justifica que carece de medios para pagar el monto mínimo (artículo 3º).

La Ley Nº 20.763, de 2014, estableció que a contar del 1 de julio de 2015 el ingreso mínimo mensual es de \$ 241.000 para los trabajadores mayores de 18 años de edad y hasta de 65 años de edad, y que a contar del 1 de enero de 2016 el ingreso mínimo mensual tendrá un valor de \$ 250.000, para los trabajadores mayores de 18 años de edad y hasta de 65 años de edad. La misma ley determina que a partir del 1 de julio de 2015 el monto del ingreso mínimo mensual para los mayores de 65 años

de edad y para los trabajadores menores de 18 años de edad ha sido fijado en \$ 179.912, y que a contar del 1 de enero de 2016 su monto será de \$ 186.631.

Por tanto, si aplicamos los baremos mínimos establecidos en la Ley N° 14.908 a contar del 1 de julio de 2015 la pensión mínima es de \$ 96.400 por hijo, 40% del ingreso mínimo mensual. Si se paga alimentos por más de un hijo, el monto se reduce a \$ 72.300 por cada uno, 30% del ingreso mínimo. La pensión nunca puede ser superior al 50% de los ingresos del alimentante. Por tanto, en virtud de la presunción del artículo 3° de la Ley N° 14.908 el alimentante no podría ser condenado a pagar más de \$ 120.500. Estos montos son los vigentes en el momento en que se escribe este libro. Se actualizan periódicamente por ley, y se desactualizan rápidamente por el transcurso del tiempo y los cambios en el costo de la vida.

Fuera de la presunción que se aplica para alimentos que deben el padre o madre a sus hijos menores de edad, y especialmente si el demandado tiene facultades por más de lo mínimo que presume la ley, el demandante debe probar la cuantía de los ingresos del demandado.

En los juicios de alimentos que se rigen por la Ley N° 14.908, el tribunal tiene facultades para investigar de oficio los ingresos reales del demandado, y para sancionar el ocultamiento de ingresos o bienes (artículo 5°). El incumplimiento de los requerimientos judiciales o el ocultamiento de bienes están sancionados como delito (artículo 5°, incisos 2° a 6°). La Ley N° 20.152 de 2007 introdujo además una acción revocatoria de todos los actos celebrados por el alimentante con terceros de mala fe para reducir u ocultar bienes en perjuicio de sus alimentarios (Ley N° 14.908, artículo 5°, inciso final).

3. FUENTE LEGAL O TÍTULO PARA PEDIR ALIMENTOS

Los alimentos forzosos o legales solamente se deben si la ley confiere un título al que los pide y la obligación correlativa en el que debe darlos. Por lo tanto tiene que haber una norma legal que autorice el cobro de alimentos (texto expreso de ley). Estas normas son el artículo 321, la Ley N° 14.908 respecto de alimentos al que está por nacer, la Ley N° 20.720, de 2014, respecto de alimentos al deudor en procedimiento concursal de reorganización (antigua quiebra), la Ley N° 7.613, de 1943, sobre adopción en cuanto otorga el derecho de alimentos entre adoptante y adoptado según las normas de dicha ley. El Código Penal también manda dar alimentos a las víctimas de ciertos delitos.

A continuación vamos a analizar los títulos civiles para pedir y dar alimentos.

a) *Títulos para pedir alimentos. Reciprocidad. Pluralidad de títulos*

Títulos establecidos por ley

El artículo 321 dice que se deben alimentos:

- 1°. Al cónyuge;
- 2°. A los descendientes; 3°. A los ascendientes;
- 4°. A los hermanos;
- 5°. Al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada.

Por tanto, son títulos para pedir alimentos los de: cónyuge, descendiente (hijo, nieto, bisnieto), ascendiente (padre, abuelo, bisabuelo), hermano, y el de ser donante de una donación cuantiosa no rescindida ni revocada.

El artículo 321 agrega que no se deben alimentos a las personas recién mencionadas en los casos en que una ley expresa se los niegue. Por ejemplo, con el divorcio cesa la obligación de alimentos entre cónyuges porque cesan los efectos civiles del matrimonio (artículo 60 de la Ley N° 19.947, de 2004).

Reciprocidad

En materia de alimentos existe una regla de reciprocidad. Es decir, si alguien tiene derecho a pedir alimentos a otro, este otro tiene derecho a pedirle alimentos al uno (el padre al hijo y el hijo al padre).

Esta regla solo se rompe en dos casos:

1º. En el caso de aquel cuya paternidad ha sido determinada judicialmente contra su oposición (artículo 203) y abandona al hijo en su infancia (artículo 324, inciso 3º). Este tiene la obligación de dar alimentos al hijo, pero está privado del derecho a pedirlos.

2º. En el caso del que hizo una donación cuantiosa (artículo 321, 5º): sólo puede pedir alimentos el que hizo una donación cuantiosa al donatario de tal liberalidad, y no existe en este caso la reciprocidad. Es decir, el donatario no puede pedir alimentos contra el donante.

Pluralidad de títulos

Puede ocurrir que una persona pueda demandar alimentos por diversos títulos, es decir, contra diversas personas. Por ejemplo, el donante que hizo una donación cuantiosa que tiene cónyuge, hijos y hermanos puede pedir alimentos a cualquiera de estos tres obligados o grupos de obligados y al donatario. Tiene pluralidad de títulos para pedir alimentos.

El artículo 326 establece el orden en que debe proceder:

1º. Contra el donatario de una donación cuantiosa no rescindida ni revocada (Nº 5);

2º. Contra el cónyuge (Nº 1);

3º. Contra los descendientes (Nº 2);

4º. Contra los ascendientes (Nº 3).

