

ASPECTOS DE LA DESINTEGRACIÓN DE LA FAMILIA EN LA LEGISLACIÓN CIVIL CHILENA

POR

JOSÉ MIGUEL LECAROS

1. Introducción

Desde su promulgación a mediados del siglo pasado, el Código Civil chileno, obra genial de don Andrés Bello, ha sido durante décadas modelo en parte importante de Hispanoamérica. Su notable coherencia y perfecta sistematización ha disuadido muchos intentos de reforma que de tiempo en tiempo han surgido. Sin embargo, no ha estado exento de modificaciones, principalmente en el derecho de familia. Y ello se explica fácilmente si se tiene en cuenta que es tal vez el ámbito del derecho civil más sensible a los cambios que ha experimentado a lo largo de su historia reciente la estructura de la sociedad chilena.

En general las reformas han resultado justificadas y el tiempo les ha dado la razón. Así por ejemplo, el régimen de sociedad conyugal, que fue concebido como un régimen patrimonial del matrimonio, legal, único y no modificable, ha experimentado diversas modificaciones que han recogido ciertas transformaciones en los roles del marido y de la mujer al interior de la familia y en el campo laboral. Entre ellas, cabe destacar la creación del patrimonio reservado para la mujer casada que le permite administrar libremente los bienes adquiridos con el producto de su trabajo (Decreto Ley n.º 328 y Ley n.º 5.521); la facultad de los esposos de pactar separación total de bienes mediante capitulaciones matrimoniales (Decreto Ley n.º 328), y de pactar dicha separación en el acto mismo del matrimonio (Ley 10.271) o

incluso durante la vigencia del matrimonio como una sustitución de régimen (Ley n.º 7.612); diversas restricciones para la admisión que el marido —administrador ordinario de la sociedad conyugal— haga de los bienes sociales (Ley n.º 10.271); y, en fin, el reconocimiento de la plena capacidad de la mujer casada bajo régimen de sociedad conyugal, con el consiguiente término de la potestad marital y de la representación legal de la mujer por su marido (Ley n.º 18.802).

En el ámbito de la filiación, merece destacarse también aquella reforma que allá por el año 1935 suprimiera la categoría de hijos de dañado ayuntamiento y abriera las puertas a la investigación de la paternidad para efectos de demandar alimentos; y como otro paso más en el mismo sentido, la ley 10.271 que amplió las formas de investigación de la paternidad para los hijos fuera de matrimonio (hijos naturales), reconociéndole de paso importantes derechos sucesorios —si bien menores que a los hijos de matrimonio (legítimos)— y mejorando los alimentos a que tienen derecho —de simplemente necesarios a congruos—.

Sin embargo, durante los dos últimos gobiernos, una avalancha legislativa ha cambiado sustancialmente el derecho de familia chileno en lo que son ya no meras adecuaciones a los cambios sociales, sino transformaciones sustanciales de las instituciones motivadas por nuevas concepciones acerca de la familia y de los roles de marido y mujer, de padre y de madre.

Cómo ha llegado a ocurrir eso, es materia que sociólogos, politólogos o historiadores deberán abordar en el futuro. Pero es fácil observar que tales modificaciones se han producido junto a políticas oficiales en educación pública y salud inspiradas en enfoques liberales, individualistas cuando no francamente hedonistas y de aceptación —ya no de simple tolerancia— de la homosexualidad, la pornografía y la promiscuidad. El ideal de la familia formada por un padre y una madre y en matrimonio se encuentra debilitada —si bien más en la mentalidad de ciertas elites intelectuales que en la realidad— en la sociedad chilena. Es cierto que tiende a extenderse una visión hedonista e individualista de la vida que privilegia el *status* económico y el pasarlo

bien por sobre la responsabilidad y el crecimiento personal; la sexualidad al margen de cualquier clase de normas, la convivencia en lugar del matrimonio y la anticoncepción en sus diversas manifestaciones en franco desprestigio de la función procreadora de la sexualidad. Y en ese contexto, la autoridad pública, en lugar de promover políticas destinadas a contrarrestar esas tendencias, aparece implementando políticas y normativas que producen el efecto de consolidarlas y cohonestarlas; todo ello bajo pretexto de estar tan sólo enfrentando con "realismo" una inevitable crisis de valores y de la familia tradicional.

En lo que concierne a la legislación civil, la necesidad —real o supuesta— de adecuar la legislación interna a la Constitución Política y a los convenios internacionales ratificados en Chile ha aparecido como el gran chivo expiatorio. Respecto a lo primero, se ha generalizado la idea que la protección que la Constitución Política garantiza a la familia (1), se refiere tanto a la familia basada en matrimonio como a cualquiera otra (2). Se ha agregado que la existencia de diferencias entre los hijos de matrimonio y los hijos nacidos fuera de matrimonio; y para algunos incluso las diferencias entre el marido y la mujer; serían todas normas y reglas inconstitucionales toda vez que implicarían formas de diferenciación arbitraria (3).

Se ha invocado también con cierta ambigüedad la exigencia de ajustar nuestra legislación a pactos y declaraciones internacionales ratificadas por Chile. Se invocan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Naciones Unidas, 1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1969), la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Pacto de Costa Rica", 1969), la Convención sobre eliminación

(1) El artículo 1.º inc. 2.º de la Carta Fundamental dispone que "la familia es el núcleo fundamental de la sociedad" y el inciso 5.º del mismo artículo agrega como deber del Estado "dar protección a la población y a la familia y propender al fortalecimiento de ésta".

