

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

AÑO XXXVI — ENERO - MARZO DE 1968 — Nº 143

DIRECTOR: ORLANDO TAPIA SUAREZ

CONSEJO CONSULTIVO:

**MANUEL SANHUEZA CRUZ
RENE VERGARA VERGARA
MARIO CERDA MEDINA
LUIS HERRERA REYES
JORGE ACUÑA ESTAI**

ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA — CONCEPCION

CARLOS ALVAREZ NUÑEZ

Instructor del Departamento
de Derecho Civil de la Escuela
de Derecho de la Universidad
de Concepción.

ALGUNAS CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS, LEGALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE EL CONCUBINATO

I N T R O D U C C I O N

Por razones de diversa índole, la mayoría de los países han ignorado en sus textos legales al concubinato, y los tribunales han visto complicarse su labor para resolver las diversas cuestiones sometidas a su conocimiento por carecer de ordenamientos legales expresos. Esta situación contrasta con la realidad en que las uniones fuera de matrimonio, por su frecuencia, representan un verdadero problema social.

El Código Civil patrio no se preocupó de las uniones de hecho y ello se justifica ya que su filosofía está orientada a la protección de la familia legítima y ésta descansa en el matrimonio; sin embargo, no es menos cierto que en estos últimos años se han ido dictando una serie de leyes, especialmente en el orden previsional, por las que se reconocen y amplían diversos derechos a la familia ilegítima y, en ciertos aspectos, especifican importantes beneficios en favor de la concubina.

Los hechos han obligado al legislador a poner en vigencia normas que, en alguna medida, significan un tímido reconocimiento legal del concubinato. Esto parece llevar a la conclusión que las disposiciones de nuestro Código Civil fueran estrechas para contener el apareamiento de esta tendencia legislativa, y

más de alguno piensa que con esta actitud se está atentando en contra del principio de protección de la familia legítima consagrado en el Código.

Recogiendo la expresión del profesor Savatier, podemos decir que se observa una metamorfosis, un cambio, y esto obliga a revisar la visión actual de la doctrina, la jurisprudencia y la legislación en esta materia.

PRIMERA. PARTE

EL CONCUBINATO EN EL DERECHO COMPARADO

1.—LA DOCTRINA

Las relaciones fuera del matrimonio que revisten el carácter de cierta duración, en que hombre y mujer hacen el mismo género de vida que si estuvieran casados, configuran el concubinato, llamado también unión de hecho, matrimonio de hecho o, simplemente, unión libre por la doctrina francesa. Se caracteriza, entonces, por cierta estabilidad y continuidad en la unión, que la diferencia de las simples relaciones pasajeras y fortuitas.

La doctrina estima que el concubinato que tiene trascendencia para el Derecho es aquel que reúne los siguientes elementos: a) comunidad de vida, habitación y techo; b) existencia de relaciones sexuales; y c) cierta duración de la unión (1).

Para el Derecho Romano no fue desconocido y lo consideró como una especie de matrimonio inferior, pero, en todo caso, de carácter jurídico (2). La Legislación de Partidas también

(1) **Rodière** resume estos elementos en "Le ménage de fait devant la loi", informe a la Asociación Henri Capitant (1957) citado por **García Cantero, Gabriel** en su artículo "Aspectos sociológicos e ideológicos de la unión libre en el Derecho Francés", Revista de Derecho Judicial, España, Año III, N° 11 (Julio-Septiembre de 1962), página 45.

(2) Sobre esto véase: **Floris Margadant, Guillermo**, artículo "Algunas aclaraciones y sugerencias en relación con el matrimonio y el concubinato en el Derecho Romano", publicado en Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo VI, N° 23 (Julio-Septiembre 1956), páginas 19 a 38.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONCUBINATO

7

permitió a un hombre que conviviera con una mujer sin que mediara matrimonio (3).

Las religiones dieron a la unión de la pareja humana un valor religioso; así para la Iglesia Católica el matrimonio es un sacramento (4).

Con la secularización del matrimonio éste dejó de ser un acto religioso y entró el Estado a intervenir en su regulación. Jurídicamente se acude a la doctrina de la naturaleza contractual para explicar el acto de celebración del matrimonio y, por algunos, se sostiene que más que un vínculo jurídico que genera derechos y obligaciones entre los contratantes es una institución que crea un "status" que se impone tanto a las partes como a los terceros (5).

Sea que se considere al matrimonio como un contrato o como una institución, el concubinato significará siempre la ausencia de matrimonio (6).

Con alarma se sostiene que el aumento de las relaciones extramatrimoniales ha ido atenuando las diferencias entre matrimonio y concubinato, situación que deviene en hacer más frágil

(3) Se admitió bajo ciertos impedimentos relativos a matrimonio, parentesco por consanguinidad o afinidad, orden eclesiástica, y siempre que se tratara de mujer no virgen y mayor de 12 años.

(4) En el Derecho Canónico, al lado del acuerdo de voluntades está el sacramento. Sobre esto véase: **Lalaguna Domínguez, Enrique**: "Estudios de Derecho Matrimonial", Madrid, 1962, páginas 255 a 282. Además, las Encíclicas: de **León XIII**, "Arcanum", del 1º de Febrero de 1880, y de **Pío XI**, "Casti Connubii", del 21 de Diciembre de 1930, así como el Canon 1012 del Código de Derecho Canónico de 1917.

(5) Sobre la naturaleza jurídica del matrimonio, véase especialmente: **A. Coste-Floret**: "La nature juridique du mariage", tesis, Montpellier, 1935; **Bonnecase, J.**: "Philosophie du Code Napoléon appliquée au Droit de Famille", N°s 92-149; **Fernández Clérigo, Luis**: "El Derecho de Familia en la Legislación Comparada"; México, 1947, páginas 8-19; y los desarrollos en las obras generales; así, **Marty, G. y Raynaud, P.**: "Droit Civil", Tomo I, Volumen 2º, Segunda Edición, 1967, N°s 654 y siguientes; **Ripert-Boulanger**: "Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol", Tomo II, Volumen 1º, Buenos Aires, 1963, N°s 1088 y siguientes.

(6) **Carbonnier, Jean** precisa esta situación cuando señala que el concubinato es, con relación al matrimonio, lo que el hecho respecto al derecho ("Droit Civil", Tomo I, París, 1965, N° 145, página 458).

al primero; a ello se agregan otras razones, como ser: el avance de las legislaciones divorcistas, los movimientos "feministas" que han conducido a la disminución de la autoridad marital cuando la mujer se vió obligada a salir a trabajar fuera del hogar, etcétera.

Se citan diversos factores de orden ideológico, moral, social, económico, de exceso de formalidades en la celebración del matrimonio, para justificar el desarrollo del concubinato (7). Del mismo modo, los autores se encargan de señalar las medidas que debieran adoptarse para evitar que siga creciendo el número de uniones fuera del matrimonio, las que podrían sintetizarse en el siguiente planteamiento: la puesta en práctica de una política de vigorización del matrimonio y, al mismo tiempo, una actitud de combate del legislador hacia las uniones de hecho (8).

(7) Se argumenta que las ideas filosóficas y sociales que llevaron a la laicización del matrimonio han determinado que no exista razón de orden religioso para oponerse a las uniones de hecho. Por otro lado, se afirma que se ha difundido la idea que por no existir divorcio por voluntad de los cónyuges resulta preferible no atarse por vínculo matrimonial y vivir en concubinato; véase: **Marty y Raynaud**: op. citada, N°s 368 y siguientes; **Mazeaud, Henri, Léon y Jean**: "Lecciones de Derecho Civil", Parte I, Volumen III, Buenos Aires, 1959, N°s 706 y siguientes.

