

Nºs 219-220  
Año LXXIV  
Enero-Junio, Julio-Diciembre 2006  
Fundada en 1933  
ISSN 0303-9986



# REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE  
CONCEPCIÓN<sup>MR</sup>

Facultad de  
Ciencias Jurídicas  
y Sociales

## ***DERECHO DE FAMILIA, CIENTO CINCUENTA AÑOS DESPUES***

RENE RAMOS PAZOS  
Profesor de Derecho Civil  
Universidad de Concepción

### ***1. INTRODUCCION***

Quiero hacer retroceder la máquina del tiempo para invitarlos a que imaginemos el Chile del año 1855, cuando se promulga el Código Civil. Visualizo en un Santiago primaveral a un individuo modesto, que hoy día clasificaríamos como de clase media, caminando lentamente a su casa, después de terminada su diaria jornada. Ese día y todos los días, su trabajo es más o menos el mismo, atender un pequeño negocio de provisiones que es la fuente de todos sus ingresos. El hombre va tranquilo y feliz porque sabe que en su casa lo espera su familia, formada por su mujer, sus hijos, su madre y el padre de su cónyuge. Cuando llega al hogar el día está muriendo y ya están encendidos los faroles de gas que arrojan una luz mortecina. Su casa, modesta como él, mitad adobe mitad madera. Su arribo es anunciado por un perro con un alegre ladrido y un movimiento de cola. Le salen a recibir tres pequeños. Antes de entrar, golpea el piso para eliminar el polvo con que las calles de tierra mancharon su calzado. Frente a sus hijos su mirada se ilumina. No tiene necesidad de preguntarles por la mamá, porque sabe que allí está, terminando sus quehaceres domésticos. También ha sido un día pesado para ella: coser, lavar, cocinar, preocuparse de los niños, atender a los viejos –su padre y la madre de su marido– en fin, una jornada agotadora. La familia se junta en la cocina, que hace las veces de comedor, y después de un rato en que marido y mujer se cuentan las experiencias del día, la familia se sienta a comer, alumbrados por la luz de un candil. Terminada la cena, cada uno a la cama para comenzar el día siguiente una nueva jornada que en muy poco se diferencia de la del día anterior.

En esa sociedad, marcadamente agrícola, cada cónyuge cumple roles claramente diferenciados. El marido es el jefe del hogar y el único proveedor de lo necesario para la subsistencia de la familia. Las preocupaciones de la mujer son su casa, atender al marido, preocuparse de sus padres, traer al mundo tantos hijos como Dios quiera darles, criarlos y educarlos. Actividad intelectual de ella ninguna, pues carece de la más elemental ilustración. Trabajo fuera del hogar: impensable, pues el trabajo doméstico le absorbe la vida. Además en ese mundo de necesidades elementales, la familia puede mantenerse con lo que gana el dueño de casa.

El concepto de familia del año 1855 era muy distinto al actual. Como señala Pedro Lira Urquieta, la familia de entonces era una auténtica sociedad heril, que se estructuraba en torno al padre de familia como amo y señor y que integraban no sólo los cónyuges y sus descendientes, sino también sus más allegados y servidores. Si se tiene esto presente se entiende la definición de familia que da el artículo 815 del Código Civil al tratar de los derechos de uso y habitación.

Poco más poco menos, ése era el Chile y ésa era la familia de mediados del siglo 19, cuando se promulgó el Código Civil.

## ***2. RASGOS DEL DERECHO DE FAMILIA EN EL CODIGO DE BELLO***

El Derecho de Familia regulado por Bello debe entenderse en el contexto que hemos señalado, esto es, considerando la sociedad chilena y el concepto de familia imperante en el Chile de esa época. Ello explica sus rasgos principales:

a) En materia de régimen matrimonial, se contempla uno sólo: la sociedad conyugal, que le da la administración de los bienes sociales y de los propios de la mujer, al marido, con facultades omnímodas, casi como las que tiene el dueño sobre los bienes de su propiedad;

b) La mujer ocupa un lugar secundario y está sometida a la voluntad del marido. Si está casada se le considera relativamente incapaz;

c) Respecto de los hijos menores, el padre (sólo al padre legítimo) tiene la patria potestad, que implica un conjunto de derechos sobre sus bienes: goce, administración y representación.