(2) Cfr. FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, *Persona, pareja y familia*, Editorial Jurídica de Chile, 1995, págs. 70 y sigs.

(3) El art 19 n.º 2 inciso 2.º de la Carta Fundamental garantiza que "ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias".

de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), la Convención sobre los Derechos del Niño (Naciones Unidas, 1989). Con esa explicación, muchos elementos ajenos al derecho de familia tradicional se han incorporado prácticamente sin oposición. Pues con honrosas excepciones, los parlamentarios no han podido resistirse a la acusación de estar entorpeciendo al Estado chileno el cumplimiento de sus compromisos internacionales.

2. El primer paso: la ley 19.335

El 23 de septiembre de 1994 se publicó en el Diario Oficial la ley 19.335 cuyos objetivos generales eran perfeccionar el régimen de sociedad conyugal añadiendo una mayor injerencia de la mujer y mayores restricciones a la administración del marido; agregar un régimen patrimonial alternativo, de "participación en los gananciales"; proteger el sustento económico básico de la familia mediante la institución de "bienes familiares" sujetos a un estatuto especial de enajenación y gravamen; y finalmente eliminar o modificar ciertos preceptos que se estimaban discriminatorios contra la mujer, odiosos e incoherentes con la igualdad de dignidad y derechos entre el hombre y la mujer. A continuación me referiré a algunos aspectos de la ley que estimo más delicados y con un impacto valórico negativo. Sin duda que la ley tuvo aspectos positivos, pero más que el análisis de la ley en general estimo importante destacar aquellas materias que merecen especial reparo desde el punto de vista de la estabilidad de la institución familiar basada en matrimonio y en los roles de padre, madre, marido y mujer.

2.1. En este orden de ideas, tal vez lo que primero salta a la vista es la despenalización del adulterio. La ley 19.335 derogó los artículos 375 a 381 del Código Penal que contemplaban el delito de adulterio (por la mujer) y de amancebamiento (por el marido) Esta desincriminación se justificó desde un comienzo argumentándose que estas figuras implicaban una intromisión

indebida del derecho penal en la intimidad de las personas y en un ámbito que no generaba ningún daño social. Además se adujo que la despenalización iría acompañada de una pretendida intensificación de la reprobación civil a la infidelidad conyugal. Sin embargo, la verdad es que la sanción jurídica a la infidelidad conyugal quedó gravemente disminuída y restringida.

En efecto, la ley 19.335 incorporó una "definición" de adulterio en el artículo 132 del Código Civil: "El adulterio constituye una grave infracción al deber de fidelidad...". "...Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el varón que yace con mujer que no sea su cónyuge".

Se ha sostenido con razón que con esta definición "se limita el concepto civil de adulterio al canonizarse la terminología penal en el Código Civil, sin considerar que civilmente el adulterio podía ser concebido en términos más flexibles. Con esta reforma no habrá posibilidad de calificar como adulterio un hecho si no se está en presencia de relaciones heterosexuales consumadas: se precisa "yacer" el marido o la mujer con un tercero (a) para configurar la infracción civil" (4).

Además, la restricción a la sanción jurídica es manifiesta si se considera:

- a) Que en el adulterio penal, cometía delito el tercero —hombre o mujer— que yacían con persona casada sabiendo que lo era. En la nueva norma el tercero queda impune.
- b) Que si se declara la nulidad del vínculo conyugal al cual uno de los presuntos cónyuges no ha sido fiel, no podrá considerarse subsistente la calificación de adulterio, toda vez que la nueva norma omite la frase "...aunque después se declare nulo el matrimonio", con que concluía la definición de adulterio del ahora derogado artículo 375 del Código Penal.

(4) CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes familiares y participación en los gananciales. La reforma de la ley n.º 19.335 de 1994 a las relaciones personales y al régimen económico del matrimonio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pág. 20.

- c) Que el artículo 7.º de la ley de matrimonio civil establecía un impedimento dirimente indefinido para la mujer adúltera, de contraer matrimonio con quien hubiese sido sometido a proceso penal en forma conjunta con ella; norma que se aligera con la siguiente nueva redacción: "No podrá contraer matrimonio el que haya cometido adulterio con su partícipe en esa infracción, durante el plazo de cinco años contados desde la sentencia que lo establezca". Es laudable que se haya equiparado la situación del hombre con la de la mujer pues tanto se debe a la fidelidad el marido como la mujer. Pero restringe el impedimento a cinco años. Y así, si bien es cierto mientras siga vigente el matrimonio, el adúltero o adúltera no podría casarse porque le afectaría el impedimento de vínculo matrimonial no disuelto, una vez disuelto el matrimonio, podría casarse con tal que ya hubieran pasado cinco años desde la sentencia.

Es tal la ligereza con que se legisló en ésta como en otras materias de la ley 19.335, que no se reparó que al decir que comete adulterio el varón que yace con mujer que no sea su cónyuge, se estaba literalmente calificado de adúltero a un hombre soltero que tuviera relaciones sexuales con una mujer soltera. Lo que naturalmente nunca estuvo en el propósito de ningún legislador. Se dieron toda suerte de argumentaciones para fundar sólidamente un rechazo a esta interpretación que, aunque absurda, era la única posible dado el tenor de la norma (5). Finalmente se optó por reconocer el error y se enmendó la disposición mediante la ley 19.422 de 13-XI-95, agregando en la definición el calificativo de casado al varón al que se le imputaba adulterio.