Colin y Capitant: "Curso Elemental de Derecho Civil", Tomo I, Tercera Edición, Madrid, 1952, página 299, sostienen que el exceso de formalidades del matrimonio ha multiplicado las uniones de hecho y expresan que una manera de frenar el desarrollo del concubinato es ir a la simplificación del matrimonio haciéndolo más fácil y menos costoso.

(8) Entre otros, puede consultarse la opinión de: **Planiol y Ripert**: "Traité Pratique de Droit Civil Français", Tomo II, por **Rouast, André**, París, 1952, Segunda Edición, N° 71; los profesores **Mazeaud** (op. citada, página 54) dicen: "causa sorpresa no encontrar en el Código Civil una prohibición formal del concubinato"; **Marty y Raynaud** (op. citada, N° 371) consideran que el estatuto descable del concubinato debe fundarse en una idea de combate y de evitar toda regla que permita a los concubinos perpetuar su estado, obtener ventajas o estar tratados igual o mejor que la gente casada.

En nuestro continente, **Borda, Guillermo** adhiere a esta posición, ("Tratado de Derecho Civil Argentino", Tomo I, 1959, Segunda Edición, N° 61); **Pinto Rogers, Humberto** también participa de este criterio, en "El concubinato y sus efectos jurídicos", Tesis, Santiago, 1942, páginas 201 y 202.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONCUBINATO

9

La gran mayoría de la doctrina es contraria al concubinato: se dice que es una situación inmoral y contraria a las buenas costumbres. En forma casi unánime se indican los peligros que encierra su aceptación; así, la perenne inestabilidad a que queda sujeta la vida en común, desde que la continuidad de la unión queda entregada a la voluntad de los concubinos, lo que constituye una libertad sin límites que atenta contra la seguridad de la mujer y de los hijos que pueden quedar abandonados en cualquier instante, tanto material como moralmente, por el que, en casi todos los casos, es su único sostén; se agrega que es contrario al interés del Estado, ya que, por último, esta carga va a pesar sobre él. Más aún, desde un punto de vista ético y psicológico, la mujer y los hijos aparecen rebajados ante los ojos de la sociedad (9).

Con todo, cabe advertir que en nuestros días la realidad del concubinato es un hecho indiscutible y que, al margen de la orientación doctrinal recién expuesta, su aparición en el campo jurídico es de una frecuencia que ni sus más decididos detractores pueden desconocer. No otra razón puede justificar el pensamiento de Paul Esmein quien, en el año 1935, se preguntaba si no habría lugar desde el punto de vista legislativo para instituir en Francia, al lado del matrimonio del Código Civil, un matrimonio de segundo orden (10).

(9) Algunos autores concluyen en que el concubinato en su desarrollo ha determinado una disminución de la natalidad; véanse: los profesores **Mazeaud**: op. citada, página 52; **Planiol y Ripert**: op. citada, N° 71; **Julliot de la Morandière**: "Derecho Civil según el Tratado de Derecho Civil de A. Colin y H. Capitant", Tomo I, Cuarta Edición, 1965, página 427.

Los profesores **Marty y Raynaud** (op. citada, N° 371) enfocan otro aspecto negativo del concubinato: a su juicio, su advenimiento a la vida jurídica sería una verdadera injuria para la familia propiamente tal, es decir, la legítima.

(10) **Esmein, Paul** en: "Le problème de l'union libre", trabajo publicado en "Revue Trimestrielle de Droit Civil", N° 4 (Octubre-Diciembre de 1935), París, página 750.

Por su parte, el decano **R. Savatier**, en "Le Droit, l'Amour et la Liberté" (París, 1963, página 157), afirma que un Derecho realista no puede adoptar como regla la de ignorar el concubinato.

Incluso tratadistas contrarios al concubinato —**Marty y Raynaud**:

2.—EL CONCUBINATO ANTE LA LEGISLACION COMPARADA

A.—Países en que el concubinato no ha sido reglamentado por la ley.—La mayoría de los países no se han preocupado del reconocimiento legal de las uniones de hecho, se las ignora en el texto positivo; posición con la que se ha creído desalentar al concubinato. En estos países sólo se ha considerado al concubinato en las relaciones de los concubinos con sus hijos, permitiendo a estos últimos invocarlo como causal específica de filiación natural o, en otras situaciones, como causal para pedir alimentos al padre ilegítimo (11).

Las características del concubinato en estos países son las siguientes (12):

op. citada, N° 371; Ripert-Boulanger: op. citada, N° 1126— no dejan de observar que la falta de un estatuto jurídico, así no sea para limitarlo, no ha sido una actitud hábil de la legislación civil.

(11) Consideran al concubinato como causal de filiación natural los siguientes países: Francia (artículo 340 N° 4 del Código Civil); Italia (artículo 269 N° 1 del Código Civil); Portugal (artículo 34 N° 5 del Decreto-Ley de 1910); Luxemburgo (artículo 340 N° 4 del Código Civil); Hungría (artículo 38 letra a) de Ley de Matrimonio y de la Familia de 1952); Brasil (artículo 363 N° 2 del Código Civil); Ecuador (artículo 300 N° 4 del Código Civil); República Dominicana (artículo 7 N° 3 de la Ley N° 985 del año 1945); Costa Rica (artículo 124 N° 3 Ley de 1952); Colombia (artículo 4 N° 4 de la Ley N° 45 de 1936); Uruguay (artículo 241 N° 4 del Código Civil); El Salvador (artículo 283 N° 5 del Código Civil); Perú (artículo 381 N° 4 del Código Civil); Puerto Rico (artículo 125 N° 3 del Código Civil); México (artículo 382 N° 4 del Código Civil).

Como causal para solicitar alimentos: Bélgica y Chile.

Sobre esta materia puede verse: "Investigación de la Paternidad Ilegítima", trabajo realizado por el Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, publicado por el Departamento de Divulgación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de dicha Universidad (Publicación N° 3, Concepción, Chile, 1967).

(12) Algunos países, como son los casos de España y Argentina, desconocen en forma absoluta al concubinato y ni siquiera lo consideran en los efectos jurídicos de que se ha venido hablando. No obstante, puede anotarse la opinión de Federico Puig Peña, quien señala que no es partidario de la abstención del legislador y que la orientación legislativa en esta materia no debe desconocer su existencia sino que procurar evitarla ("Tratado de Derecho Civil Español", Tomo II, Volumen I, Madrid, 1953, página 41).

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONCUBINATO

11

a) La ley desconoce el concubinato en sí mismo, pero le atribuye efectos jurídicos en materia de filiación y como título para pedir alimentos;

b) El concubinato no produce, en principio, efectos de carácter civil entre los concubinos: no hay ninguna obligación alimentaria entre ellos, no crea ninguna comunidad de bienes, ni determina derechos sucesorios; tampoco engendra los deberes de socorro, ni de fidelidad ni de asistencia, y

c) Desde el punto de vista penal, no es sancionado por la ley sino cuando la relación es adulterina.

La doctrina ha reconocido que la ignorancia sistemática del legislador con respecto a las uniones extramatrimoniales no ha dado los resultados que se pretendieron. Tal es así, que los tribunales han debido resolver cada vez un mayor número de casos entregados a su decisión; esta circunstancia, en concepto de Esmein, ha obligado a la jurisprudencia a asumir el papel del legislador, reglamentando las relaciones entre los concubinos (13).