Entre varios descendientes o ascendientes debe recurrirse a los de grado más próximo. Por ejemplo, si hay varios descendientes, primero se pide alimentos a los hijos y después a los nietos. Si hay varios ascendientes, primero se pide a los padres (primer grado o grado preferente) y después a los abuelos (segundo grado).

Si hay varios obligados por un mismo título, por ejemplo, tres o cuatro abuelos, el juez distribuye la obligación en proporción a las facultades de cada uno (artículo 326, inciso 2º).

Habiendo varios alimentarios respecto de un mismo deudor (alimentante), el juez distribuye los alimentos según la necesidad de cada uno de ellos (artículo 326, inciso 3º).

Sólo en caso de insuficiencia de todos los obligados por el título preferente se puede recurrir al siguiente (artículo 326, inciso 3º). Por ejemplo, sólo en caso de insuficiencia de los padres (grado preferente), se puede recurrir a los abuelos (grado subsiguiente). Pero, respecto de los abuelos hay una regla especial que se analiza separadamente.

5º. Solamente se puede proceder contra los hermanos (Nº 4) a falta de todos los otros títulos, y rigen las mismas reglas de distribución de la obligación entre varios obligados.

b) Caso de los alimentos que se deben a los nietos

La obligación de los abuelos es subsidiaria a la de los padres. Esto ya estaba claro en el artículo 326. La Ley Nº 19.585 de 1998, sin embargo, introdujo un nuevo artículo 232 en el Código Civil, que vino a reforzar la obligación subsidiaria de los abuelos: “Artículo 232. La obligación de alimentar y educar al hijo que carece de bienes, pasa, por la falta o insuficiencia de los padres, a sus abuelos, por una y otra línea, conjuntamente.”. Posteriormente este texto fue reemplazado por la Ley Nº 19.741, de 2001, que básicamente le agregó un inciso segundo: “En caso de insuficiencia de uno de los padres, la obligación indicada precedentemente pasará en primer lugar a los abuelos de la línea del padre o madre que no provee, y en subsidio de éstos a los abuelos de la otra línea”. Por otra parte, la misma Ley Nº 19.741 reemplazó el artículo 3º de la Ley Nº 14.908 que, en lo que se refiere a la obligación de los abuelos, dispuso: “Cuando los alimentos decretados no fueren pagados o no fueren suficientes para solventar las necesidades del hijo, el alimentario podrá demandar a los abuelos, de conformidad con lo que establece el artículo 232 del Código Civil”.

Este conjunto de normas introdujo complejidades en el supuesto de la obligación subsidiaria de los abuelos, que son las que explicamos a continuación:

1º. Cuándo *falta* el título preferente. Está claro que los abuelos quedan obligados cuando *falta* el título preferente. Falta, por ejemplo, cuando los padres han muerto. Pero alguna jurisprudencia ha extendido también este supuesto a la incapacidad por menor edad del título preferente. Por ejemplo, el padre tiene 16 años, es estudiante y no tiene bienes.

2º. Cuándo *es insuficiente* el título preferente. Las fuentes expresan que los abuelos también responden cuando el título preferente *es insuficiente*. Es decir, el padre provee, pero no en cuantía suficiente para cubrir las necesidades del menor.

3º. Cuándo *no cumple* el título preferente. El artículo 3º de la Ley Nº 14.908 establece que los abuelos están obligados si el título preferente (padre) *no cumple*. Se entiende que los alimentos están decretados y no se pagan. Lo que no está claro es si el alimentario debe agotar contra el título preferente (padre) todas las vías de ejecución forzosa de la obligación; o si puede inmediatamente dirigirse al título subsidiario (abuelos). Un criterio que se ha propuesto para interpretar esto es el principio del interés superior del niño, por el que se debería facilitar la obtención de alimentos de quien tiene facultad para darlos, sin exigir más esfuerzo al alimentario menor de edad.

4º. Acción *directa* contra los abuelos. Las fuentes autorizan una acción directa contra los abuelos. No tendría otra explicación sino ésta el (nuevo) artículo 232 (introducido por la Ley Nº 19.585, de 1997, y modificado como rige actualmente por la Ley Nº 19.741, de 2001) y el inciso final del artículo 3º de la Ley Nº 14.908, agregado por la Ley Nº 19.741. El artículo 326, inciso final, ya permitía dirigirse contra los abuelos por insuficiencia del título preferente. Pero la interpretación de esta norma es que el demandado puede oponer al demandante una especie de beneficio de excusión para que se dirija primero contra otros obligados, y solo agotado el recurso contra éstos, pueda prosperar la acción contra el primero.

A partir de la entrada en vigencia de la Ley Nº 19.585, esta situación habría cambiado respecto de los abuelos. Actualmente, se admitiría una *acción directa* contra los abuelos “de la línea del padre o madre que no provee (por *falta, insuficiencia o incumplimiento*), y en subsidio de éstos[, de] los abuelos de la otra línea” (artículo 232, inciso 2º). Para dirigirse *directamente* contra los abuelos, el alimentario debe acreditar todos los presupuestos de la obligación de alimentos: necesidad del alimentario, facultad de los alimentantes y título por el que se dirige contra ellos. Esto último exige probar la *falta, insuficiencia o incumplimiento* del título de grado preferente. La demanda contra los abuelos no está favorecida con la presunción del artículo 3º inciso 1º de la Ley Nº 14.908, que rige contra el padre o madre.