2.2. Un segundo aspecto de la reforma de la ley 19.335 que merece una reflexión crítica es el relativo a la institución de los bienes familiares. Como una pretendida medida de protección del patrimonio familiar se idea esta institución que básicamente

(5) Discurso de la Ministra de Justicia ante el Senado, Sesión 15.ª de 21 de julio de 1994.

consiste en la necesidad de contar con el consentimiento de ambos cónyuges para enajenar derechos que cualquiera de ellos posea sobre bienes que conforman la vivienda familiar y el mobiliario que le sirve de ajuar (6).

La institución es bien intencionada: se plantea como una protección en particular a la mujer y a los intereses de los hijos en un matrimonio casado bajo un régimen de separación de bienes o de participación en los gananciales, en el cual el marido puede fácilmente enajenar o gravar irresponsablemente el inmueble familiar destrozando el sustento básico de la vida familiar. De todas formas cabe recordar que alrededor del 90% de los matrimonios en Chile optan por el régimen de sociedad conyugal y en casi todos ellos el inmueble familiar es "social" por haber sido adquirido a título oneroso por alguno de los cónyuges o ambos durante la sociedad conyugal. En esas circunstancias, que son las que atañen a la casi totalidad de los matrimonios en Chile, la institución de los bienes familiares carece de toda relevancia. Dicho de otro modo, la institución de los "bienes familiares" ha tenido cierta repercusión en las clases altas y medias pero poca relevancia en los sectores populares.

Es dudosa la constitucionalidad de esta normativa. La afectación de un bien como familiar, afecta la garantía constitucional del derecho de propiedad toda vez que implica una privación sin indemnización de facultades o atributos esenciales del dominio como es enajenar, gravar, o constituir derechos personales de uso o goce sobre el bien del cual se es dueño. Ha habido quienes han estimado que sería constitucional toda vez que la normativa hay que armonizarla con la garantía constitucional que ordena proteger a la familia (art. 1.º ya citado de la Carta Fundamental)

(6) Esta institución se encuentra presente con diversas características en otras legislaciones. En Francia, con la ley n.º 65-570, de 13-VII-65; en Alemania en el artículo 1365 y el artículo 1369 del BGB reformado el año 1957; en Portugal, el artículo 1682-A de su Código Civil; en Suiza, el artículo 169 de su Código Civil; en Holanda el artículo 88 del B.W., su Código Civil; en España, la ley de reforma n.º 11, de 13-V-81, que insertó al Código Civil el artículo 1320. Cfr. también arts. 723 a 746 Código Civil de México, arts 30 a 40 del Código Civil boliviano, art. 1277 del Código Civil argentino tras la reforma de la ley n.º 17.711, de julio de 1968.

y quienes audazmente han agregado que no sería inconstitucional gracias a la exigencia de la intervención judicial en la afectación de un bien como familiar. Fuera de que esa intervención sólo se exige respecto de ciertos bienes pero no de otros, no parece que la intervención judicial pudiera purgar la inconstitucionalidad de dicha vulneración al derecho de propiedad (7).

Pensamos que la amplitud de las normas y la ausencia de trabas eficaces contra el mal uso de estas disposiciones han generado y seguirán generando entorpecimientos de importancia en el tráfico jurídico y un elemento de divisionismo al interior de los matrimonios.

En efecto, pueden ser declarados "bienes familiares" "el inmueble de propiedad de ambos cónyuges o de alguno de ellos que sirva de residencia principal de la familia y los muebles que lo guarnecen" (art 141 del Código Civil). Dado que los juicios de bienes familiares tienen lugar normalmente en el seno de matrimonios cuya familia se ha disgregado, resulta increíble que el legislador no haya sido más preciso al definir el concepto de familia. Si el marido vive con dos hijos y la mujer con otros dos. ¿Cuál de las dos casas es la residencia principal de la familia? ¿O más bien se estará frente a dos familias, que no faltarán quienes pretendan entenderlo así? Y si cada uno de los cónyuges ha formado su propia "familia" al margen del matrimonio, asentada en un inmueble diferente, ¿cómo aplicar la norma? Cada uno de los inmuebles es la residencia principal de la respectiva "familia..."

Parece obvio que la institución de los bienes familiares tiene como objetivo asegurar un sustrato patrimonial para el desarrollo de la familia entendida como grupo generado alrededor de un matrimonio. Si no, carecería de sentido que la norma hubiese aludido a cónyuges. Sin embargo, no todos lo entienden así. Se ha sostenido en Chile que "la referencia que hace nuestra Constitución a "la familia" y la protección que luego le otorga, debe entenderse hecha tanto a la familia legítima como a la familia ile-

(7) Cfr. COURT MURASSO, Eduardo, *Los bienes familiares en el Código civil*, Cuadernos Jurídicos Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar, n.º 2, s/f, pág. 6: "la constitucionalidad de la institución no puede quedar supeditada a quien efectúe la declaración".

gítima, esto es, tanto la que procede del matrimonio como a la que procede de simple convivencia (8). Si dicho planteamiento prosperara en la jurisprudencia, la determinación concreta de cuál es el inmueble que sirve de residencia principal de la familia se transformará en un asunto caótico, toda vez que en cada caso habrá que definir por el juez cuál es la familia y qué es una familia... (9).