d) En materia de filiación, se distingue entre filiación legítima, natural y la simplemente ilegítima, protegiéndose fuertemente a la primera. El Código Civil no estableció la filiación adoptiva, omisión que sólo vino a salvarse el año 1934, con la Ley 5343 de 6 de octubre de ese año. Y esto último no deja de llamar la

atención siendo Bello un gran romanista y considerando el prestigio que la adopción tenía en Roma. Más sorprendente aún si se considera que la contemplaba (aunque en forma muy limitada) el Código de Napoleón y que en el Proyecto de García Goyena, que Bello tuvo a la vista en la última etapa de la elaboración del Código Civil, se establecía un título entero destinado a esta materia.

e) Finalmente, en lo relativo al matrimonio, se estableció el matrimonio monogámico e indisoluble, como aparece del artículo 102: “El matrimonio es un contrato por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”.

Veamos en seguida cada una de estas características, y cómo ha sido su evolución.

### ***3. SOCIEDAD CONYUGAL COMO UNICO REGIMEN MATRIMONIAL***

Esta situación se mantuvo inconvencible hasta que entró en vigencia la Ley 5521 de 19 de diciembre de 1934 que permitió a los esposos convenir en las capitulaciones matrimoniales el régimen de separación de bienes. Pasados algunos años, la Ley 7612 del 21 de octubre de 1943 complementa lo anterior al permitir a los que se hubieren casado en régimen de sociedad conyugal, sustituirlo por el de separación total de bienes. Tuvieron que pasar 51 años para que la Ley 19.335 del año 1994 introdujera un nuevo cambio en esta materia, al permitir el establecimiento del régimen de participación en los gananciales.

Con estos cambios, la sociedad conyugal, de régimen matrimonial único, pasó tener el carácter de régimen legal matrimonial, o sea, aquel que rige por el solo ministerio de la ley, para los matrimonios en que no se conviene alguno de los otros regímenes admitidos: separación total de bienes o participación en los gananciales.

Cabe agregar que el principio de la inmutabilidad del régimen matrimonial consignado en el inciso final del artículo 1716, principio absoluto a la fecha de entrada en vigencia del Código, con las innovaciones que se acaban de señalar, pasó a quedar fuertemente limitado, ya que el artículo 1723 primero autorizó cambiar la sociedad conyugal por la separación total de bienes y posteriormente, además, por el de participación en los gananciales. Este pacto del artículo 1723, que estábamos acostumbrados a llamar “pacto de separación de bienes”, ya no podemos denominarlo de ese modo porque con las modificaciones que le introdujo la Ley 19.335, aumentó notablemente su objeto, pasando a

transformarse en un “pacto de sustitución de régimen matrimonial”. En efecto, mediante él se permite pasar de sociedad conyugal a separación total de bienes; de sociedad conyugal a participación en los gananciales; de participación en los gananciales a separación total de bienes; y de separación total de bienes a participación en los gananciales. Incluso un sector de la doctrina acepta que quienes sustituyeron un régimen por otro puedan posteriormente volver a cambiarlo. La única limitación que tendrían es que no pueden regresar a la sociedad conyugal, porque eso lo prohíbe la misma norma.

En cuanto a la administración de la sociedad conyugal, el artículo 1749 del Código Civil nos dice que el marido es el jefe de la sociedad conyugal y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer. En una primera época, la administración del marido sobre los bienes sociales no tenía limitaciones, salvo que se probare una administración dolosa o gravemente negligente. La Ley 10.271 del año 1952 cambió este cuadro al establecer que el marido no podía gravar ni enajenar los bienes raíces sociales ni darlos en arrendamiento por más de 5 u 8 años, según fueran urbanos o rústicos, sin autorización de su mujer. Posteriormente la Ley 18.802 del año 1989 amplió estas limitaciones a una serie de otros actos (celebrar contratos de promesa sobre los mismos bienes, enajenar y gravar los derechos hereditarios de la mujer, disponer a título gratuito de cualquier bien social, otorgar avales u obligarse como codeudor solidario o subsidiario para garantizar obligaciones de terceros).