5º. La obligación se distribuye entre los abuelos en proporción a sus facultades. Una última cuestión es si los alimentantes de una u otra línea deben concurrir “conjuntamente”, según el texto del artículo 232, inciso 1º (al final), como si las ley los obligara “colectivamente”, es decir, por partes iguales (*ex* artículo 2307, inciso 2º). Nos inclinamos por pensar que esto se resuelve con la regla del artículo 326 que dispone que cuando son varios los obligados por un mismo título la obligación se distribuye entre ellos “en proporción a sus facultades”. Esta es la regla general en materia de alimentos debidos por ley. Por tanto, si son varios (dos o más) los abuelos que deben contribuir a la obligación de dar alimentos a uno o más nietos, el juez debe distribuir la obligación entre todos ellos en proporción a sus facultades y no por partes iguales. La regla respecto de los varios nietos sigue siendo que los alimentos se distribuyen entre ellos “en proporción a las necesidades” de éstos (artículo 326, inciso 2º).

c) Caso de los alimentos debidos al hijo que está por nacer

El artículo 1º inciso final de la Ley Nº 14.908 establece que la madre puede pedir alimentos para el hijo que está por nacer. Respecto del hijo no nacido, este inciso, agregado por la Ley Nº 20.152, de 2007, viene a reafirmar los múltiples mecanismos de protección de la vida del que está por nacer en nuestra legislación, como son el artículo 19, Nº 1 de la Constitución Política y el artículo 75 del Código Civil. La determinación de esta obligación tiene algunas dificultades, que nos parece que deben resolverse mediante las proposiciones que hacemos a continuación:

1º. El título pertenece al hijo y no a la madre

La Ley Nº 20.152 de 2007, agregó el siguiente inciso final al artículo 1º, de la Ley Nº 14.908: “La madre, cualquiera sea su edad, podrá solicitar alimentos para el hijo ya nacido o que está por nacer. Si aquella es menor, el juez podrá ejercer la facultad que le otorga el artículo 19 de la Ley

Nº 19.968, en interés de la madre”. Si el título fuera de la madre, sólo podría beneficiar a la mujer casada contra el marido (artículo 321, 1º) para que provea a las nuevas necesidades de su estado, mientras el hijo no ha nacido. Pero en este caso, la ley no habría agregado nada a lo que ya existía en la legislación vigente anteriormente. Si la ley quiso agregar algo, debería entenderse que quiso dar título al hijo que está por nacer.

2º. El título beneficia realmente al hijo que está por nacer

Respecto del hijo ya nacido la regla tampoco agrega nada, pues establecida la maternidad por el parto (artículo 183) queda también establecida la paternidad por presunción si la madre es casada (artículo 184). Si la madre no es casada, está legitimada para deducir una acción de reclamación de filiación contra el presunto padre (artículo 204) y pedir alimentos provisorios mientras se ventila el juicio (artículo 209). La norma adquiere toda su lógica cuando beneficia al hijo que está por nacer. Mientras el hijo no ha nacido la maternidad no se ha determinado legalmente (artículo 183). Entonces adquiere importancia que la ley reconozca a la madre en gestación una representación *ad litem* para pedir alimentos para el hijo “que está por nacer”, y si ella es menor de edad, que mande al juez nombrarle un curador *ad litem* para pedir estos alimentos (artículo 19 LTF). El título es del hijo “que está por nacer” y no de la madre.

3º. Es obligado a dar alimentos el presunto padre

Otra cuestión es quién es el obligado a dar los alimentos, es decir, contra quién debe dirigirse la demanda. En esta parte habría que distinguir si la madre es mujer casada o no. Si la gestación es de una mujer casada, se presume que el padre del niño no nacido es su marido (artículo 160). Por tanto, la acción se dirige contra éste. El hijo que gesta una mujer soltera puede ser reconocido por el padre, incluso antes de nacer (artículo 184 con relación al artículo 181). Si la paternidad se ha determinado por reconocimiento voluntario del padre, la acción se dirige contra éste.

El caso más común será que la filiación del hijo por nacer no esté determinada. En este caso, no habría legitimado pasivo *determinado*. La solución que se propone es deducir una acción de reclamación de paternidad contra el supuesto padre (artículo 204) y pedir alimentos provisorios (artículo 209). Los alimentos provisorios deberán ser para sufragar los gastos de la gestación y del parto, y las necesidades del alimentario si nace vivo. Si posteriormente el demandado es absuelto en el juicio de reclamación de paternidad, también obtendrá sentencia absolutoria en la cuestión de alimentos. El alimentario quedará obligado restituir lo recibido provisionalmente, a menos que pruebe algún fundamento plausible para intentar la demanda, pues la buena fe se presume (artículo 327, inciso 2º).

d) *Alimentos del deudor en la ley sobre reorganización y liquidación de empresas y personas*

El artículo 64 de la antigua ley de quiebras facultaba al deudor fallido para solicitar una cuota de los bienes de la masa para su propia sustentación y la de su familia. Esta situación no fue alterada por la nueva normativa. El artículo 132 de la Ley Nº 20.720, de 2014, sobre reorganización y liquidación de empresas y personas, establece que el tribunal, con audiencia del liquidador y del deudor, determinará la cuota de los frutos que correspondan a este último para su subsistencia y la de su familia, habida consideración de sus necesidades y la cuantía de los bienes bajo intervención.