Y los muebles que guarnecen el inmueble "familiar", ¿cuáles son? ¿Deberán ser de alguno de los cónyuges o no importa quién es el dueño? Y si la casa familiar está en un inmueble de vasta extensión, digamos un campo, por ejemplo, la afectación alcanzará a la totalidad o sólo a la vivienda? De estimarse lo primero, ¿quiere decir que el propietario requerirá la voluntad del cónyuge no propietario para dar en arrendamiento hasta unos cuantos metros cuadrados de un campo de cientos de hectáreas siendo que ello en nada podría afectar el sustrato de a familia? De estimarse lo segundo, ¿cómo se podrá hacer la división? ¿Cómo enajenar el campo si me es prohibido enajenar la vivienda que se encuentra en él?

En la práctica, la cantidad de preguntas que genera esta institución se ha traducido en juicios escandalosos, en los que una

(8) Cfr FIGUEROA YÁNEZ, Gonzalo, *op. cit.*, pág. 71.

(9) Una excelente réplica a la tesis desarrollada en el libro citado en la nota precedente se encuentra en el diario *El Mercurio*, 03-XI-95, p. A-12, donde el jurista Hernán Corral Talciani expresa: "...cuando la Constitución habla de familia como base de la institucionalidad, como elemento fundante y nuclear de la sociedad chilena, ¿lo habrá hecho queriéndose referir a cualquiera de esas innumerables acepciones del vocablo, usadas generalmente en el tiempo en que se votó el texto constitucional? Nos parece que la negativa a esta pregunta se impone desde el momento en que tal intención se contradiría con la naturaleza normativa de la fórmula y con su clara finalidad axiológica. Se está disponiendo sobre una particular forma de familia: aquella que puede ser considerada el modelo social y jurídico, la familia prototípica, el arquetipo de familia. El análisis del contexto de nuestro ordenamiento jurídico da cuenta de que ese modelo de familia que la ley propone (no impone) es el de la familia organizada a través del compromiso jurídico y personal de los cónyuges que denominamos matrimonio". Concluye Corral: "...así es como puede comprenderse lógicamente una norma que, si menciona a la familia, lo hace como un valor a proteger y no como una descripción sociológica".

mujer que no necesita para nada protección legal pide la declaración de bien familiar para arruinar una operación comercial y luego extorsionar en una negociación acerca de pensiones alimenticias o sobre la tuición de los hijos.

Todo ello se ve facilitado además con la existencia de una herramienta legal muy *ad-hoc* para estos propósitos extorsivos. Pues, en efecto, la sola presentación de la demanda al Tribunal (nótese, la sola presentación de la demanda, ni siquiera hace falta esperar la providencia del Tribunal) transforma "provisoriamente" al inmueble pretendidamente familiar en bien familiar (10). Esto significa que si el marido, sin sospechar siquiera del ingreso de esa demanda de su mujer al Juzgado —demanda posiblemente sin fundamento alguno— vende el "departamento de la playa", tal compraventa adolece de nulidad por haber faltado el consentimiento del cónyuge no propietario. Que semanas o meses más tarde el Tribunal levante esa afectación y declare que el departamento no era en absoluto familiar —no era "inmueble que sirve de residencia principal de la familia"—, no hará desaparecer el vicio ni por ende reparará el perjuicio del comprador que verá deshecho su negocio con una declaración de nulidad llegando incluso a perder el precio pagado.

Es cierto que al proveer la demanda el Juez deberá ordenar practicar la inscripción respectiva en el Conservador de Bienes

(10) Art. 141. El inmueble de propiedad de ambos cónyuges o de alguno de ellos, que sirva de residencia principal de la familia, y los muebles que guarnececan el hogar, podrán ser declarados bienes familiares y se regirán, entonces, por las normas de este párrafo, cualquiera que sea el régimen de bienes del matrimonio.

La antedicha declaración será hecha por el juez en procedimiento breve y sumario, con conocimiento de causa y citación del cónyuge.

Con todo, la sola presentación de la demanda transformará provisoriamente en familiar el bien de que se trate. En su primera resolución el juez dispondrá que se anote al margen de la inscripción respectiva la precedente circunstancia. El Conservador practicará la subinscripción con el sólo mérito del decreto que, de oficio, le notificará el tribunal.

Para los efectos previstos en este artículo, los cónyuges gozarán de privilegio de pobreza.

El cónyuge que hiciere fraudulentamente la declaración a que se refiere este artículo, deberá indemnizar los perjuicios causados.

Raíces. Pero la norma es clara: la medida precautoria insólitamente opera *ipso iure* por la sólo presentación de la demanda y afectando al vendedor y al comprador que no tenían cómo haber sabido del vicio (11). Recordemos que mientras el bien tenga la calidad de familiar y el juez competente no le alce ese estigma, el cónyuge dueño requerirá del consentimiento del otro para enajenar, gravar y constituir derechos personales de uso o goce sobre el bien (12). De haber estado ausente ese consentimiento, el acto es nulo (13). Esto se ha traducido en la práctica en que para enajenar, gravar, o constituir cualquier derecho personal de uso o goce sobre un inmueble, el cónyuge separado de bienes debe hacer comparecer a su marido o mujer a efecto de que los terceros que estén contratando queden protegidos frente a la eventualidad que en esos días el cónyuge no propietario haya presentado una demanda de bien familiar. Matrimonios que precisamente se habían separado de bienes y disuelto la sociedad

(11) "La ley incurre aquí, además, en una desatención completa de los intereses de los terceros e incluso del cónyuge no propietario, puesto que el hecho de presentar la demanda puede quedar totalmente ignorado hasta por el mismo dueño de las cosas. Los bienes muebles que guarnecen el hogar son privados absolutamente de cualquier medida de publicidad..." "La ley debió disponer expresamente medidas de publicidad respecto de los bienes muebles y en relación con los bienes raíces debió establecer la inoponibilidad de la afectación de bien familiar mientras ella no fuera recogida en el registro inmobiliario" (CORRAL TALCIANI, Hernán, *op. cit.*, pág. 59).