B.—Países socialistas.—Lo que se ha escrito sobre la aceptación del "amor libre" en estos regímenes pudiera dar margen a imaginarse una actitud favorable del Derecho Socialista hacia las uniones de hecho. La verdad es que las nuevas normas del Derecho de Familia socialista parten, justamente, de un reconocimiento expreso del matrimonio de derecho como la base de la sociedad socialista; las modernas leyes proclaman que es deber del Estado proteger al matrimonio porque es el fundamento legal de la familia y, concretamente, no se refieren a las uniones de

(13) Esmein, P.: en trabajo citado, páginas 782 y 783. Este autor agrega, comentando la situación en su país, que a los tribunales no les está vedado reconocer otras relaciones que no provengan del matrimonio, ya que el silencio de la ley escrita no significa que el legislador no haya querido proteger otros intereses que no se mencionaran expresamente en su texto.

Sobre la conveniencia de introducir una reglamentación del concubinato, véase lo dicho en las citas 10 y 12. El profesor Carbonnier prefería, antes de introducir una reglamentación, aislar, en la observación, los diferentes tipos sociológicos de la unión libre (op. citada, N° 146).

hecho (14); se debe, sí, anotar que en el articulado de sus textos se establece la absoluta igualdad entre los hijos matrimoniales y los nacidos fuera de éste (15).

C.—Países latinoamericanos.—Diversos factores han determinado que sean estos países los que con mayor intensidad se hayan preocupado de legislar sobre el concubinato (16). Parece

(14) Los modernos Códigos de la Familia dictados para Checoslovaquia (1951), Bulgaria (1955), Yugoslavia (1963), Polonia (1964), Albania (1965) y República Democrática de Alemania (1965), no mencionan al concubinato; en cambio, reglamentan y definen un matrimonio a semejanza de las legislaciones romanistas (véase, por ejemplo, el artículo 5º de la ley alemana). Excepcionalmente, el Código Húngaro de la Familia (1957) reconoce expresamente al concubinato como causal de investigación de la paternidad.

Rusia presenta una situación que es demostrativa de la posición del Derecho Socialista en esta materia. Durante la vigencia del Código del Matrimonio, Familia y Tutela del año 1926, las uniones de hecho alcanzaron una total equivalencia con las matrimoniales. El nuevo Código de la Familia del año 1944 terminó con esta asimilación, reconociendo sólo al matrimonio de derecho todas las prerrogativas y beneficios que otorga la ley. Sobre esto puede verse: **René David y John Hazard**: "El Derecho Soviético", Tomo II, Buenos Aires, año 1964, páginas 337 a 374; **A. Quintano Ripollés**: artículo "El Derecho Ruso-Soviético de Familia de trasguerra", publicado en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Nº 405 (Diciembre de 1950), páginas 963 a 973.

(15) El principio de la igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales no es un privilegio exclusivo del Derecho Socialista ya que también lo han recogido otros países, muy en especial, varios países de América Latina. Sobre este punto, véase el cuadro comparativo de la familia ilegítima que aparece al final del trabajo "Investigación de la Paternidad Ilegítima", mencionado en la cita 11.

(16) Las Constituciones de varios países latinoamericanos expresan el reconocimiento legal del concubinato: son los casos de Bolivia (1938, artículo 133, inciso 2; aunque **Carlos Terrazas Torres**: "Código Civil de Bolivia. Estudio Preliminar", año 1959, página 14, señala que esta norma se mantiene como una disposición programática por no haberse dictado la ley reglamentaria de la Constitución. Al respecto es interesante mencionar un anteproyecto de Código Boliviano de la Familia elaborado por **Hugo Sandoval Saavedra**, —Presidente de la Comisión de Reforma del Código Civil de ese país— en que propone la adopción de un cuerpo legal aparte para la regulación de las instituciones y relaciones familiares. En dicho anteproyecto dedica un capítulo completo al concubinato,

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONCUBINATO

13

que no han podido abstenerse frente al problema social que significan las uniones de hecho; los sociólogos señalan que la proliferación del concubinato en América Latina se ha debido, principalmente, a la existencia de vastas poblaciones, con crecido número de elementos indígenas y altos porcentajes de sectores rurales que viven en condiciones socio-económicas inferiores, con

bajo la denominación de "uniones conyugales libres", atribuyéndole efectos similares a los del matrimonio tanto en las relaciones personales como patrimoniales de los convivientes. Se incluye dentro de las uniones conyugales libres a las formas prematrimoniales indígenas, las uniones de hecho de los selvícolas y otras mantenidas en los centros urbanos, industriales o rurales. Véanse: "Anteproyecto de Código Boliviano de la Familia", publicado en Revista de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Técnica de Oruro, Oruro —Bolivia—, año IX, Tomo I, Octubre de 1967, páginas 45, 93 y siguientes; Panamá (1956, artículo 56); Honduras (1957, artículo 101); Guatemala (1956, artículo 89; además en 1947 se dictó una ley que en 35 artículos reglamenta minuciosamente todo lo relativo a las uniones de hecho, dándoles incluso efecto retroactivo a sus disposiciones por "razones de utilidad social"); Cuba (1959), en el artículo 43 faculta a los tribunales para decidir los casos en que las uniones que revistan ciertas características puedan ser asimiladas a las matrimoniales).

Los textos mencionados reconocen valor legal al concubinato y hacen derivar de éste efectos equivalentes a los que resultan del matrimonio, siempre que se ajuste a ciertas pautas generales:

- a) Que los concubinos tengan capacidad legal para contraer matrimonio;
- b) Convivencia que va desde los 2 a los 10 años o que existan hijos menores;
- c) Que no se trate de una relación que implique adulterio.

Dentro de este cuadro, todavía es posible citar el artículo 1.635 del Código Civil Mexicano (1928) que consagra en el Libro III —Sucesiones— un Título bajo el epígrafe "De la sucesión de la concubina"; en esta parte se regulan específicamente los derechos sucesorios de la conviviente, permitiéndole incluso concurrir con descendientes legítimos anteriores del causante.

Por último, el Código Civil de Venezuela (1942), en el artículo 765, establece una presunción legal de comunidad sobre los bienes adquiridos durante el concubinato, aun cuando estuvieren a nombre de uno solo de los convivientes.

niveles educacionales sumamente bajos y una deficiente organización del estado civil (17).

D.—Otros países que han legislado sobre el concubinato.— Aparte del continente latinoamericano conviene señalar otros textos legales en los que también se ha reglamentado el concubinato (18). Resulta novedoso observar la dirección que sigue la nueva Ley de Familia del Viet Nam del Sur en esta materia; se reconoce expresamente a las uniones de hecho, pero este reconocimiento legal tiene por finalidad poner término a la relación extramatrimonial (19). Este ordenamiento sigue la corriente doctrinal —Planiol y Ripert, Marty y Raynaud, los profesores Mazeaud, Puig Peña, Borda, entre otros—, que aboga por una legislación de combate hacia las uniones fuera del matrimonio.

3.—LA JURISPRUDENCIA FRANCESA

Los tribunales franceses han elaborado un conjunto de reglas para resolver la situación de los concubinos (20), las que

(17) **Carbonnier** (op. citada, Nº 146, página 472) se pregunta si el defectuoso funcionamiento de los Servicios del Registro Civil no ha contribuido al desarrollo del concubinato en América Latina.