En relación con lo que estamos tratando debemos recordar que el Decreto Ley 328 del año 1925, modificado posteriormente por la Ley 5521 del año 1934, incorporó a nuestro ordenamiento positivo la institución de los bienes reservados de la mujer casada, que permitió a ésta administrar con amplias facultades, como separada de bienes, los que adquiriera con un trabajo independiente de su marido. Ninguna duda cabe que con la admisión de la institución de los bienes reservados se dio un gran paso en favor de la mujer casada, desde que quedó autorizada para ejercer un trabajo separado de su marido y hacerse dueña de lo que con ello adquiriera y de los frutos que estos bienes le produjeran, pudiendo administrarlos con absoluta libertad, como si estuviere separada de bienes.

#### ***4. INCAPACIDAD RELATIVA DE LA MUJER CASADA***

La mujer casada en régimen de sociedad conyugal era considerada relativamente incapaz y para actuar en la vida jurídica debía hacerlo representada



o autorizada por su cónyuge. Como tal, figuraba en el artículo 1447, junto a los menores adultos y a los disipadores bajo interdicción de administrar lo suyo.

Pero la mujer no sólo era relativamente incapaz. La situación para ella era más humillante, pues hasta el año 1989 el artículo 132 del Código Civil contemplaba la llamada "potestad marital", que se definía como el conjunto de derechos que las leyes concedían al marido sobre la persona y bienes de su mujer, lo que implicaba, aparte de la incapacidad relativa, entre otras cosas, que el marido fuere su representante legal (antiguo artículo 43); que tuviera el deber de obediencia al marido (antiguo artículo 131 inc. 2°); que tuviera la obligación de seguirlo a cualquier lugar donde fijare su residencia (antiguo artículo 133 inc. 1°); que tuviera como domicilio legal el de su marido (antiguo artículo 71); que el marido pudiera oponerse en ciertos casos a que la mujer realizare una actividad remunerada; que pudiera abrir y leer su correspondencia, etcétera.

Esta situación de *capitis diminutio* quedó corregida con la Ley 18.802 del año 1989, que le otorgó capacidad. Sin embargo, ella de poco le sirve desde que todavía es el marido quien administra los bienes sociales y los propios de la mujer.

##### **5. PATRIA POTESTAD, ATRIBUTO EXCLUSIVO DEL PADRE LEGÍTIMO**

Así lo estableció el Código Civil, en sus inicios. El Decreto Ley 328 de 1925 modificado por la Ley 5521 de 1934, cambió levemente esta situación al establecer que a falta del padre la patria potestad correspondía a la madre. Pero además esta institución era privativa de la filiación legítima. Los hijos naturales no estaban sujetos a ella, lo que traía entre otras consecuencias, que para actuar en la vida jurídica debían hacerlo a través de un tutor o curador, lo que significaba una serie de limitaciones en la administración de sus bienes como, por ejemplo, que para enajenar bienes raíces se requiriera autorización judicial y pública subasta.

Esta situación recién vino a cambiar el año 1999, con la entrada en vigencia de la Ley 19.585. A partir de ese momento la patria potestad dejó de ser un atributo exclusivo de los padres, pudiendo ser ejercida tanto por el padre como por la madre o por ambos en conjunto (art. 244 del Código Civil) y además, de ser una institución privativa de los hijos legítimos, pasó a aplicarse a todos los hijos, matrimoniales o no matrimoniales.

La Ley 19.585 resolvió la situación de aquellos menores que por tener la condición de hijos naturales estaban sujetos a guarda, estableciendo en su artículo

4º transitorio inciso 1º, que “la guarda a que estuviere sujeto el hijo natural expirará por la entrada en vigencia de esta ley, cuando de acuerdo con ella el hijo debiera estar sujeto a patria potestad. El respectivo padre o madre entrará de pleno derecho en el ejercicio de la patria potestad que le corresponde”.