(12) Art. 142. No se podrán enajenar o gravar voluntariamente, ni prometer gravar o enajenar, los bienes familiares, sino concurriendo la voluntad de ambos cónyuges. Lo mismo regirá para la celebración de contratos que concedan derechos personales de uso o de goce sobre algún bien familiar.

La voluntad del cónyuge no propietario que no intervenga directa y expresamente en el acto, podrá hacerse constar por escrito, o por escritura pública si el acto exigiere esta solemnidad. También podrá prestarse esa voluntad por medio de mandato especial que conste por escrito o por escritura pública, según sea el caso.

(13) Art. 143. El cónyuge no propietario, cuya voluntad no se haya expresado en conformidad con lo previsto en el artículo anterior, podrá pedir la rescisión del acto.

Los adquirentes de derechos sobre un inmueble que es bien familiar, estarán de mala fe a los efectos de las obligaciones restitutorias que la declaración de nulidad origine.

conyugal precisamente para no tener que volver nunca a pedir la firma uno al otro, han debido entrar a negociar nuevamente la firma. Y con los alimentos y la tuición de los hijos como armas de por medio.

Como efecto tal vez siquiera imaginado por el legislador, en la práctica se ha impuesto entonces una especie de cogestión: en un matrimonio el tercero que contrate con cualquiera de ellos exige la concurrencia del otro. Es más, hasta la garantía hipotecaria se ha visto afectada. Si el inmueble dado en hipoteca es declarado familiar, los cónyuges gozan de un "beneficio de excusión" en virtud del cual pueden exigir al acreedor que antes de subastar el inmueble dado en garantía se agote la percusión del crédito en otros bienes del deudor. Aunque los comentaristas han coincidido en que el carácter de bien familiar no puede pasar a llevar a una garantía hipotecaria (14), la vaguedad de la norma (15) permite perfectamente concluir que frente a la declaración de bien familiar el acreedor hipotecario habrá perdido su garantía real.

La referencia de la norma que antes hemos citado a la posibilidad de demandar indemnización de perjuicios frente a la demanda fraudulenta de bienes familiares es candorosa. Por un lado, teóricamente innecesaria —se habría llegado a lo mismo aplicando otras reglas generales del Código Civil relativas a la responsabilidad civil extracontractual en general— y por el otro en la práctica totalmente ineficaz —por la dificultad práctica de acreditar dolo en la conducta del demandante—.

(14) COURT MURASSO, Eduardo, *op. cit.* en n. 7, pág. 39; y CORRAL TALCIANI, Hernán, *op. cit.* en n. 4, págs. 82 y 83.

(15) Art. 148 del Código Civil: "Los cónyuges reconvenidos gozan del beneficio de excusión. En consecuencia, cualquiera de ellos podrá exigir que antes de proceder contra los bienes familiares se persiga el crédito en otros bienes del deudor. Las disposiciones del Título XXXVI del Libro Cuarto sobre la fianza se aplicarán al ejercicio de la excusión a que se refiere este artículo, en cuanto corresponda.

Cada vez que en virtud de una acción ejecutiva deducida por un tercero acreedor, se disponga el embargo de algún bien familiar de propiedad del cónyuge deudor, el juez dispondrá se notifique personalmente el mandamiento correspondiente al cónyuge no propietario. Esta notificación no afectará los derechos y acciones del cónyuge no propietario sobre dichos bienes".

3. Un gran salto: la ley n.º 19.585, de "filiación única"

Las estadísticas son concluyentes: mientras entre 1944 y 1964 la tasa de nacimientos fuera de matrimonio en Chile giraba alrededor del 20%, sin ningún aumento e incluso con algunos retrocesos, en 1982 había subido a un 29,9%, en 1992 a un 36,8% y en 1996 a un 41,9% (16). Es decir, en un Chile con un nivel cultural y de bienestar creciente y desde luego nunca antes visto en su historia, las tasas de ilegitimidad duplican las existentes hace cincuenta años. Las causas de esta realidad son muy complejas pero en parte se explican por la desvalorización creciente de la institución matrimonial como modelo ideal para la formación de la familia.

Como respuesta a esa realidad, como una manera de ajustar nuestra legislación a los textos constitucionales y a los tratados internacionales y como un modo de terminar con lo que se señalaba como discriminaciones odiosas entre distintas clases de hijos, tras un largo debate legislativo, se dictó el 26 de octubre de 1998 la ley n.º 19.585 generalmente llamada "de filiación". La referida ley tuvo como objetivo fundamental fue poner fin a las diferencias entre los hijos atendido su origen matrimonial o extramatrimonial.

Durante la tramitación del proyecto y una vez promulgado, hubo una oposición contundente desde diferentes sectores de opinión. Se estimó que la normativa sería un negativo mensaje a la ciudadanía: en adelante traer hijos al mundo dentro o fuera de matrimonio sería indiferente. "Lo que dice el legislador a la sociedad —argumentaba un conocido jurista— es que no es necesario contraer matrimonio para formar un familia" (17). Se auguraba además que con una transformación de esa especie se intensifi-

(16) SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Evolución del Código Civil Chileno*, 2.ª edición, Bogotá, 1983 y datos citados por PEÑAILILLO, Daniel, "Las categorías de filiación y la investigación de la paternidad", en *Modificaciones al Código Civil en materia de filiación y sucesión por causa de muerte*, Universidad de Concepción, 1999, pág. 11.

