



Revista de Derecho Privado

ISSN: 0123-4366

ISSN: 2346-2442

Universidad Externado de Colombia

RIVEROS FERRADA, CAROLINA; ALDUNATE LIZANA, EDUARDO
Los acuerdos pre y posmatrimoniales en el ordenamiento jurídico chileno*
Revista de Derecho Privado, núm. 40, 2021, -Junio, pp. 121-148
Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n40.05>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417566095005>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UAEM  redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

Los acuerdos pre y posmatrimoniales en el ordenamiento jurídico chileno*

» CAROLINA RIVEROS FERRADA**

» EDUARDO ALDUNATE LIZANA***

RESUMEN. El presente artículo examina la posición de los acuerdos pre y posmatrimoniales en el ordenamiento jurídico chileno, en orden a establecer si, dados los cambios sociales y jurídicos acaecidos en los últimos decenios, es posible considerar que las posibles objeciones de orden público respecto de dichos acuerdos han desaparecido o, al menos, se han debilitado; y en consecuencia, si ellos pueden ser actualmente celebrados válidamente.

PALABRAS CLAVE: acuerdos prematrimoniales, autonomía privada, orden público.

* Fecha de recepción: 6 de enero de 2020. Fecha de aceptación: 14 de agosto de 2020.

Para citar el artículo: RIVEROS FERRADA, F. y ALDUNATE LIZANA, E., “Los acuerdos pre y posmatrimoniales en el ordenamiento jurídico chileno”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 40, enero-junio 2021, 121-148, doi: <https://doi.org/10.18601/01234366.n40.05>.

Trabajo escrito en el marco del Proyecto Fondecyt Regular 1150212 titulado “La eficacia y los límites de los acuerdos prematrimoniales en el ordenamiento jurídico chileno: una propuesta dogmática”, del cual la profesora Riveros es la investigadora responsable.

** Universidad de Talca, Santiago de Chile, Chile; profesora. Doctora en Derecho, Ludwig-Maximilians-Universität München, Múnich, Alemania. Licenciada en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile. Contacto: criveros@utalca.cl Orcid: 0000-0001-8435-3206.

*** Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile; profesor. Doctor en Derecho, Universität des Saarlandes, Saarbrücken, Alemania. Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile. Contacto: eduardo.aldunate@pucv.cl Orcid: 0000-0002-7781-6230.

Pre and Post Matrimonial Agreements in the Chilean Legal System

ABSTRACT. The present paper discusses the position of pre-and post-marital agreements in the Chilean legal system, with the view of conclude if, taking in account the social and legal changes of the past decades, the public order objections, that they have traditionally faced have been removed or, at least, weakened, in a scope, that allow them to be currently validly celebrated.

KEYWORDS: prenuptial agreements, private autonomy, public order.

SUMARIO. Introducción. I. Criterios distintivos de los acuerdos pre y posmatrimoniales. II. Las capitulaciones matrimoniales. III. Los acuerdos pre y posmatrimoniales. Conclusiones. Referencias.

Introducción

Los acuerdos son pactos que se celebran por los novios o cónyuges, antes del matrimonio, o bien mientras este aún subsiste (nunca con posterioridad al quiebre del mismo¹), y tienen como objeto regular anticipadamente los efectos jurídicos de este quiebre conyugal. Estos acuerdos son aplicables asimismo a los convivientes civiles. Se trata de negocios jurídicos de carácter familiar, que regulan los efectos patrimoniales y extrapatrimoniales del término del vínculo jurídico.

En la doctrina comparada existe una creciente aceptación de este tipo de acuerdos, a partir de la constatación del divorcio o la separación conyugal como una realidad social y, de manera consecucional, de un debilitamiento de las tradicionales objeciones de orden público, basadas esencialmente en la indisolubilidad del matrimonio. Esta aceptación ha ido asociada al desarrollo de una serie de reglas específicas para su celebración, que en algunos casos se acercan al derecho de los contratos y en otros, los más, se alzan como un régimen con ciertos requisitos especiales, con mayor cercanía al derecho de familia².