## ***6. FILIACION MATRIMONIAL FUERTEMENTE PROTEGIDA***

En el Código Civil de Bello se contemplaban tres categorías de hijos: los legítimos que habían sido concebidos en el matrimonio de sus padres (dentro de este grupo estaban los legitimados, que eran aquéllos concebidos fuera de matrimonio, cuando posteriormente sus padres contraían nupcias entre sí); los naturales que eran los que el padre o la madre habían reconocido como sus hijos; y los simplemente ilegítimos, categoría ésta que admitía una subclasificación en hijo de dañado ayuntamiento (sacrílegos, adulterinos e incestuosos). Estos hijos de dañado ayuntamiento no podían ser reconocidos como hijos naturales y en el caso de los adulterinos tampoco podían ser legitimados por el matrimonio posterior de sus padres. La categoría de hijos de dañado ayuntamiento fue suprimida por la Ley 5750 de 2 de diciembre de 1935.

El reconocimiento de un hijo era un hecho voluntario del respectivo padre, que sólo creaba una vinculación entre quien reconocía y el hijo. Por eso se decía que el hijo natural no tenía abuelos. A partir de la entrada en vigencia de la Ley 10.271 (6 de junio de 1952) se admitió también la posibilidad del reconocimiento forzado.

Los derechos que el Código establecía para cada una de estas categorías eran, por cierto, diferentes. Quienes tenía todos los derechos eran los hijos legítimos (incluidos entre éstos los legitimados); los naturales tenían derechos de rango inferior a los legítimos; y los ilegítimos, únicamente podían aspirar a obtener una pensión de alimentos de su progenitor y sólo de alimentos necesarios, o sea, de los que bastaban para sustentar la vida, como los definía el antiguo artículo 323.

Me interesa destacar que los derechos que el Código establecía para los hijos naturales eran definitivamente de menor rango que los de los hijos legítimos. Un par de ejemplos basta para graficar esta situación. Si el padre natural que tenía descendencia legítima fallecía intestado, los hijos naturales no lo heredaban, pues el primer orden de sucesión intestada –antiguo artículo 988– lo integraban sólo los hijos legítimos y el cónyuge sobreviviente, pero este último sólo por su porción conyugal. Toda la herencia era para los legítimos y eventualmente para el cónyuge sobreviviente si este último carecía de bienes, pues si los tenía quedaba

privado de la llamada porción conyugal. Otro ejemplo: el derecho de representación sólo correspondía a la descendencia legítima, etcétera

Esta situación la suavizó la Ley 10.271 de 1952, al permitir que los hijos naturales concurrieran conjuntamente con los legítimos en la herencia de sus padres pero, en términos generales, sólo les confirió derechos hereditarios equivalentes a la mitad de los que correspondía a los hijos legítimos.

Recién el año 1999, la Ley 19.585 vino a establecer la igualdad de derechos para todos los hijos cuya filiación estuviere determinada. Y lo que es más importante, los hijos no matrimoniales –nótese que la denominación hijo natural desaparece– quedan incorporados a la familia del padre o madre que lo reconoce. El aforismo de que los hijos naturales carecían de abuelos queda definitivamente desterrado.