El artículo 1625 permite a determinados deudores oponer a sus acreedores el beneficio de competencia para “no ser obligados a pagar más de lo que buenamente puedan, dejándoles lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias, y con cargo de devolución cuando mejoren de fortuna. El deudor fallido y restablecido bajo la antigua normativa tenía este beneficio. La nueva ley (artículo 255) impide este beneficio pues la resolución judicial que pone término a un procedimiento de liquidación extingue por el solo ministerio de la ley y para todos los efectos legales los saldos insolutos de las obligaciones contraídas con anterioridad al inicio del mismo.

IV. CARACTERES DEL DERECHO Y DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS

La obligación de dar alimentos tiene por fuente la ley (artículos 1437 y 2284). Esta obligación engendra en el beneficiado (alimentario) un derecho a pedirlos que es personalísimo (artículo 1464,

Nº 2), y en el obligado a darlos (alimentante) una obligación de caracteres especiales. A continuación se explican y desarrollan estos rasgos.

1. CARÁCTER PERSONALÍSIMO DEL DERECHO A PEDIR ALIMENTOS

El carácter personalísimo del derecho de alimentos se configura a partir de una serie de caracteres inherentes a él que la ley se preocupa de destacar:

a) *El derecho a pedir alimentos es intransmisible e intransferible*

El derecho a pedir alimentos no pasa a los herederos (artículo 951), y no puede venderse o cederse de modo alguno (artículo 334). Habría objeto ilícito en la venta o enajenación del derecho a pedir alimentos (artículo 1464, Nº 2), y estos actos serían nulos de nulidad absoluta (artículo 1682).

b) *El derecho a pedir alimentos es irrenunciable*

El derecho a pedir alimentos no puede renunciarse (artículo 334). La renuncia sería también nula de acuerdo a los artículos 12, 1466 y 1682.

c) *El derecho a pedir alimentos es imprescriptible*

Se puede demandar alimentos en cualquier tiempo en que se cumplan las circunstancias que legitiman la demanda (artículo 332), es decir, siempre que exista necesidad en el demandante, facultad en el demandado y fuente legal.

Sin embargo (artículo 332, inciso 2º), los alimentos concedidos a los descendientes y hermanos no pueden pedirse después de los 21 años, salvo que el alimentario:

1º. Se encuentre estudiando una profesión u oficio, caso en el que puede pedir alimentos hasta los 28 años;

2º. Padezca una incapacidad física o mental que le impida subsistir por sí mismo, o

3º. Que existan otras circunstancias calificadas, caso en el que se conceden si el juez los considera indispensables para la subsistencia del demandante.

d) *El derecho a pedir alimentos es inembargable*

Son inembargables los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal. Así lo disponen los artículos 1618 Nº 9 y 445 del Código de Procedimiento Civil.

e) *El derecho a pedir alimentos no puede someterse a compromiso*

Así lo dispone el artículo 229 del Código Orgánico de Tribunales; por tanto, solo la jurisdicción ordinaria puede determinar la obligación.

f) *Los alimentos futuros pueden transigirse con aprobación judicial*

El derecho a pedir alimentos puede determinarse de común acuerdo con el obligado a darlos en el contexto de un proceso de mediación obligatoria (artículo 106 Ley Nº 19.968); o en el “acuerdo completo y suficiente” en el contexto de un juicio de separación o divorcio (artículo 21 y concordantes Ley Nº 19.941). También pueden determinarse mediante una transacción extrajudicial destinada a prevenir un litigio eventual o a poner término a un litigio pendiente. Este contrato exige aprobación judicial (artículo 2451). Sin esta aprobación el acuerdo es nulo de nulidad absoluta porque la aprobación se exige en consideración al acto en sí mismo (artículo 1682). No puede aprobarse una transacción sobre alimentos futuros si supone renuncia, cesión o compensación del derecho de pedir alimentos (artículos 334 y 335).

g) *Las pensiones alimenticias devengadas son un crédito contra el alimentante*

Todas estas características del derecho de alimentos no se dan respecto de las pensiones alimenticias devengadas. El artículo 336 dice que no obstante lo dispuesto en los dos artículos precedentes (artículos 334 y 335) las pensiones alimenticias atrasadas podrán renunciarse o compensarse como cualquier deuda. Puede renunciarse el derecho a cobrar pensiones alimenticias atrasadas, es decir, devengadas y no pagadas (artículo 12). También hay derecho de pedir su cumplimiento forzado, y, en cuanto créditos devengados, pueden transmitirse por causa de muerte, venderse y cederse, sin perjuicio de la prescripción que puede alegar el deudor si no se cobran transcurridos tres o cinco años, según sea la naturaleza del título en que se determinan (artículo 2515).

2. CARACTERES ESPECIALES DE LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS

a) *La obligación de dar alimentos no puede compensarse*

El que debe alimentos no puede oponer en compensación al alimentario-demandante lo que éste le deba a él (artículo 335).

b) *La obligación de dar alimentos es intransmisble*

La intransmisibilidad de esta obligación se refiere a los alimentos que no han sido determinados en vida del causante por sentencia judicial o transacción aprobada judicialmente, o por algún otro título oponible a la sucesión.

Las obligaciones alimenticias forzosas (determinadas) son baja general de la herencia (artículo 959, 4º) y, en cuanto tales, gravan el total de la masa hereditaria, a menos que el difunto haya impuesto esta obligación a uno o más partícipes en la sucesión (artículo 1168). Los alimentos forzosos se deben mientras subsistan las circunstancias por las que se determinaron.

Después de la Ley Nº 19.585, de 1997, casi todos los que tienen derecho de alimentos llevan legítima en la herencia del alimentante (descendientes, ascendientes, cónyuge) (artículo 1182). Por tanto, con la muerte del alimentante podría cesar la *necesidad* por la que tienen el derecho de alimentos, y probablemente también la obligación de darlos.