(18) El Código Civil de Etiopía (1960) —cuya elaboración fue entregada a René David— reserva un Capítulo al concubinato. Los efectos que le atribuye son muy limitados: se establece la responsabilidad solidaria del hombre por los contratos celebrados por la conviviente para asegurar la alimentación de ésta y sus hijos y, en caso de ruptura de la unión por voluntad del varón, éste puede ser condenado al pago de una indemnización equivalente a 6 meses de alimentación y manutención.

(19) Esta ley (1959) prescribe que los que viven en concubinato pueden ser obligados: 1º A separarse dentro de un plazo de dos meses —si la concubina queda desprovista de recursos la ley le reconoce una indemnización con cargo al varón—, o bien, 2º A contraer matrimonio. El matrimonio también es obligatorio si los concubinos tienen capacidad para contraerlo y ha habido hijos de la convivencia (artículos 78 y 79).

La sanción en caso de negativa a poner término al concubinato o a contraer matrimonio es de carácter penal, y al efecto se consultan penas de multas y de prisión para los infractores.

Este ordenamiento se caracteriza por la introducción del Derecho Penal en materia de Derecho Familiar, la que se manifiesta, entre otros aspectos, por una verdadera represión penal hacia las uniones de hecho.

(20) Sobre este punto puede verse: **Ripert-Boulanger**: op. citada, Nºs 1.127 y siguientes; **Marty y Raynaud**: op. citada, Nºs 654 y siguientes;

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONCUBINATO

15

inciden en dos aspectos fundamentales: las relaciones de los concubinos entre sí (problema de las donaciones entre concubinos, indemnización en caso de abandono de la concubina y la liquidación de los intereses pecuniarios al término de la vida en común) y las relaciones de los concubinos con terceros (situación de terceros que pretendan invocar el concubinato en contra de uno de ellos, o de ambos, y situación de la mujer que haga valer el concubinato como título en contra de terceros en caso de fallecimiento del conviviente). Esta enumeración de materias justifica plenamente el rol que le atribuía Esmein a la jurisprudencia frente al silencio del texto legal.

Por nuestra parte, hemos estimado conveniente entregar una somera exposición de los principales problemas abordados por los tribunales franceses.

A.—Relaciones de los concubinos entre sí.

1.—**Donaciones entre concubinos.**—Los tribunales franceses, para determinar la validez de este tipo de donaciones, se han orientado en el siguiente sentido:

a) El concubinato, en sí mismo, carece de valor jurídico y, por tanto, no constituye una incapacidad para disponer y para recibir;

b) Han aplicado la teoría de los móviles para apreciar la causa en esta clase de liberalidades.

Sobre estas premisas han concluido en la nulidad de las donaciones cuya causa impulsiva y determinante ha sido el establecimiento, la remuneración o la continuación de las relaciones extramatrimoniales; se ha estimado que en estos casos la causa es inmoral (21); en cambio, han estimado válidas aquellas que,

Carbonnier: op. citada, N° 147; los profesores **Mazeaud:** op. citada, páginas 66 a 72; **A. Rouast** en **Planiol y Ripert:** op. citada, N°s 73 y siguientes; **Julliot de la Morandière:** op. citada, N°s 748 y 749.

En especial, **Esmein:** trabajo citado, páginas 767 a 785; **R. Savatier:** op. citada, páginas 135 a 159; **Mazeaud-Tunc:** "Traité de la Responsabilité Civil Delictuelle et Contractuelle", Tomo I, París, 1965, Sexta Edición, N°s 278 y siguientes.

(21) En este sentido pueden verse, entre otras: París, 14 de Junio de 1955, *Juris Classeur Périodique*, 1956, II, 9.303, con nota **Rabut**; Civ., 14 de Octubre de 1940, *Dalloz Hebdomadaire*, 1940, 175.

fundadas en una idea de reparación, tenían por razón determinante el deseo de asegurar la subsistencia de la concubina después de la muerte del donante o de la ruptura del concubinato (22).

Por otro lado, la jurisprudencia francesa ha hecho extensiva la doctrina de las obligaciones naturales a estas liberalidades —en el concepto amplio que se le atribuye en Francia a esta categoría de obligaciones— argumentando que el concubino donante está cumpliendo voluntariamente un deber moral y de conciencia, en otros términos, está ejecutando una obligación natural preexistente (23).

2.—Indemnización en caso de abandono de la concubina.— Sobre la base de la teoría de las obligaciones naturales, en numerosos fallos, se ha admitido la posibilidad del resarcimiento a la mujer en caso de abandono por parte del conviviente. Se ha estimado lícito que el concubino se obligue a pagar una indemnización bajo la forma de un capital o de una renta periódica; del mismo modo, se ha resuelto que es válido el seguro de vida contraído en favor de la concubina (24).

(22) Véanse, entre otras: Nancy, 25 de Julio de 1951, *Sommaire*, 83; Cassation Civil, 16 de Octubre de 1956, *Dalloz-Sirey*, 1957, 43, con nota de **Montera**; Montpellier, 13 de Octubre de 1960, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1961, 348, con nota de **Savatier**.

(23) Entre otras, pueden anotarse: Cassation Civil, 6 de Octubre de 1959, *Juris Classeur Périodique*, 1959, II, 11.305; *Dalloz*, 1960, 515, con nota de **Malaurie** que hace uso de la idea de obligación natural.

A juicio del Decano **Savatier**, con la interpretación tan amplia que ha dado la jurisprudencia de su país al concepto de obligaciones naturales en esta materia, se hace casi innecesario examinar la validez de este tipo de liberalidades a la luz de las reglas formales que prescribe el Código Civil para las Donaciones (op. citada, página 143).

(24) Para algunos autores, el fundamento de la indemnización no reside en la "cesación del concubinato" o en "la circunstancia de haber quedado abandonada la mujer", sino que en razón de la seducción de que fue víctima ésta; se sostiene que el concubino responde de "esa culpa". Véanse: **Savatier**: op. citada, páginas 146, 147 y 148; **Carbonnier**: op. citada, página 475. El profesor **Savatier** compara esta situación con la del padre natural en la que, si se estima equitativo que éste indemnice a la madre

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONCUBINATO

17

3.—Liquidación de los intereses pecuniarios al término del concubinato.—En la unión de hecho no hay matrimonio y en consecuencia no hay régimen matrimonial; no obstante, ha existido vida en común que normalmente se ha prolongado por cierto tiempo y en la que, seguramente, se han confundido las economías privadas de los concubinos; en otras palabras, los hechos los han llevado a mezclar sus intereses pecuniarios y, por lo tanto, al término de la convivencia será necesario determinar la suerte de los bienes que se hubieren generado durante el concubinato.

En ausencia de un régimen legal que regule esta situación, la jurisprudencia se ha dirigido hacia las sociedades, admitiendo a veces la existencia de una asociación en participación, y más a menudo, la de una sociedad de hecho (25). También se ha fallado, sobre el principio del enriquecimiento sin causa, que aquel de los concubinos que ha trabajado para el otro puede tener derecho a remuneraciones.

B.—Las relaciones de los concubinos con terceros.

4.—Los terceros pueden tener interés en invocar el concubinato para dirigirse en contra de los concubinos.—Puede suceder que los concubinos se hagan pasar por marido y mujer frente a terceros. Los tribunales franceses —fundados en la teoría de la apariencia y siempre que se trate de terceros de buena fe— han admitido la responsabilidad solidaria de éstos por los actos que hubieren producido consecuencias dañosas. En este último tiempo, la jurisprudencia francesa ha tendido, en este aspecto, a asi-

soltera, la causa se encuentra en su paternidad y no en el hecho de que no quiera seguir viviendo con ella.