Por razones de tiempo no puedo entrar a un análisis de todas las reformas –que fueron muchas– que introdujo la Ley 19.985 en materia de filiación. Pero creo que cometería una gravísima omisión si no me detuviera un momento siquiera sobre un aspecto de ella que me parece relevante. Me refiero a que facilita investigación de la paternidad y maternidad, permitiendo su establecimiento mediante toda clase de pruebas. Entre éstas merecen especial mención las pruebas periciales de carácter biológico, particularmente el examen de A.D.N. Debo agregar que en los juicios de filiación se presentaba el problema de determinar los efectos que producía la negativa del supuesto padre o madre a practicarse este examen. El artículo 199 del Código Civil establecía que la negativa injustificada configuraba una presunción grave en su contra que el juez debía apreciar en los términos del artículo 426 del Código de Procedimiento Civil. Algunos profesores, como Hernán Corral Talciani y Eduardo Court Murasso, entendían que esa sola presunción no era suficiente para tener por acreditada la filiación, pues sostenían que la referencia al artículo 426 debía entenderse hecha al inciso 1° y no al inciso 2° de ese artículo. Nosotros pensábamos de manera distinta, y en el mismo sentido opinaba Paulina Veloso. A mi juicio, no resultaba admisible premiar a quien se negaba a colaborar con la justicia. La jurisprudencia absolutamente mayoritaria, favorecía nuestra interpretación. Pero, lo que estoy diciendo, ha pasado a ser historia, porque la Ley 20.030 publicada en el *Diario Oficial* del 5 de julio de 2005, resolvió el problema reemplazando el inciso 2° del artículo 199, por varios incisos uno de los cuales –el que pasó a ser cuarto– establece que “la negativa injustificada de una de las partes a practicarse el examen –se refiere a la pericia de carácter biológico– hará presumir legalmente la paternidad o maternidad, o la ausencia de ella, según corresponda”. Luego, con esta modificación la negativa



injustificada a practicarse el examen constituye una presunción que por sí sola es suficiente para tener por acreditada la filiación.

Otro problema que generó la Ley 19.585 que también es necesario tratarlo, fue la exigencia establecida en el artículo 196 del Código Civil, de que para poder dar curso a la demanda de reclamación de filiación, era necesario presentar antecedentes suficientes que hicieran plausibles los hechos en que ella se fundaba. Esta era la gran limitación que existía en los juicios de reclamación de filiación, pues en la mayoría de los casos no se contaban con esos "antecedentes suficientes". He oído que el 70% de las demandas de reconocimiento de paternidad no lograban buen éxito porque los actores no podían traspasar aquella valla. También esto ha pasado a ser historia, porque la misma Ley 20.030 eliminó esta exigencia al derogar el artículo 196 del Código Civil.

En alguna oportunidad sostuve y hoy con absoluta convicción lo reitero, que la Ley 19.585 representa la modificación más importante hecha al Código Civil. Sin exagerar podríamos decir que en materia de derecho de familia, y en especial de filiación, la Ley 19.585 constituye el muro divisorio entre *el mundo de ayer*, que, mirado con ojos actuales, vemos como absolutamente discriminatorio e injusto, con *el mundo de esta hora*, que al reconocer a todas los hijos los mismos derechos, cualquiera sea su origen, eleva el nivel ético de nuestra sociedad. Esto que actualmente vemos con absoluta claridad no siempre fue entendido del mismo modo y la reforma se obtuvo sólo después de una lucha que duró años. Cuesta imaginarse hoy que haya habido sectores importantes de nuestra sociedad que se opusieron violentamente a que se dictare esta ley, argumentando que poner en igualdad de condiciones a los hijos legítimos y naturales significaba poco menos que la demolición de la familia. Sólo han transcurrido 6 años y si yo pido hoy que levanten la mano quienes no están de acuerdo con este cambio, seguramente nadie lo hará.

## 7. MATRIMONIO RELIGIOSO E INDISOLUBLE

En este aspecto dejaré que el Mensaje del Código hable por mí: "Se conserva a la autoridad eclesiástica el derecho de decisión sobre la validez del matrimonio y se reconocen como impedimentos para contraerlo los que han sido declarados tales por la Iglesia Católica. El matrimonio que es válido a los ojos de la Iglesia, lo es también ante la ley civil, sin que por eso saliese de sus límites racionales el poder temporal cuando negase los efectos civiles a un matrimonio que le pareciese de perniciosas consecuencias sociales o domésticas, aunque la autoridad eclesiástica