El único caso en que esto podría no ocurrir es respecto de los ascendientes. Los ascendientes que tienen una pensión alimenticia determinada pueden quedar excluidos de la sucesión por los descendientes y el cónyuge sobreviviente (artículo 1183), que son legitimarios de mejor derecho. En este caso, la sucesión deberá cuantificar y garantizar el cumplimiento de esta obligación para rebajarla del acervo ilíquido (artículo 959, 4º). Si se garantiza con capitales o bienes, estos retornan a la masa una vez que cesa la obligación, y se procede a reliquidar este remanente.

V. EL JUICIO DE ALIMENTOS

La determinación de los alimentos puede hacerse de común acuerdo entre alimentante y alimentario, o bien, por sentencia judicial. A continuación se examina la determinación de alimentos en juicio.

1. TRIBUNAL COMPETENTE Y PROCEDIMIENTO

Es competente el Tribunal de Familia del domicilio del alimentante o del alimentario, a elección de este último (artículo 1º, Ley Nº 14.908). El juicio se tramita conforme al procedimiento ordinario establecido en la Ley Nº 19.968 (artículo 55 y siguientes). Se debe tener presente que los alimentos pueden constituir una cuestión complementaria a la separación judicial, juicio de nulidad o de divorcio.

El procedimiento se inicia con la demanda. El tribunal puede autorizar la interposición oral de la demanda, ordenando que le levante acta en la que conste la autorización y peticiones que se someten a la decisión del tribunal.

Admitida la demanda, el juez da traslado y fija una fecha para la realización de la audiencia preparatoria. Acto seguido, deberá citar a las partes a comparecer personalmente o representadas, lo cual se debe realizar con una antelación mínima de 15 días a la fecha establecida para la celebración de la audiencia. El demandado debe contestar por escrito con al menos cinco días de anticipación a la fecha de realización de la audiencia preparatoria (artículo 58 Ley Nº 19.968).

2. LOS ALIMENTOS PROVISORIOS

Los alimentos provisorios deben pedirse en la demanda. Si no se piden, el artículo 54-2 de la Ley Nº 19.968 establece que una vez admitida la demanda, el juez está facultado para decretar de oficio las medidas cautelares que juzgue convenientes. Dentro de éstas, deberá fijar de oficio o a petición de parte los alimentos provisorios.

Los alimentos provisorios se decretan con el traslado de la demanda y el solo mérito de los documentos y antecedentes presentados (artículo 4º, Ley Nº 14.908). La resolución debe determinar el monto y lugar de pago (artículo 6º, inciso 2º). El demandado tiene cinco días hábiles para oponerse a la cuantía fijada por el tribunal, desde la notificación de la demanda, transcurridos los cuales esta resolución causa ejecutoria (artículo 4º).

Si el demandado se opone pidiendo disminución o cese, el juez resolverá de plano, a menos que por el mérito de los antecedentes estime necesario citar a una audiencia, la que deberá efectuarse dentro de los diez días siguientes. La resolución que se pronuncie sobre este incidente será susceptible del recurso de reposición con apelación en subsidio, la que se concederá con el solo efecto devolutivo y gozará de preferencia para su vista y fallo. El juez que omite pronunciarse sobre los alimentos provisorios incurre en falta o abuso, que la parte agraviada puede enmendar con el recurso de queja (artículo 4º, Ley Nº 14.908).

Si el demandado resulta absuelto, tendrá derecho a la restitución de lo dado. Cesa este derecho contra el que ha intentado la demanda “de buena fe y con algún fundamento plausible” (artículo 327). Por el contrario, si se prueba que el demandante ha procedido de mala fe, “serán obligados solidariamente a la restitución y a la indemnización de perjuicios todos que han participado en el dolo” (artículo 328).

3. TRANSACCIÓN Y AVENIMIENTO SOBRE ALIMENTOS FUTUROS

Los alimentos futuros pueden determinarse mediante transacción extrajudicial, aprobada por el juez (artículo 2451); avenimiento o conciliación judicial. En los acuerdos sobre el pago de alimentos futuros, se pueden pactar garantías para el cumplimiento íntegro y oportuno de las pensiones, como hipoteca, prenda, fianza, solidaridad de un tercero o cualquier otra forma de garantía.

Para que tengan mérito ejecutivo, la Ley Nº 14.908 exige que estas convenciones contengan la fecha y el lugar de pago, y que se respeten los montos mínimos que establece el artículo 3º de la misma ley (artículo 11).

4. LA AUDIENCIA PREPARATORIA

a) *Prueba de la facultad del demandado*

La Ley Nº 14.908 traslada la carga de probar la facultad del alimentante al mismo demandado, quien debe hacerlo con documentos en la audiencia preparatoria. A falta de documentos, el demandado es obligado a declarar bajo juramento su patrimonio y capacidad económica (artículo 5º).

En la misma audiencia preparatoria el tribunal puede pedir de oficio al Servicio de Impuestos Internos, a las instituciones de previsión social, a las administradoras de fondos de pensiones y a cualquier otro organismo público o privado que proporcionen antecedentes que permitan acreditar la capacidad económica y el patrimonio del demandado (id.).