Más aún, Savatier critica abiertamente algunas sentencias en que los tribunales han dado un carácter resciliatorio a la indemnización, lo que, en su opinión, le estaría dando al concubinato un carácter contractual al que no se podría poner término sin el pago de la correspondiente indemnización. Misma cita anterior.

(25) Aunque la tendencia actual se muestra exigente respecto de la aplicación de la idea de la sociedad de hecho o asociación en participación. Véase, Marty y Raynaud: op. citada, N° 369, página 415, y las referencias de jurisprudencia allí citadas.

milar a la mujer a la "persona de la casa" de que habla el artículo 1.735 del Código Civil de ese país (26).

5.—Situación de la mujer que hace valer el concubinato como título en contra de terceros en caso de fallecimiento del concubino—Se trata de determinar si la mujer podrá accionar en contra de terceros responsables del fallecimiento del concubino. Hasta el año 1937, la jurisprudencia había aceptado tal posibilidad, sosteniendo que todo hecho del hombre que causare daño a otro era susceptible de reparación, sin que fuera necesario entrar a discernir sobre la naturaleza del lazo que debiera unir, en caso de fallecimiento, a la víctima con aquel de los causahabientes que tuvieran derecho a la indemnización. Siguiendo esta orientación se accedía a las demandas de las concubinas y se evitaba que los terceros se exceptionaran alegando la "ilegalidad" o "alegalidad" del concubinato.

El criterio varió a partir del año 1937, en que la Corte de Casación por medio de una sentencia de principios (27 de Julio de 1937), por primera vez, rechazó la acción intentada por una concubina, expresando que "el demandante de una indemnización delictual o cuasidelictual debía justificar no un daño cualquiera sino que la lesión cierta de un interés legítimo, jurídicamente protegido". Esta fórmula representa la actual posición de la jurisprudencia en este país y que hemos visto repetir en un fallo reciente (27).

(26) Véase referencia de sentencias citadas en **Marty y Raynaud**: op. citada, N° 369.

(27) A objeto de poner de relieve la rigurosidad de la jurisprudencia en esta materia, diremos que en este fallo —que reproduce casi textualmente el principio sentado por la sentencia del año 1937— no se dio lugar a la demanda de la mujer, a pesar de que se comprobó el fallecimiento accidental del conviviente por obra de un tercero, que se trataba de un concubinato que había durado más de 15 años, que a la mujer la afectaba una ceguera total y que de la vida en común habían nacido 5 hijos que quedaban a su cargo. Cassation Civil, 13 de Septiembre de 1967, Dalloz-Sirey, 1967, 496.

Sobre este aspecto, véanse las sentencias y la evolución jurisprudencial que aparecen en **Mazeaud-Tunc**: op. citada, N°s 283 y siguientes.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONCUBINATO

19

Se dice que la concubina carece de un "interés legítimo" ya que su situación, por definición, es ilegítima o extralegal, y mal podría entonces invocar un atentado a un hecho que si no es castigado en todos los casos por la ley penal es, al menos, contrario a las reglas fundamentales que gobiernan la organización de la familia. Se agrega que la misma concubina es la que se ha puesto en una situación extralegal, mientras que la ley le ofrecía la posibilidad de que hubiese podido estar protegida; de este modo, se le podría objetar con el adagio "*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*".

Este interés legítimo debe estar "jurídicamente protegido", con lo que se ha querido decir que el concubinato no le ha otorgado ningún derecho en contra del concubino y que en consecuencia tampoco podría darle derechos en contra de terceros (28).

Además, se ha exigido una "lesión cierta". Este requisito de la "certidumbre del daño" ha alejado todavía más las posibilidades de obtener de la concubina; en efecto, si ni siquiera tenía respecto del concubino un título de alimentos, y, aunque este último efectivamente la hubiere socorrido en su subsistencia como mujer por su marido, nadie podría garantizar o asegurar que si hubiere seguido viviendo la habría continuado ayudando. Se concluye entonces en que no habría un daño cierto que indemnizar.

Estas condiciones establecidas por la jurisprudencia, vale decir, el interés legítimo, jurídicamente protegido y la certidumbre del daño han determinado el rechazo uniforme y reiterado de las acciones intentadas por las convivientes en casos de accidentes mortales del varón. Una evolución similar se advierte en la jurisprudencia administrativa de este país.

(28) En Mazeaud-Tunc (op. citada, Nº 284) se critica la exigencia jurisprudencial de este requisito. Se considera que es innecesaria y que basta con la concurrencia de la falta de "interés legítimo" y de una "lesión cierta" para desechar las pretensiones de la conviviente.

SEGUNDA PARTE

EL CONCUBINATO EN EL DERECHO CHILENO

4.—LA ACTITUD DE LA LEY CHILENA

El legislador nacional, siguiendo la inspiración francesa, pasó en silencio la figura del concubinato, no la aceptó ni la prohibió, mas es indudable que ninguna autoridad podría impedir la vida en común de dos personas que no estuvieran ligadas por vínculo matrimonial.

Con la dictación de la Ley 10.271, de 2 de Abril de 1952, que introdujo varias reformas en materia de familia, el "concubinato notorio de los padres" pasó a ser una causal de investigación de la paternidad (29) (artículo 280 N° 3 del Código Civil); norma limitada en su alcance ya que sirve para establecer judicialmente un estado de filiación ilegítima que sólo permite solicitar alimentos al padre ilegítimo.

La Ley sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, cuyo texto definitivo fue fijado por la Ley 14.908 de 5 de Octubre de 1962, señala otro efecto jurídico del concubinato. El artículo 18 de la citada ley dispone que "serán solidariamente responsables del pago de la obligación alimenticia quien "viviere en concubinato" con el padre, madre o cónyuge alimentante...". Puede advertirse que se trata de un caso de solidaridad

(29) En sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción (Revista de Derecho y Jurisprudencia —en adelante R.D.J.—, Tomo LX, año 1963, Sección 1ª, página 125) se dijo que concubinato notorio significaba que "la unión ha debido ser pública, a la vista de todos y sin ocultación de nadie" (considerando 8º).

El mismo considerando se encargó de definir el concubinato como aquel "en que la madre y el supuesto padre deben haber vivido como si fueran casados, en un hogar común, guardándose fidelidad y prestándose ayuda y socorros mutuos". La referencia del fallo a estos deberes, incide en el aspecto doctrinario del problema, por cuanto atribuye al concubinato —al menos en el terreno conceptual— ciertas características de las que podrían desprenderse efectos de carácter personal entre los convivientes,

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONCUBINATO

21

pasiva legal, cuya finalidad esencial es la de asegurar bajo todo respecto el cumplimiento de la obligación alimenticia (30).

Para algunos autores hay cierto matiz de diferencia entre las dos situaciones antes mencionadas y en que el legislador se ha referido al concubinato. Se dice que en el caso del artículo 280 N° 3 del Código Civil se requiere que el concubinato sea notorio y establecido en forma indubitante; en cambio, de acuerdo a la Ley sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias basta el mero concubinato —simple cohabitación— para que aparezca la responsabilidad solidaria que prevé la ley (31).

En el Código Penal el concubinato no es sancionado sino en el caso del marido que tiene manceba dentro de la casa conyugal o fuera de ella, con escándalo (artículo 381 del Código de Ramo). Se le conoce bajo el nombre de delito de amancebamiento y para que se tipifique la figura delictiva es necesario que el hecho trascienda, esté revestido de habitualidad, sea público y comentado desfavorablemente en el círculo de parientes y relaciones de familia.