hubiese tenido a bien permitirlo, por consideraciones de otro orden, relajando a su pesar las reglas ordinarias en circunstancias excepcionales". Como acota Pedro Lira, "es la doctrina que expuso el primitivo artículo 103. De manera que el matrimonio válido a los ojos de la autoridad eclesiástica lo era también ante la ley civil, si bien ésta se reservó el derecho de no admitir la dispensa del impedimento entre afines en línea recta (artículo 104). En cuanto a las solemnidades del matrimonio, era también la autoridad eclesiástica la encargada de velar por su cumplimiento. Pero Bello no descuidó la situación de los no católicos. Por ello, siguiendo los pasos de la Ley de Matrimonio de Disidentes de 1836, estableció en el artículo 118 que "los contrayentes de otra religión podrían casarse ante el competente sacerdote católico y dos testigos, pero sin cumplir con el rito ni con otras exigencias que las previas sobre impedimentos dirimentes y permiso de ascendientes. Al casarse sólo declaraban que su ánimo era contraer matrimonio o que se reconocían el uno al otro como marido y mujer" (Pedro Lira Urquieta. *El Código Civil chileno y su época*, Edit. Jurídica de Chile, 1956, página 64).

Luego a la fecha en que entró en vigencia el Código Civil el único matrimonio válido era el celebrado ante un ministro de la Iglesia Católica. Sólo el año 1885 se secularizó con la entrada en vigencia de las leyes de matrimonio civil y de registro civil.

En cuanto a la indisolubilidad matrimonial, ella no figuraba en el Código de Napoleón, pues las leyes revolucionarias habían impuesto el divorcio vincular. Sin embargo, cuando se elaboró nuestro Código Civil, el divorcio había sido borrado de las leyes francesas, por obra de la Restauración, y no volvería a aparecer sino muchos años más tarde por efecto de la Ley Nacquet, de 1884.

En Chile la indisolubilidad se mantuvo hasta el año 2004, en que entró en vigencia la Ley 19.947. Empero, es demasiado sabido que ello era más aparente que real, puesto que los cónyuges que no querían permanecer casados recurrían al expediente de las nulidades matrimoniales, fundadas en una presunta incompetencia del oficial del Registro Civil ante el cual se habían celebrado las nupcias. Era un procedimiento mentiroso, que se comenzó a usar alrededor de 1925, cuando se aceptó por nuestra Corte Suprema que mediante<sup>1</sup> una simple prueba de testigos se pudiera probar que al momento del matrimonio los cónyuges tenían un domicilio distinto a aquel que declararon al casarse y que le daba

<sup>1</sup> Una sentencia clásica en esta materia es la dictada por la Excma. Corte Suprema el 28 de marzo de 1932, causa "Sabioncello con Hausmann", *Rev. Der. y Jur.* T. 29, sec. 1ª, pág. 351, con comentario de Arturo Alessandri Rodríguez.

competencia al oficial civil autorizante. Un jurista alemán<sup>2</sup>, con indudable acierto, llamó a estos juicios de nulidad de matrimonio como “divorcio a la chilena”.

Puedo señalar que hubo muchos proyectos de divorcio que no llegaron a transformarse en ley, debido a la férrea oposición de un importante sector de la sociedad chilena y de la Iglesia Católica en particular.

Esta situación recién vino a ser corregida el año 2004 con la entrada en vigencia de la Ley 19.947 que reemplazó a la antigua ley de matrimonio civil de 1984, contemplando las siguientes novedades: 1. Introduce el divorcio vincular. 2. Crea un estado civil nuevo: el de separado judicialmente; 3. Da validez al matrimonio celebrado ante entidades religiosas de derecho público, siempre que se ratifique ante cualquier oficial del Registro Civil en el plazo de 8 días.

Debo agregar que pese a haberse establecido el divorcio vincular, se ha mantenido la clásica definición del matrimonio del artículo 102 del Código Civil. No se trata de una simple inadvertencia del legislador, sino que se quiso significar con ello que cuando las parejas se casan lo hacen para toda la vida, sin perjuicio de que posteriormente las cosas pudieran resultar de otro modo. Lo que estoy diciendo quedó expresamente consignado en la historia fidedigna de la Ley 19.947.