En esta audiencia el juez puede decretar de oficio o a petición de parte otras medidas cautelares conservativas o innovativas (como retención de bienes, prohibición de celebrar actos y contratos etcétera). Si no se produce conciliación o avenimiento, el juez debe fijar los hechos que deben probarse en la audiencia de juicio y los medios de prueba que deberán rendirse posteriormente en la audiencia de juicio.

b) *Sanciones por falsedades y ocultamiento de bienes*

La Ley Nº 14.908 contempla sanciones severas contra el demandado que oculte bienes o incurra en falsedades documentales o perjurio en lo que se refiere a la cuantía de patrimonio y capacidad económica:

1º. Delitos. El ocultamiento de fuentes de ingreso constituye delito (artículo 5º, inciso 4º Ley Nº 14.908). Si el demandado incurre en falsedades puede ser sancionado con los delitos de perjurio o falsedad documental de los artículos 207 y 212 del Código Penal.

2º. Simulación y fraude pauliano. Los actos celebrados por el alimentante con terceros de mala fe para reducir su patrimonio, como también los actos simulados o aparentes para perjudicar al alimentario, podrán revocarse conforme al artículo 2468 del Código Civil. Se presume la mala fe del tercero cuando conozca o deba conocer la intención del alimentante. Esta acción se tramitará ante el mismo juez que conoce del juicio de alimentos como incidente. La resolución que se pronuncie sobre ella será apelable en el solo efecto devolutivo (artículo 5º, inciso final).

5. LA AUDIENCIA DE JUICIO

La audiencia de juicio (artículo 63 LTF) se realiza el día y a la hora fijados, con la asistencia del demandante y el demandado, y sus respectivos representantes. La ley manda que se realice en un solo acto, sin perjuicio de que por la necesidad del caso se requieran dos o más sesiones sucesivas.

Esta audiencia tiene por objeto recibir la prueba admitida y decretada por el tribunal. Sin embargo, si la prueba no fue solicitada oportunamente en la audiencia preparatoria no podrá presentarse en esta etapa del juicio, salvo que justifique no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento y siempre que sean consideradas esenciales por el juez para la resolución. En aquellos casos en que susciten dudas acerca de la veracidad, autenticidad o integridad de una prueba, podrá el juez autorizar que se presenten nuevas pruebas a fin de esclarecer dichas dudas.

El orden que se sigue para la presentación de la prueba es el determinado por las partes, comenzando por la del demandante y terminando con la ordenada de oficio por el juez.

Una vez practicada la prueba, el juez podrá solicitar a alguno de los miembros del consejo técnico que emita su opinión respecto a las pruebas que fueron rendidas en relación a su especialidad.

Las observaciones a las pruebas y a la opinión del consejo técnico se realizarán por las partes de manera oral y breve en la misma audiencia (con derecho a replicar dichas observaciones).

6. LA SENTENCIA DEFINITIVA

La sentencia definitiva en un juicio de alimentos debe fijar la forma y cuantía en que hayan de prestarse los alimentos (artículo 333); la fecha y el lugar en que deben pagarse (artículos 7º, 11, Ley Nº 14.908). Los alimentos se deben desde la primera demanda y se pagan por mesadas anticipadas (artículo 331).

La misma sentencia puede establecer modalidades de pago (artículo 8º, Ley Nº 14.908) y exigir la constitución de garantías para el cumplimiento de la obligación (artículo 10). El tribunal que pronunció la sentencia puede ordenar el cumplimiento forzado (artículos 11, 12), y decretar apremios y otras sanciones en contra del obligado a darlos (artículos 4º, 14, 15, 16, 18 y 19). A continuación se ofrece un breve análisis de estas medidas de garantía del pago y apremio al deudor.

a) *Modalidades de pago de la obligación de alimentos*

La ley admite diversas modalidades para el pago de alimentos.

Suma periódica de dinero

La modalidad más corriente de condena es a una suma de dinero periódica pagadera por mensualidades anticipadas, en la fecha y lugar indicado en la sentencia. Esta suma es reajutable según I.P.C. También puede fijarse la obligación en un porcentaje de las rentas del alimentante (por ejemplo el 20%, el 30% o hasta el 50%). Según el artículo 7º de la Ley Nº 14.908 los alimentos no pueden exceder el 50% de las rentas del alimentante.

El juez puede disponer que se imputen a la pensión periódica los gastos útiles o extraordinarios que efectúe el alimentante para satisfacer necesidades permanentes de educación, salud o vivienda del alimentario (artículo 9º, inciso 1º Ley Nº 14.908, modificado por la Ley Nº 20.152, de 2007). La imputación de gastos permanentes a la pensión alimenticia permite el cumplimiento total de los alimentos; e impide que el alimentante se excepcione alegando que ya hace gastos periódicos a favor de sus hijos menores, como pagar el colegio, el uniforme o tenerlo como carga de salud previsional.

Retenciones a las remuneraciones del alimentante

Tratándose de alimentantes que sean trabajadores dependientes el juez puede ordenar que los alimentos se paguen mediante retenciones practicadas a la remuneración del alimentante. Para estos efectos, la resolución judicial se notificará a quien corresponda pagar la remuneración del alimentante, para que retenga las sumas decretadas y las entregue al alimentario, a su representante legal, o a la persona a cuyo cuidado se encuentre (artículos 8º, 11 y 13 Ley Nº 14.908).

Intereses de un capital que se invierte al efecto

La sentencia puede disponer que la pensión alimenticia consista en los intereses de un capital que se deposita o invierte en alguna institución bancaria, y que se restituye al alimentante o a sus herederos cuando cesa la obligación (artículo 333).