(17) CORRAL TALCIANI, Hernán, *El Mercurio*, 7-VI-98, pág. D-32.

caría aún más la tasa de ilegitimidad, es decir, de niños nacidos sin el sustrato afectivo que importa el matrimonio de sus padres. En Argentina, una reforma al régimen filiativo similar a la chilena (ley 23.264, de 1985) fue considerada en dicho país como uno de los factores decisivos en el aumento de las tasas de nacimiento extramatrimonial: del 36% en 1990 a 50% aproximadamente esperado para 1998 (18).

Sin embargo, los promotores del proyecto insistían en que el laudable propósito de fomentar la institución matrimonial no podía hacerse "a costa" del sacrificio de hijos inocentes de su origen. Un argumento efectista que terminó por conquistar los votos parlamentarios necesarios para la aprobación del texto legal (19); pese a la clarísima posición de ciertos sectores de la jerarquía eclesiástica (20).

(18) Cfr. el artículo "La mitad de los bebés nace de parejas sin papeles. Una tendencia que crece en la Argentina desde hace diez años", en *El Clarín*, 27-VII-98, págs. 32-33.

(19) Contra este argumento no faltaron voces que intentaron hacer presente su debilidad: "Lo cierto es que cada vez que el legislador intenta proteger y fortalecer una institución no tiene más remedio que establecer y regular diferencias o distinciones entre quienes integran esa institución y quienes no. Ello no implica que se esté manipulando a las personas para alcanzar fines institucionales. Las distinciones justas son necesarias para garantizar el funcionamiento de toda institución exigida por el orden social; con ellas no se sacrifica a ciertos individuos en provecho de otros; al contrario, se les sirve a todos, porque al final todos son beneficiados por su saludable eficacia. Si se privilegia a ultranza el criterio de la "no distinción" se termina inevitablemente por abolir la institución y por neutralizar su benéfica operatividad. En el fondo, la igualación absoluta de la situación legal de los hijos lo que busca, so pretexto de no manipular a las personas, es desconocer en este aspecto la virtualidad jurídica de la institución matrimonial para equipararla a la simple unión de hecho, incluso esporádica u ocasional" (CORRAL T., Hernán, en diario *La Segunda*, 14-IV-97, pág. 11).

(20) "Desde siempre la perpetuación de la especie humana se ha considerado que es una misión que corresponde efectuar al interior de la familia legalmente constituida y por ello el ordenamiento jurídico, que valora un tipo de familia fundado en el matrimonio y no en otra clase de uniones, vinculó a ese modelo la filiación, regulando la misma de modo diverso según que una persona viniera a la vida dentro o fuera del matrimonio. En tal sentido, la distinción entre los hijos viene exigida por la misma existencia o no de un vínculo matrimonial entre los padres y no resulta posible hacer desaparecer tal distinción por un simple artificio legal, sin fundamento en la realidad de lo que las cosas son" (Monseñor

Como veremos, a poco andar la llamada ley de filiación, que generó tantas expectativas en el proceso de elaboración, vino a mostrarse como un espejismo. Desde luego, porque como es obvio, el derecho fundamental de los hijos es el de nacer y vivir en un hogar con sus dos padres unidos. Pero más allá de la igualación en los nombres, ninguna ley puede, desgraciadamente, darle ese derecho a los hijos ilegítimos (21). Y en segundo lugar, porque con la nueva normativa, los hijos de filiación no matrimonial (antes naturales o ilegítimos), perdieron varios derechos o prerrogativas de protección que la ley contemplaba.

En efecto, hasta la ley 19.585, nuestra legislación distinguía, por una parte, a los hijos legítimos o legitimados, esto es, los concebidos o nacidos dentro del matrimonio de sus padres o que habiendo nacido fuera de matrimonio tenían la calidad de reconocidos por ambos padres a la fecha del posterior matrimonio de sus progenitores. Por otra parte, los hijos naturales eran los que sin ser legítimos ni legitimados habían sido reconocidos por su padre o madre o se había establecido dicha paternidad o maternidad en un juicio.

Las diferencias entre unos y otros o eran sustanciales. Los alimentos a que tenían derecho demandar de sus padres los hijos legítimos y los hijos naturales eran idénticos: "alimentos congruos"; es decir, los necesarios para que el alimentario viviera modestamente conforme a su posición social. En otro ámbito, unos y otros eran "legitimarios", es decir, asignatarios forzosos en caso de fallecimiento de los padres, de la mitad del acervo partible, distribuido según las reglas para una sucesión intestada. Y tanto unos como otros eran susceptibles de ser "mejorados" en su porción hereditaria, a plena libertad del testador, mediante la disposición a favor de cualquiera de ellos de todo o parte de la "cuarta de mejoras.

Orozimbo Fuenzalida, Obispo de San Bernardo, en *Diario de Sesiones del Senado*, Legislatura 338 Ordinaria, Sesión 17, 04.08.98. En igual sentido, Carta de la Conferencia Episcopal de 30.06.98, "La Iglesia Católica y la ley de Filiación".

(21) UGARTE, José Joaquín, en diario *El Mercurio*, 07-VI-98, pág. D-31.