Respecto a la celebración del matrimonio creo necesario formular un pequeño comentario sobre lo que establece el artículo 20 de la actual Ley de Matrimonio Civil, Ley 19.947. En conformidad a esta norma “los matrimonios celebrados ante entidades religiosas que gocen de personalidad jurídica de derecho público producirán los mismos efectos que el matrimonio civil, siempre que cumplan con los requisitos contemplados en la ley, en especial lo prescrito en este capítulo, desde su inscripción ante un oficial del Registro Civil”.

El establecimiento de esta norma fue el precio que quienes bregaban por la aprobación del divorcio vincular tuvieron que pagar para lograr los votos necesarios para la aprobación de la ley. Sin embargo, el valor jurídico de este matrimonio celebrado ante la autoridad religiosa es bien relativo, pues para que adquiriera existencia para la ley civil es necesario que se ratifique personalmente por los interesados ante cualquier oficial del Registro Civil, en el plazo fatal de 8 días, siendo obligación de éste dar a conocer a los requirentes de la inscripción los derechos y deberes que corresponden a los cónyuges de acuerdo a la ley. Tan escasos son los efectos de este matrimonio que, según un sector mayoritario de la doctrina, la fecha del matrimonio no es la del día de la ceremonia religiosa, sino

<sup>2</sup> Jürgen Samtleben, *Eirtat und Scheitumg in nenen chilenischen*.

la del día en que se ratifica en el Registro Civil. Pero no sólo tiene este matrimonio celebrado ante las instituciones religiosas escasos efectos, sino que además crea problemas importantes, como resolver qué ocurre si antes de la ratificación fallece alguno de los contrayentes o cae en incapacidad o si cualquiera de ellos se niega a concurrir al Registro Civil a ratificarlo.

### ***8. EXPLICACION DE ALGUNOS CAMBIOS***

Hemos visto cómo ha ido variando el Derecho de Familia en estos 150 años. Ello es la consecuencia de los profundos cambios sociales y científicos experimentados por el mundo durante el siglo XX. Así, por ejemplo, como consecuencia de la Gran Guerra, las mujeres tuvieron que abandonar sus hogares para ir a trabajar a las fábricas para que pudieran funcionar mientras los hombres estaban en las trincheras. Y la mujer al tener un trabajo remunerado fuera del hogar, tomó conciencia de su valía y se dio cuenta que no necesitaba tener a un hombre al lado para enfrentar la vida. Y a partir de ese momento estudia, ingresa a las universidades, ocupa altos cargos, en fin, se produce el gran movimiento liberador de las mujeres, que naturalmente tenía que reflejarse en nuestros cuerpos legales. Sin duda que también contribuyó a esta dignificación de la mujer el que la ciencia le haya entregado los medios para regular su función reproductiva. Pero estos progresos tienen su precio, que, en este caso, ha sido el debilitamiento de la institución matrimonial y de la familia.

### ***9. DESAPARICION DE ALGUNAS VERDADES QUE SE TUVIERON POR ABSOLUTAS***

En Derecho de Familia existían verdades absolutas que, con los adelantos experimentados por la ciencia, han desaparecido o están camino de desaparecer, lo que en algún momento se tendrá que reflejar en nuestras leyes. Veamos algunos ejemplos.

Durante años se enseñó que la paternidad era siempre incierta. Con el descubrimiento de las propiedades del A.D.N.<sup>3</sup> ello ha dejado de ser así, y vemos cómo este hecho ha traído consecuencias insospechadas en materia de filiación, ya que en la práctica desaparece la posibilidad de que un padre pueda desconocer a un hijo.

<sup>3</sup> Acido desoxirribonucleico.



Y en cuanto a la maternidad siempre se estimó como un hecho cierto, bastando para su determinación probar la existencia del parto y la identidad del hijo. Con la fecundación *in vitro* y con la posibilidad de transferir óvulos y embriones, la situación cambia radicalmente pues hoy existe la posibilidad de que el hijo que la mujer da a luz sea el producto de la implantación de un embrión generado de un óvulo de otra mujer. Se produce entonces una dicotomía entre la maternidad genética y la maternidad formal o jurídica.