Derecho de usufructo, uso o habitación sobre bienes del alimentante

La pensión alimenticia puede imputarse, total o parcialmente, a un derecho de usufructo, uso o habitación sobre bienes del alimentante a favor del alimentario, que no pueden gravarse ni enajenarse sin autorización judicial. Estos derechos se constituyen en la sentencia judicial que determina los alimentos. Cuando recaen sobre inmuebles, esta sentencia debe reducirse a escritura pública e inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes correspondiente. Podrá requerir estas inscripciones el propio alimentario (artículo 9º Ley Nº 14.908).

b) *Garantías para el pago de pensiones alimenticias*

Se contemplan las que se explican a continuación.

Hipoteca, prenda u otra garantía

El juez puede ordenar que se constituya una hipoteca, prenda u otra garantía, especialmente si hay motivo fundado para sospechar que el deudor se ausentará del país (artículo 10 Ley Nº 14.908).

Solidaridad de los que dificultaren o imposibilitaren el cumplimiento

El artículo 18 declara solidariamente responsables del pago de la pensión alimenticia a los que sin derecho para ello dificultaren el fiel y oportuno cumplimiento de esta obligación. Estos terceros también pueden ser sancionados con otros apremios igualmente aplicables al deudor principal.

c) *Cumplimiento forzado, apremios al deudor y otras sanciones*

La sentencia que ordena el pago de pensiones alimenticias constituye un título ejecutivo con el que puede pedirse el cumplimiento forzado de la obligación. La urgencia de la obligación de alimentos, especialmente cuando estos se deben a menores de edad, ha ido otorgando a la jurisdicción numerosas facultades para apremiar a deudores y obtener el cumplimiento compulsivo de estas obligaciones.

Cumplimiento forzado mediante demanda ejecutiva

La sentencia, la transacción o avenimiento aprobados judicialmente tienen mérito ejecutivo. El artículo 12 de la Ley Nº 14.908 establece un procedimiento sumarísimo de ejecución forzada, en el que sólo es admisible la excepción de pago. En estos casos, el mandamiento de ejecución y embargo que se despache para el pago de la primera pensión, será suficiente para el pago de cada una de las venideras, sin necesidad de un nuevo requerimiento de pago; pero será necesario volver a notificar por carta certificada al deudor, quien tendrá el derecho de pagar antes de un nuevo embargo de bienes.

Retención de devoluciones de impuestos

Existiendo una o más pensiones impagas, el tribunal puede ordenar que se retenga a favor del alimentario la devolución de impuestos a la renta del alimentante, y la Tesorería General de la República deberá informar al tribunal el hecho de la retención y el monto de las mismas (artículo 16, Ley Nº 14.908).

Suspensión de la licencia de conducir

Igualmente, por una o más pensiones impagas, el tribunal puede decretar la suspensión de la licencia de conducir del deudor como medida de apremio. Esta medida puede concederse hasta por seis meses. En aquellos casos en que el alimentante ejerza una profesión u oficio en el cual sea esencial el uso de la licencia, como por ejemplo si es camionero o transportista escolar, podrá solicitar la suspensión de esta medida, sin perjuicio de que se pueda decretar alguna otra en su reemplazo (artículo 16 Ley Nº 14.908).

Arresto nocturno, otros apremios personales y orden de arraigo

Si el demandado no paga una o más pensiones, el alimentario puede pedir como medida de apremio el arresto nocturno del alimentante; el arresto hasta por 15 días si reitera el incumplimiento, y hasta por 30 días si son necesarios nuevos apremios. En estos casos, el tribunal deberá dictar orden de arraigo hasta el efectivo pago de lo adeudado. También proceden estos apremios si el alimentante renuncia al trabajo para eludir el pago de la pensión de alimentos (artículos 14 y 15 Ley Nº 14.908).

Otras sanciones

El artículo 19 de la Ley N° 14.908 dispone que si constare en el proceso que contra el alimentante se hubiere decretado alguno de los apremios previstos en la ley por dos veces, el tribunal también podrá decretar la separación de bienes del deudor o la administración extraordinaria de la sociedad conyugal por la mujer según el artículo 138. Estos incumplimientos serán especialmente considerados para decidir sobre el cuidado personal del menor (artículo 225-2) y para la emancipación judicial por abandono (artículo 271, número 2°).

d) *Cosa juzgada en estos juicios. Aumento, disminución o cese de alimentos*

La sentencia en juicios de alimentos no produce cosa juzgada. Los alimentos se deben por toda la vida del alimentario “continuando las circunstancias que legitimaron la demanda” (artículo 332). Por tanto, si estas circunstancias varían, se admite la modificación de los alimentos. Esto se traduce en que se puede pedir *aumento, disminución o cese* de una obligación de dar alimentos, en función de un cambio de circunstancias (artículo 332; artículo 1° Ley N° 14.908).

La transacción de alimentos aprobada por resolución judicial tiene el efecto de cosa juzgada (artículos 2451, 2460). Esto no impide que un cambio en las circunstancias que legitimaban la demanda permita pedir un aumento, disminución o cese de la pensión, por parte del alimentario como por parte del alimentante. Conocerá de esta nueva demanda el juez que tenga competencia según el domicilio del alimentante o del alimentario, atendida la edad de este último.

VI. EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS

La obligación de dar alimentos cesa por alguna de las siguientes causas:

1. POR MUERTE DEL ALIMENTARIO

Los alimentos se deben durante toda la vida del alimentario y se mantienen mientras subsistan las circunstancias que legitimaron la demanda (artículo 332). El derecho a pedir alimentos no se transmite (artículo 334).