Había naturalmente algunas diferencias; en la filiación legítima el hijo estaba sometido a la patria potestad de sus padres quienes eran por ende sus representantes legales. El hijo natural en cambio carecía de representante legal por lo que en caso de ser menor de edad dicha representación debía asumirla un tutor o curador legalmente designado. En otro aspecto, toda vez que la filiación natural era exclusivamente parental, es decir, el hijo natural era pariente sólo respecto de su padre y/o madre natural, sin entrar a formar parte de la familia del padre y/o madre, se producía cierta indefensión alimenticia, pues mientras el hijo legítimo podía demandar alimentos de su abuelo, en caso de insuficiencia de su padre, el hijo natural carecía de esa posibilidad. Como se solía decir, el hijo natural no tiene abuelos. Pero la legislación chilena, en cambio, con un criterio de realismo y protección admirables, reconocía incluso el beneficio del derecho de alimentos respecto de sus padres, para aquel que habiendo nacido fuera de matrimonio y sin llegar a haber adquirido la calidad de natural, existían ciertos antecedentes que daban, si no certeza de paternidad o maternidad, al menos una filiación probable. Eran los hijos "ilegítimos para el sólo efecto de alimentos".

La verdad es que más allá de los deseos del legislador de poner término a las diferencias entre diferentes clases de hijos, la verdad es que la ley 19.585 no sólo no ha acabado con las distinciones sino que las ha hecho mayores y más complejas. Cabe distinguir las siguientes:

1) Los "hijos de filiación matrimonial", que goza de una presunción de paternidad respecto el marido de la madre cuando nace dentro del matrimonio dentro de los 300 días siguientes a su disolución.

2) Los "hijos de filiación no matrimonial", que no gozan de ninguna presunción de paternidad y por ende la filiación debe derivar de reconocimiento del padre o madre o de sentencia en juicio de investigación de la paternidad o maternidad. En el evento de ejercerse una acción de reclamación de la filiación. Respecto a la acción de reclamación de la filiación, conforme al nuevo

artículo 203 del Código Civil, la paternidad o maternidad determinada judicialmente contra oposición del padre o madre priva a éste de la patria potestad y de todos los derechos que la ley le confiere respecto de la persona y bienes del hijo y de sus descendientes. (Ej: de asentar en el matrimonio del menor de edad —art 109—; de la calidad de legitimario —1182— y de heredero abintestato —994—) (22). La sanción es muy drástica, sobre todo la arbitrariedad de ciertas reglas procesales. Una de ellas, extremadamente peligrosa en la práctica, es aquella en virtud de la cual la negativa injustificada a someterse a pruebas periciales de carácter biológico constituirá presunción grave en contra del litigante rebelde (23).

(22) Esta privación de derechos ha sido objeto de críticas sólidas de parte de muchos estudiosos. En la actual realidad social es perfectamente normal encontrar procreación entre parejas ocasionales. En una demanda de paternidad en esas circunstancias debe estimarse razonable siquiera como legítima la duda del demandado acerca de si es o no el progenitor. Al demandado no le quedan más alternativas que allanarse a la demanda o contestarla oponiéndose. En el primer caso estaría asumiendo una actitud que posiblemente le implique asumir una paternidad no real. En el segundo caso corre el riesgo de perder esos derechos en caso que a demanda sea acogida, sin que probablemente haya estado en su intención eludir sus responsabilidades de paternidad si ella resulta acreditada. (PEÑALILLO, Daniel, *op. cit.* en n. 16, pág. 27.

(23) "Artículo 199. Las pruebas periciales de carácter biológico se practicarán por el Servicio Médico Legal o por laboratorios idóneos para ello, designados por el juez. Las partes siempre, y por una sola vez, tendrán derecho a solicitar un nuevo informe pericial biológico. La negativa injustificada de una de las partes a someterse a peritaje biológico configura una presunción grave en su contra, que el juez apreciará en los términos del artículo 426 del Código de Procedimiento Civil".

Hay un endiosamiento frente a las pruebas periciales de carácter biológico, que por lo demás siempre han sido empleadas. Sin embargo, existen contradicciones evidentes derivadas de la ausencia de una clara compatibilización entre el principio del interés superior del niño y el principio de la realidad, que sugiere ante todo tener por padre o madre a quien verdaderamente lo es. El nuevo artículo 201 dispone: "La posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otras, sin embargo, si hubiesen graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico". Con mucha razón un jurista ha dicho: "El irrefutable y omnipresente interés del hijo no puede avasallar a la verdad y al interés de la comunidad en establecerla. No debe registrarse en un factor para zigza-

Cabe agregar que antes de la reforma, para iniciar un juicio e investigación de paternidad o maternidad debían acompañarse a la demanda "instrumentos públicos o privados de los que se desprende una confesión manifiesta de paternidad o maternidad" (antiguo art. 271). Con la reforma basta con agregar "antecedentes que hagan plausibles los hechos en que se funda" (art. 196); lo cual por su vaguedad podría permitir demandas temerarias sin fundamento y con una finalidad exclusivamente extorsiva, con grave daño a familias constituídas. En el debate legislativo se propuso que se exigiera un principio de prueba y Así se consideró en uno de los proyectos; pero la proposición no prosperó. también se propuso imitar la regla del Código Francés de exigir "presunciones o indicios graves".

3) Los "hijos de filiación indeterminada", que no gozan de ningún derecho; equivalen a los antes llamados "hijos ilegítimos para el solo efecto de alimentos", con el agravante que conforme a la nueva normativa carecen de alimentos, toda vez que sólo se reconoce el derecho de alimentos respecto de un hijo cuya paternidad o maternidad ha sido concluyentemente establecida en juicio no a favor de un hijo cuya filiación es sólo probable (24).

guar el resultado. Y advertimos que para determinar si alguien es o no padre de otro, no debe tenerse en mente el prototipo del niño desamparado. Pronto será adulto y los estados de hijo y padre continuarán por toda la vida" (PEÑALILLO, *op. cit.* n. 16, pág. 26).