Otro ejemplo: el artículo 76 del Código Civil sentencia que “se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más de trescientos, contados hacia atrás, desde la medianoche en que principie el día del nacimiento”. Pero, yo pregunto, ¿actualmente esto es así, cuando hoy existen técnicas que permiten congelar los embriones y guardarlos por períodos prolongados?

El profesor español García Cantero<sup>4</sup> nos decía el año 1972 que la inseminación artificial en los seres humanos subvierte totalmente las bases biológicas del Derecho Civil de filiación, según las cuales la procreación presupone la unión física entre un hombre y una mujer.

## 10. PALABRAS FINALES

Quiero poner término a esta charla, con algunas conclusiones y reflexiones finales:

1. El proceso modernizador del Derecho de Familia ha experimentado, especialmente a partir del año 1989, una notable aceleración, que ha significado la incorporación de nuevas instituciones a nuestro derecho positivo: bienes familiares, régimen de participación en los gananciales, divorcio vincular, separación judicial, amplia investigación de la filiación, etcétera.

2. Cada una de las reformas analizadas se han logrado después de grandes debates nacionales. Siempre ha habido una fuerte resistencia al cambio. Sin embargo, la experiencia demuestra que, producida la reforma, a poco andar la sociedad chilena las acepta de buen grado. La moraleja es, entonces, que no se debe temer a los cambios.

<sup>4</sup> G. García Cantero: “Incidencia de la medicina y biología moderna en el Derecho Civil español”, Madrid, 1972, citado por Maricruz Gómez de la Torre Vargas, *La fecundación in vitro y la filiación*, Edit. Jur. de Chile, 1993, pág. 12.



3. Estimo que la evolución experimentada por el Derecho de Familia, y me refiero especialmente a la de estos últimos años, ha sido positiva y ha puesto a nuestra legislación a tono con la de los países más desarrollados;

4. Un aspecto, que creemos se debería reglamentar, es el de las uniones de hecho, nombre menos peyorativo que “concubinato”, con que estas relaciones han sido llamadas incluso por nuestras leyes (art. 210 del Código Civil y artículo 18 de la Ley 14.908, de “Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias”). En el mundo de hoy, muchas parejas por distintas razones, la mayoría de las veces respetables, no se casan, pero mantienen una pública convivencia, que a veces genera una familia. ¿No será hora, pregunto, de que se regulen para dar respuesta a toda la problemática que estas uniones generan especialmente lo que ocurre con los bienes cuando termina la relación? Dejo planteada la interrogante.

Otra materia que debe merecer la pronta atención de nuestros legisladores es la que dice relación con la fecundación asistida. La Ley 19.585, al incorporar al Código Civil el artículo 182, sólo resolvió dos problemas: primero, determinar quiénes son jurídicamente los padres del niño que nace mediante la aplicación de estas técnicas; y, segundo, impedir que posteriormente pueda discutirse su filiación. Pero quedan muchos problemas por dilucidar que el legislador tendrá que enfrentar, como, por ejemplo, resolver si la fecundación asistida debe ser sólo un remedio para la infertilidad de la pareja o se debe aceptar que pueda constituir un medio alternativo de reproducción que, por ejemplo, permita que una mujer, mediante la llamada “maternidad subrogada”, pueda tener un hijo, evitándose las incomodidades del embarazo y el riesgo del parto. Muchas otras cuestiones, éticas y jurídicas, generan la introducción de estas técnicas, que en un futuro cercano tendrán que ser asumidas por nuestro derecho positivo.

En un horizonte más lejano veo una legislación reguladora de las uniones homosexuales. Me anticipo a decir que no las defiendo ni las ataco, pero me asiste el convencimiento de que a la vuelta de algunos años serán una realidad. Pero esa materia será motivo de otra charla.

Muchas gracias.

Concepción, 14 de diciembre de 2005.