Conviene señalar que, para la ley, son autores del delito de amancebamiento el varón casado y la que conviva con él; la mujer casada que incurra en una conducta delictual de esta naturaleza comete el delito de adulterio.

5.—LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Frente al silencio de los textos legales, la jurisprudencia ha debido reglamentar —aunque sólo en ciertos aspectos— aque-

(30) Se ha resuelto que la responsabilidad solidaria respecto de terceras personas que se encuentren en las situaciones de concubinato previstas por la ley sólo puede hacerse efectiva una vez que se haya decretado la pensión alimenticia por sentencia judicial ejecutoriada; así, por ejemplo, no sería posible dirigir derechamente una acción en contra de una persona que se le atribuye la condición de concubina, solicitando la fijación de una pensión de alimentos provisorios (R.D.J., Tomo LIX, año 1962, Sección 2ª, página 93).

(31) Somarriva Undurraga, Manuel: "Derecho de Familia", Santiago, Segunda Edición, año 1963, página 178.

llas situaciones de mayor frecuencia que se producen con ocasión de la convivencia fuera del matrimonio (32).

De los diversos fallos existentes en esta materia se pueden extraer los siguientes principios:

A.—El concubinato, en sí mismo, no produce efectos patrimoniales entre los concubinos.—El concubinato tiene plena eficacia como causal de investigación de la paternidad y, por sí solo, es capaz de producir los efectos jurídicos que indica la ley. La situación difiere cuando la jurisprudencia se ha referido a otras consecuencias que pudieran derivarse para los concubinos, especialmente en lo que toca a sus relaciones patrimoniales.

Los tribunales se han inclinado por la idea de la sociedad de hecho o de la comunidad para definir la situación de los bienes adquiridos durante la vida en común, pero se han cuidado de señalar expresamente que ello no es un efecto exclusivo del concubinato sino que es el resultado de la concurrencia de otros factores, como ser: el trabajo o la actividad de los convivientes y la adquisición de bienes con el producto de dicho trabajo; los aportes que se pueden haber efectuado, sea en bienes o servicios, etcétera (33).

B.—La situación de los bienes de los concubinos.—La tendencia generalizada de nuestra jurisprudencia ha sido la de asi-

(32) Los problemas dilucidados por los tribunales chilenos dicen relación tanto con los que provienen del llamado **concubinato directo**, esto es, la unión simple de hombre y mujer que hacen una vida en común sin estar sujetos por vínculo matrimonial, como con los que resultan del **concubinato indirecto o consecuencial**, efectos que se producen en matrimonios no reconocidos por la ley, como son los casos en que sólo existe matrimonio religioso o matrimonio civil nulo que no tenga el carácter de putativo.

(33) La Corte Suprema, en sentencia que aparece en R.D.J., Tomo L, año 1953, Sección 1ª, página 470, señaló que la existencia de la comunidad de bienes entre los concubinos **no emanaba del concubinato, ni de la circunstancia de haberse adquirido durante el lapso que hicieron vida marital**, sino del hecho de haberse acreditado que los bienes fueron adquiridos con el producto del trabajo realizado conjuntamente (considerando 10); la Corte de Apelaciones de Temuco (R.D.J., Tomo LVIII, año 1961, Sección 1ª, página 450) fue más allá todavía y dijo que "en el caso sub-lite,

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONCUBINATO

23

milar la situación patrimonial de los concubinos a la figura del cuasicontrato de comunidad, siéndole aplicable, en consecuencia, las disposiciones del Libro IV, Título XXXIV, Párrafo 3° del Código Civil (34).

Se ha decidido, además, que carece de trascendencia práctica dilucidar en derecho si el estado entre los concubinos representa una comunidad o bien una sociedad de hecho (35). Se argumenta que, en nuestro sistema, la sociedad de hecho se rige por las reglas del cuasicontrato de comunidad, de suerte que el derecho de los comuneros sobre la cosa común es el mismo que tienen los socios en la sociedad de hecho para pedir que se liqui-

la existencia de un concubinato que no se discute ni interesa para resolver las cuestiones que se plantean— lo que origina la comunidad...” (considerando 20).

En el mismo sentido puede interpretarse un fallo de la Corte Suprema (R.D.J., Tomo LX, año 1963, Sección 1ª, página 345), pronunciado a propósito de un juicio de comodato precario deducido en contra de una concubina. En dicho pleito, a pesar de que se comprobó **un concubinato de más de treinta años y que el bien raíz de que se trataba había sido obtenido con el producto del trabajo mancomunado de los convivientes**, se desechó la defensa de la concubina y se declaró que no se podía presumir que el bien raíz era común, por cuanto no se había accionado por la mujer para que en forma previa se declarara judicialmente una comunidad o sociedad de hecho sobre el inmueble a que se referían los autos.

(34) Véase: Corte de Apelaciones de Temuco (R.D.J., Tomo LVIII, año 1961, Sección 1ª, página 450), y citas de sentencias que aparecen en las notas 2 y 6 de la “Doctrina” de dicho fallo.

(35) Puede verse: Corte Suprema (R.D.J., Tomo LIV, año 1957, Sección 1ª, página 75, considerando 10); Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia indicada en la cita N° 34 (considerandos 16 y 17).

Sobre este punto es conveniente hacer la siguiente consideración: Jurídicamente no son análogos los conceptos de sociedad de hecho y comunidad; la primera se forma cuando de hecho existiere una sociedad que no pudiera subsistir legalmente ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno (artículo 2057 del Código Civil); en cambio, la figura del cuasicontrato de comunidad (artículo 2304 del Código Civil) puede revestir diversas formas según sea su origen y objeto, y, referirse ya sea a una cosa universal o singular.

Por otro lado, habrá ciertas ocasiones en que deberán precisarse los términos de sociedad de hecho y comunidad, particularmente, cuando la situación económica de los concubinos arroje un pasivo y existan terceros que pretendan hacer efectivas sus acreencias en dicho pasivo. En

den las operaciones anteriores y retirar sus aportes; en suma, se dice que en ambos casos las atribuciones legales son idénticas.

C.—Problema de los bienes raíces adquiridos durante el concubinato.—En los casos de existencia de bienes inmuebles adquiridos durante la vida en común y en que éstos aparezcan inscritos solamente a nombre del concubino, se ha rechazado la alegación de éste en cuanto ha pretendido dominio exclusivo sobre dichos bienes, amparado en las disposiciones de los artículos 686 y siguientes, 700 y 724 del Código Civil (36).

Los tribunales han estimado que esta categoría de bienes, aun cuando aparezcan a nombre del conviviente, fueron adquiri-

este evento tendrá importancia práctica la calificación jurídica de que venimos hablando; así, sabemos que, legalmente, por las deudas contraídas durante la comunidad sólo resulta obligado el comunero que las contrajo; diferente es el caso de la sociedad de hecho, en que los asociados tienen una responsabilidad solidaria por las deudas contraídas en nombre y en interés de la sociedad de hecho.

Se puede agregar todavía que nada obsta para que los concubinos pacten una sociedad de hecho o bien que ésta emane de una declaración judicial, ya sea a solicitud de alguno de ellos o a través de la acción de un tercero interesado en la constatación judicial de tal sociedad.

Reconocemos que no será fácil comprobar la concurrencia de los elementos esenciales para dar por establecida la sociedad de hecho —especialmente la *affectio societatis*—, pero en el terreno de los estrictos principios jurídicos es una situación perfectamente admisible.