(24) Lo anterior, en virtud de derogarse el artículo 280 y siguientes del Código Civil. Una de las críticas más recurrentes que se ha hecho a la ley es que elimina la posibilidad de obtener alimentos por el hijo cuya paternidad o maternidad no es declarada judicialmente. Antes, el art 280 permitía obtener alimentos no obstante que no se declarara la filiación por no existir convicción en tal sentido. Legislaciones que han establecido la igualdad de filiación han mantenido sin embargo la posibilidad de demandar alimentos a quien aparezca como probable padre aun sin convicción como para declarar la paternidad (arts. 342 y sigs. del Código Francés; arts. 415 y sigs. del Código Peruano). Cabe agregar que la ley no otorga al menos expresamente competencia a los Juzgados de Menores para conocer de estas materias, por lo que los juicios de reclamación o de impugnación van a ser juicios ordinarios de lato conocimiento ante un Juez Civil.

4) Los hijos concebidos mediante técnicas de reproducción asistida. Se considera, "sin que se admita prueba en contrario" que el padre y/o madre "son el hombre y la mujer que se sometieron a ella (25).

5) Los hijos adoptivos". El artículo 179 sólo estableció que la adopción, los derechos entre adoptante y adoptado y la filiación que pueda establecerse entre ellos, se rige por la ley respectiva. El 5 de agosto de 1999 ha aparecido en el Diario Oficial tras un precipitado trámite de discusión y aprobación, la ley 19.620 sobre adopción de menores. Hasta esta última ley, la adopción se regía por la ley 7.613, que establecía un marco general y por la ley 18.703 que consagraba una forma de adopción simple y otra de adopción plena. Esta última era la más controvertida puesto que implicaba un cambio en el estado civil del adoptado, quien pasaba a ser considerado hijo legítimo del adoptante para todos los efectos civiles; incorporándose a la familia del adoptante y cesando todo vínculo del adoptado con su familia de origen, con la salvedad de subsistir para efectos de la aplicación de los impedimentos dirimentes de parentesco para contraer matrimonio.

La ley 19.620 ha pasado a derogar toda la normativa anterior y unifica las diferentes formas de adopción en una sola categoría que da al adoptado la calidad de hijo del adoptante. Las causales que hacen procedente la declaración de que un menor es susceptible de ser adoptado son imputaciones extremadamente vagas y se prestan para toda clase de pruebas fraudulentas y presiones sobre los padres. Por ejemplo, que no lo proporcionen (al hijo) atención personal, afectiva o económica durante el plazo de seis meses...", "...si fuere menor de seis meses, de cuarenta y cinco días". Es decir, basta acreditar un mes y medio de falta de afecto para que irreversiblemente ese hijo le sea sustraído por decisión judicial a sus padres e incorporado de por vida a otra familia... (1).

(25) Esta regla genera un sinnúmero de interrogantes. Partiendo de la base que la norma permite la aplicación de estas técnicas entre personas no casadas, cabe preguntarse, sin embargo: ¿sólo en parejas?, ¿sólo en parejas estables?, ¿tal vez en mujeres solas?, ¿qué es técnica de reproducción asistida?, ¿qué significa someterse a ella?, ¿sólo consentir con prescindencia del aporte?

Por otra parte, la ley, aunque privilegia la adopción por parte de un matrimonio, permite —“en caso que no existan cónyuges interesados en adoptar a un menor”— optar como adoptante a una persona soltera o viuda; lo que deja abiertas las puertas a la generación de adopciones que no estarían respondiendo a un concepto de familia. “Lo anterior tiende a desnaturalizar la adopción plena, pues no parece compatible con su justificación sustituir por completo la familia de origen por una «familia» uniparental. En efecto, la finalidad última de la adopción es lograr que el menor tenga una mejor situación, que sin duda se produce en una familia biparental”. Aún más. No excluyendo la ley que la adopción pueda hacerse por dos personas solteras o viudas está tácitamente permitiendo la adopción por convivientes no casados; e incluso llegado el caso adoptantes solteros de un mismo sexo... (26).

4. Conclusiones

Además de las reformas aludidas, hay otras innovaciones legales que tienden a la desintegración de la familia tradicional, basada en un matrimonio con un padre y una madre con roles específicos en relación a los hijos. La llamada ley de violencia intrafamiliar, por ejemplo (Ley n.º 19.325) ha abierto las puertas a una agresiva intervención estatal (jueces, policías, sicoterapeutas, asistentes sociales, ...) que no siempre resuelven los problemas y que muy por el contrario en no pocos casos los profundizan alejando cualquier posibilidad de avenimiento. Nos ha tocado presenciar cómo frente a conflictos conyugales que en ningún caso podrían ser calificados de “violencia”, uno de los cónyuges, tentado por la diversidad de herramientas legales y azuzado con la intromisión de variados funcionarios que aplican un esquema preconcebido sin atender para nada a la realidad concreta, se ve envuelto en un conflicto mayor. El remedio peor que la enfer-

(26) Cfr. *El Mercurio*, 7 de enero de 1999, pág. A-2.

medad. La autonomía de la mujer, el "interés superior del niño", suelen verse como principios o ideales incompatibles con la existencia o la supervivencia de la familia. Se ha hecho casi un dogma el que no puede sacrificarse la felicidad de un niño o la libertad de la mujer con la excusa de promover o salvaguardar la institución familiar.