2. POR EDAD DEL ALIMENTARIO EN CIERTOS CASOS

Los alimentos debidos a descendientes y hermanos se devengan hasta los 21 años, salvo que estén estudiando una profesión u oficio, caso en el cual cesarán a los 28 años, a menos que les afecte una incapacidad física o mental que les impida subsistir por sí mismos, o que por otra causa calificada el juez los considere indispensables para la subsistencia del alimentario (artículo 332, inciso 2°).

3. INJURIA ATROZ DEL ALIMENTARIO

En caso de injuria atroz cesará la obligación de pagar alimentos. “Pero si la conducta del alimentario fuere atenuada por circunstancias graves en la conducta del alimentante el juez puede moderar el rigor de esta disposición” (artículo 324).

Solo constituyen injuria atroz las conductas descritas en el artículo 968, que son también indignidades para suceder. Es decir, homicidio o atentado grave contra la persona o bienes del alimentante; no socorrerlo en estado de demencia o destitución pudiendo; obtener por fuerza o dolo disposiciones testamentarias o impedirle testar; detención u ocultamiento de un testamento del alimentante.

La Ley N° 19.585 habría puesto término a las discusiones anteriores sobre lo que debía entenderse por injuria atroz. “Sólo constituyen injuria atroz las conductas descritas en el artículo 968” (artículo 324, inciso 2°).

4. EL PADRE O MADRE QUE HA ABANDONADO AL HIJO EN SU INFANCIA

El artículo 238 dispone que los derechos personales que se conceden a los padres en el Título IX del Libro I (la educación del hijo y su cuidado personal) “no podrán reclamarse contra el hijo que han abandonado”. Por otra parte, de acuerdo al artículo 203, salvo restablecimiento expreso hecho por el hijo por escritura pública, “cuando la filiación haya sido determinada judicialmente contra la oposición del padre o madre, aquél o ésta *quedará privado de la patria potestad* y, en general, *de todos los derechos* que por el ministerio de la ley se le confieren respecto de la persona y bienes del hijo o de sus descendientes”, debiendo el juez así declararlo en la sentencia a petición del interesado,

y esta declaración incluirse en la subinscripción respectiva. ¿Se incluye en esta sanción el derecho a pedir alimentos al hijo?

Se piensa que la respuesta a esta pregunta es negativa. Según el artículo 324 inciso final “quedarán privados del derecho a pedir alimentos al hijo el padre o la madre que lo ha abandonado en la infancia, cuando la filiación haya debido ser establecida por medio de sentencia judicial contra su oposición”. Por tanto, quedaría privado del derecho a pedir alimentos el que *acumulativamente* haya abandonado al hijo en su infancia y se haya opuesto a la reclamación de filiación deducida por éste.

VII. ALIMENTOS VOLUNTARIOS

El artículo 337 dice que las disposiciones de este título no rigen respecto a las asignaciones alimenticias hechas voluntariamente en testamento o por donación entre vivos, acerca de las cuales deberá estarse a la voluntad del testador o donante en cuanto ha podido disponer libremente de lo suyo. Si estas asignaciones alimenticias se dejan por testamento no pueden exceder la cuarta de libre disposición. Se pueden dar en vida libremente. Nadie puede impedir que alguien le pague en vida alimentos a cualquier persona si quiere hacerlo (por ejemplo, a un empleado muy querido, a un amigo).

Los alimentos legales que se pagan voluntariamente no son alimentos voluntarios, pues se pagan en virtud de una obligación establecida por ley. En Chile no es necesario esperar una sentencia condenatoria en juicio para pagar los alimentos que se deben por ley. El derecho está establecido en la ley. La judicatura constata el cumplimiento de sus presupuestos legales, y determina la cuantía y forma de pago.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

FRANCISCO MUÑOZ FLORES (1996), “Intransmisibilidad de la obligación alimenticia”, en *Instituciones Modernas de Derecho Civil. Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri*, Santiago, Chile, ConoSur, pp. 162-173; ANTONIO VODANOVIC (2004), *Derecho de alimentos*, Santiago, Chile, LexisNexis, 286 pp.; PAULA RECABARREN LEWIN (2004), “El régimen alimentario. Un análisis a la luz de los derechos fundamentales”, en *Instituciones de Derecho de familia*, Santiago, Chile, LexisNexis, pp. 187-199; SUSAN TURNER SAELZER (2008), “Cauciones en el derecho de alimentos y en el derecho del matrimonio chilenos”, en *Estudios sobre las garantías reales y personales en homenaje a Manuel Somarriva Undurraga*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, t. II, pp. 709-721; CLAUDIA SCHMIDT HOTT (2008), *Del derecho alimentario familiar en la filiación*, Santiago, Chile, Editorial Puntotext, 181 pp.; JUAN ANDRÉS ORREGO ACUÑA (2011): “Consideraciones en torno a la regulación de los alimentos en el Derecho chileno”, en Hernán Corral Talciani *et al.* (eds.), *Estudios de Derecho Civil*, t. V, Santiago, Chile, Abeledo-Perrot, pp. 527-544; CARLOS NÚÑEZ JIMÉNEZ (2013), “La obligación de alimentos de los abuelos. Estudio jurisprudencial y dogmático”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 21, pp. 47-88; JUAN LUIS GOLDENBERG SERRANO y CATALINA NOVOA MUÑOZ (2014), “La acción revocatoria contemplada en el artículo 5° de la Ley N° 14.908”, en Susan Turner Saelzar y Juan Andrés Varas Braun (coords.), *Estudios de Derecho Civil*, IX, Santiago, Chile, Legal Publishing, pp. 79-102.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.