A nuestro juicio, la orientación jurisprudencial en orden a enmarcar a los concubinos dentro del cuasicontrato de comunidad ha posibilitado el reconocimiento de los derechos de la mujer sobre los bienes adquiridos durante la vida en común y, por otro lado, ha servido para que los tribunales, en aquellos casos en que las convivientes han deducido sus pretensiones sobre bienes sin especificarlos, hayan desestimado las alegaciones de los demandados, quienes —apoyados en la regla del artículo 2056 del Código Civil que prohíbe toda sociedad a título universal— se han opuesto a las acciones de las demandantes.

(36) En este sentido véanse: Corte Suprema (R.D.J., Tomo L, año 1963, Sección 1ª, página 470); Corte de Apelaciones de Temuco, mencionada en la cita N° 34, y sentencias que aparecen citadas en la nota 4 de la "Doctrina" de dicho fallo.

A nuestro entender la teoría de la posesión inscrita no tiene aplicación en estos casos; no se pueden invocar las reglas de la inscripción —que la ley ha establecido con otros objetivos— al problema de hecho

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONCUBINATO **25**

dos para la comunidad formada por los concubinos; comunidad que tiene su origen en el trabajo mancomunado de ambos y en la circunstancia de haberse obtenido las cosas, precisamente, con el fruto de este trabajo común. La situación es más clara todavía en los casos en que la mujer hubiere aportado algo al comenzar la vida en común y que su producto, unido al trabajo, se hubiere invertido en la adquisición de inmuebles por parte del conviviente.

Se ha entendido que sobre estas adquisiciones se produce un verdadero condominio, situación que la ley civil no ha prohibido y que, por el contrario, acepta en su articulado (artículos 892, 1812 y 2417 del Código Civil).

D.—Remuneración de los servicios personales prestados por la concubina.—En aquellos casos en que la mujer no ha podido establecer judicialmente una comunidad o sociedad de hecho sobre los bienes adquiridos durante el concubinato, los tribunales han acogido la solicitud de la demandante en cuanto ha pedido que se le remuneren sus servicios personales. Se ha dicho que se ha configurado un cuasicontrato innominado, cuya existencia deriva del hecho voluntario de haberse aceptado por parte del concubino la prestación ininterrumpida de los servicios de la mujer y, como consecuencia de ello, nace la obligación de remu-

que se plantea entre los concubinos por la circunstancia de haberse adquirido e inscrito a nombre de uno de ellos, bienes raíces que, en realidad, pertenecían a la comunidad.

Por lo demás, no siempre el poseedor inscrito es el dueño exclusivo de los inmuebles que aparezcan a su nombre. La ley reconoce algunas excepciones: a la disolución de la sociedad conyugal, la mujer participa de los bienes raíces adquiridos durante la vigencia de ésta, aun cuando estén a nombre del marido, hubieren sido administrados por él y respecto de los cuales figure como poseedor y dueño ante terceros; situación análoga es la que se produce con la sociedad de hecho que se forma a la declaración de nulidad del matrimonio; se puede citar también el caso del mandatario que, de acuerdo a las instrucciones de su mandante, adquiere un inmueble a nombre propio (artículo 2151 del Código Civil).

Se puede inferir, entonces, que la ley admite la posibilidad que el adquirente a nombre propio también lo esté haciendo para un tercero, con lo que tendrían un justificado asidero los derechos de la mujer a los bienes raíces adquiridos en la forma que venimos comentando.

nerar tales servicios. Como el hecho es lícito y no convencional, constituye un cuasicontrato (37).

E.—Comentario sobre la jurisprudencia de nuestro país.— Las soluciones entregadas por los tribunales, apoyadas en los principios generales del Derecho Civil, han desempeñado un rol importante en la complementación de la ley escrita. Sus decisiones han contribuido con un aporte significativo en esta materia; sin embargo, estimamos pertinente hacer las siguientes digresiones:

1º) La licitud o ilicitud de las relaciones entre los concubinos.—La convivencia por períodos prolongados ha sido un antecedente de importancia que han tenido presente los tribunales para desprender ciertos efectos jurídicos al término del concubinato, más, sin caer en el error de ser demasiado simplistas, se puede comprobar que la jurisprudencia no se ha detenido a examinar concretamente la cuestión de la licitud o de la ilicitud de las relaciones concubinarias (38).

(37) Véase: Corte Suprema, R.D.J., Tomo XIX, año 1922, Sección 1ª, página 256. Esta sentencia se refiere a un concubinato que había durado casi 20 años. A su término, la mujer demandó al concubino para que se declarara una comunidad o sociedad de hecho sobre los bienes existentes y, subsidiariamente, que se le remuneraran los servicios personales prestados durante todo ese tiempo; servicios que consistían, fundamentalmente, en el cuidado del demandado y de sus hijos.

(38) Nuestra Corte Suprema, en sentencia que aparece en la Gaceta de los Tribunales, año 1900, Fallo N° 6035, página 511, para no desmejorar la condición de la mujer, ha dicho que en la conducta de los que viven fuera de matrimonio se produce una especie de "compensación de culpas", de manera que el conviviente no podía aislarse en la ilicitud de las relaciones concubinarias para desconocer la acción intentada en su contra (considerando 5º).

Excepcionalmente, en un voto disidente que contiene la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco señalada en la cita N° 34, que estuvo por no dar lugar a la acción deducida por la conviviente para que se declarara una comunidad o sociedad de hecho, se calificó al concubinato como una "unión ilícita" o "dañada unión" (Voto disidente del Ministro de dicha Corte, don Eleazar Carrasco Álvarez).

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONCUBINATO

27

Es probable que la tendencia de la jurisprudencia en orden a otorgar al concubinato la fisonomía de un simple hecho (39) —sin discurrir sobre la licitud o ilicitud del mismo— se haya debido al carácter temporal o transitorio que se le atribuye a esta forma de vida en común. Esta posición de los tribunales revela una actitud de cautela frente al problema, ya que no se puede desconocer que, entrar a decidir sobre este aspecto, puede conducir a la consagración jurídica definitiva de la figura; en otros términos, llevar a un reconocimiento jurisprudencial organizado de las uniones de hecho.

El silencio en esta materia requiere de una aclaración no sólo en la decisión judicial sino que del propio legislador. Los problemas fundamentales que plantea el concubinato se entroncan con la consideración que se tenga al respecto; y tal es así, que, de aceptarse la licitud de las relaciones entre concubinos, sería admisible sostener que al concubinato en sí mismo se le podría caracterizar jurídicamente como un cuasicontrato innominado, de acuerdo a las disposiciones de los artículos 2284 y siguientes del Código Civil que exigen la concurrencia de un hecho voluntario, lícito y no convencional.

2º) Sector restringido que abarcan las decisiones de los tribunales.—Se puede constatar que la jurisprudencia se ha avocado, casi exclusivamente, al problema de la liquidación de los intereses pecuniarios a la finalización de la vida en común, dejando de lado todas las demás situaciones que se originan a propó-

(39) El concubinato es un hecho y como tal debe probarse en juicio por la parte que alega esa situación; no hay a su respecto limitación de orden probatorio y, en consecuencia, puede establecerse recurriendo a todos los medios de prueba que admite la ley. Véanse: Corte Suprema, sentencia indicada en la cita N° 35 (considerando 7º); Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia indicada en la cita N° 34 (considerando 13) y fallos que aparecen citados en las notas 3 y 5 de la "Doctrina" de dicha sentencia.

Nuestros tribunales han sido exigentes en lo relativo a la comprobación del concubinato; así, en fallo que aparece publicado en R.D.J., Tomo LVII, año 1960, sección 1ª, página 164, se resolvió que con la sola circunstancia de probarse por testigos la cohabitación no podía darse por establecido el hecho del concubinato.

sito de las uniones de hecho y que han merecido la atención preferente de la jurisprudencia de otros países, como es el caso de Francia.

Entendemos que ello se ha debido —entre otros factores— a lo que comentábamos recién, esto es, a la falta de una definición acerca de la licitud de las relaciones dentro del concubinato y sobre su naturaleza jurídica. Los tribunales han visto limitado su campo de acción y, hasta cierto punto, impedidos para pronunciarse sobre otras cuestiones relacionadas con la materia, como ser las relativas a indemnización en caso de accidente mortal del concubino, indemnización en caso de ruptura, etcétera.

6.—LA LEGISLACION ESPECIAL

Al lado de la actitud reticente del ordenamiento civil y de la jurisprudencia nacional, diversas leyes especiales han reconocido amplios efectos al concubinato. Se trata de disposiciones relacionadas con la seguridad social a través de las cuales el legislador entrega una serie de prestaciones a la concubina, equiparándola, para su otorgamiento, a la condición de mujer legítima.

En general, se puede decir que estas normas se caracterizan por una tendencia de protección económica hacia aquella concubina que ha convivido y dependido en forma casi permanente del concubino, y que, al desaparecimiento de este último, queda a cargo de descendientes naturales habidos durante la convivencia (40).

(40) En el **Seguro Social Obrero** se reconoce a la concubina el derecho a percibir la cuota mortuoria que procede al fallecimiento del asegurado. Véase artículo 40 de la Ley 10.383 (30 de Julio de 1952) en relación con el artículo 98 letra e) del Reglamento Orgánico de dicha ley (7 de Noviembre de 1956).

Hasta la dictación de la Ley 15.386 de 11 de Diciembre de 1963 (Ley de Revalorización de Pensiones), las pensiones de viudez sólo se otorgaban a las mujeres legítimas de los imponentes; la razón era obvia: el estado civil de viuda sólo puede tener como antecedente a un matrimonio civil válido. La citada ley introduce una notable excepción al respecto al incorporar, en su artículo 24, a la conviviente a la categoría de beneficiaria de pensión de viudez, acordándole una pensión equivalente al 60% de la que le habría correspondido si hubiere tenido la calidad de cónyuge sobreviviente, siempre que: a) hubiere estado viviendo a expensas del

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONCUBINATO

29

7.—CONSIDERACIONES FINALES

— La doctrina se muestra contraria a las uniones de hecho. En lo esencial, se les objeta por su carácter temporal e inestable si se les compara con el matrimonio, que es una institución proyectada hacia el futuro.

— La realidad social (41) —especialmente en América Latina— demuestra que el concubinato es un fenómeno cuya existencia es imposible negar.

— El legislador y la jurisprudencia no han podido desentenderse de esta realidad y, bajo ciertas circunstancias, le han reconocido efectos jurídicos.

— Dejar entregada la solución de los múltiples problemas que plantea el concubinato a la decisión de los tribunales no

asegurado, y b) existieren hijos naturales, reconocidos por el causante a lo menos con tres años de anterioridad a su muerte o en la inscripción de nacimiento.

Se debe hacer presente la enorme trascendencia social de esta norma, por cuanto la Ley 15.386 fue dictada con el objeto de establecer un régimen general para evitar el deterioro de toda clase de pensiones que otorgan los distintos institutos previsionales.

El mismo criterio sigue la Ley N° 16.774 de 1° de Febrero de 1968, que estableció el seguro obligatorio contra **Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales**. El artículo 45 de la citada ley prescribe que, en caso de fallecimiento del afiliado, la conviviente tendrá derecho a una **pensión de supervivencia** equivalente al 30% de la pensión básica que habría correspondido a la víctima si hubiere sido inválido total o de la pensión básica que percibiere al momento de la muerte. Al igual que en el caso anterior, se requiere la existencia de hijos naturales reconocidos con anterioridad a la fecha del accidente o del diagnóstico de la enfermedad y que la mujer hubiere estado viviendo a expensas del causante hasta el momento de su muerte.

Para comprender la proyección social de esta ley basta constatar el grupo de personas protegidas que se indican en el párrafo 2° de su texto (artículos 2, 3 y 4), en el que se comprenden prácticamente todas las fuerzas laborales de nuestro país.

(41) El último censo de población en Chile determinó que sobre un total de 2.227.905 personas casadas había 148.827 que vivían en concubinato, correspondiendo, dentro de éste último guarismo, el más alto índice al sector rural. Estas cifras arrojan un porcentaje del 6 al 7% de personas que conviven de hecho, en relación a las que viven unidas por matrimonio (Censo del año 1960, publicación oficial de la Dirección de Estadísticas y Censos, Santiago, 1964).

parece ser lo más adecuado. Hay muchas situaciones que, a pesar de la justicia que involucran, resulta imposible resolver a través de la aplicación de los principios generales del Derecho Civil.

— Se puede afirmar que, de acuerdo a lo expuesto en este trabajo, la tendencia de la legislación universal es ir, cada vez más, ampliando la reglamentación de las uniones de hecho.

— En nuestro sistema hay una desinteligencia notable entre el esquema de nuestra legislación civil —magro en consecuencias jurídicas respecto del concubinato— y el que ofrecen las leyes especiales —que incluyen un reconocimiento de importantes efectos jurídicos a las uniones de hecho—.

— Por otro lado, la puesta en vigencia de estos textos legales especiales —que afectan a grupos sociales numerosos de nuestra sociedad— no es la más recomendable, ya que, junto con no obedecer a una buena técnica legislativa, están creando una serie de disposiciones al margen del ordenamiento civil fundamental.

— Más aún, la forma en que se ha legislado sobre las uniones extramatrimoniales en nuestro país merece la siguiente observación: nos muestra un conjunto de leyes desordenadas, sin cohesión y que, muchas veces, son discriminatorias, desde que, por no existir un estatuto uniforme del concubinato, no se acuerda un tratamiento similar para situaciones que presentan las mismas características. Esta es una verdad indiscutible, al menos, en la realidad legislativa de la Previsión Social chilena.

— Estas consideraciones demuestran la necesidad de propender a la reglamentación del concubinato. Este ordenamiento deberá estar inspirado en la idea de que no tiene por objeto el establecimiento de otra especie de matrimonio ni que se crea un nuevo estado civil —como ha acontecido en algunos textos latinoamericanos—, sino que está destinado a dar una solución en derecho a un problema social existente.

— Un estatuto jurídico del concubinato deberá abarcar específicamente toda la situación patrimonial que se genera a consecuencia de la vida en común; por de pronto, la solución del Código Civil venezolano, de establecer una presunción legal de comunidad sobre los bienes, nos parece justa.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONCUBINATO

31

— Se debe hacer reserva que las normas del estatuto del concubinato no pueden ir en detrimento de la familia legítima de los concubinos, en forma tal que, en todo caso, se resguarden con preferencia los derechos de esa familia.

— Finalmente, en nuestra legislación, no divisamos la razón por la cual la reforma del Código Civil del año 1952 limitó los efectos jurídicos del concubinato solamente al establecimiento de la paternidad ilegítima. Pensamos que el “concubinato notorio” de que habla el artículo 280 Nº 3 de dicho cuerpo legal, es uno de los casos que, con mayor justicia, puede ser habilitante para establecer la filiación natural.