-
- 1 Aunque es una materia que requiere de mayor profundización, hemos asumido, para efectos de este trabajo, que el quiebre comienza desde que cesa la convivencia. Todo aquello que es anterior a dicho cese corresponde al ámbito de los acuerdos, ya sea prematrimonial, aquel que se celebra antes del matrimonio, ya sea posmatrimonial, que viene a ser, entonces, aquel que se pacta una vez celebrado el matrimonio y mientras aún existe convivencia.
 - 2 RIVEROS, C., y ALDUNATE, E., “Acuerdos pre y posmatrimoniales. Conceptos y modelos de regulación”, *Revista de Derecho*, Valdivia, vol. 29, n.º 2, 2016, 131-155. En la doctrina comparada se puede apreciar una amplia aceptación de la autonomía privada en materias de familia. En España, Díez-Picazo define el negocio jurídico de familia como “aquel acto de autonomía de las personas que tiene por objeto la constitución, modificación, extinción o reglamentación de una relación jurídica familiar”. Díez-Picazo, L., “El negocio jurídico del derecho de familia”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, junio, 1962, 771; así también FERRER-RIBA, J., “Marital agreements and private autonomy in Spain”, en SCHERPE, J. (ed.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Oxford, Hart, 2012, 357-358: “[L]a evolución del Derecho

El presente artículo se propone examinar la posición de los acuerdos pre y posmatrimoniales en el ordenamiento jurídico chileno, tanto respecto de figuras existentes como en el marco general de lo que se denomina orden público. Primero se presta atención a los criterios distintivos de estos acuerdos; luego, a las capitulaciones matrimoniales, y finalmente también se analiza el ámbito de aplicación de los acuerdos en que, a falta de su regulación positiva, pudiesen considerarse aptos para desplegar, válidamente, efectos jurídicos vinculantes. En definitiva, se busca determinar los requisitos, características y limitaciones de los negocios jurídicos atípicos que pueden celebrar en Chile los novios, cónyuges o eventualmente convivientes civiles respecto de los efectos de la ruptura del vínculo escogido.

Si bien es posible que aparezca como una realidad distante, o más adecuada a personas afamadas o ricas, lo cierto es que, en torno a la utilidad de los acuerdos pre y posmatrimoniales, los datos estadísticos en Chile arrojan que, en el período 2004-2018, 1 de cada 4 divorciados ha vuelto a contraer nupcias, y de ellos, 226.743 se han casado por segunda vez, 8.338 por tercera vez, 420 por cuarta vez, 56 por quinta vez y 6 por sexta vez. Los anteriores datos otorgan una importancia real a prefijar condiciones de quiebre del vínculo³. Sin duda, esta nueva realidad puede implicar

de familia en España a lo largo de las tres últimas décadas se ha caracterizado por el reconocimiento de un ámbito de actuación, cada vez mayor, de la autonomía de la voluntad. Esta evolución se ha materializado en la aprobación de sucesivas disposiciones legales que han ido reforzando el poder de decisión de los cónyuges sobre los efectos derivados de la celebración y extinción de su matrimonio". Puede consultarse en este sentido, además, GARRIDO, M., *Derecho de familia (Un análisis del código civil catalán y su correlación con el código civil español)*, t. 1, Régimen de la pareja matrimonial y legal, 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2013, 52; GINÉS, N., "Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: los pactos pre-ruptura en el libro II del código civil de Cataluña", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 727, 2011, 2584. En el caso de Estados Unidos, tanto la jurisprudencia (en especial en *Posner v. Posner*, sentencia de la Corte Suprema de Florida, 25 de marzo de 1970, 233 So. 2d 381, siguiendo la línea del fallo *Del Vecchio v. Del Vecchio*, Corte Suprema de Florida, 29 de junio de 1962, 143 So. 2d 17 1962) como la doctrina han ido abriendo espacios al reconocimiento de la autonomía de las partes en la medida en que la realidad y los motivos del divorcio pierden su vínculo tradicional con razones de orden público. En esta misma dirección puede entenderse el fallo del Consejo Privado de la Corona en el caso *Radmacher v. Granatino*, sentencia de la Corte Suprema del Reino Unido del 20 de octubre de 2010 (UKCS 42, 2010), al menos para acuerdos encaminados a solucionar un quiebre actual, y otorgando un débil reconocimiento a acuerdos prenupciales. Véase al respecto SANDERS, A., "Private autonomy and marital property agreements", *JCLQ*, vol. 59, julio, 2010, 574-585. En el caso alemán, la autonomía privada ha tenido siempre un amplio reconocimiento, reforzado desde 1977, año en que se incorporó la institución de la compensación de cotizaciones previsionales en el código civil alemán, estableciéndose en el § 1408 inciso 2 del BGB (código civil) la posibilidad de pactar respecto de esta materia, abriéndose así un nuevo ámbito de libertad para contratar. Véase LANGENFELD, G., *Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen*, 6.ª ed., München, C.H. Beck, 2011, 3; DAUNER-LIEB, B., "Reichweite und Grenzen der Privatautonomie im Ehevertragsrecht", *AcP* 201, 2001, 305; WAGENKNECHT, C., "Das System der rechtlichen Kontrolle von Eheverträgen", Mohr Siebeck, 2010; BRAMBRIG, G., *Ehevertrag und Vermögenszuordnung unter Ehegatten*, t. 7, 7.ª ed., München, C.H. Beck, 2012, 12; SCHWAB, D., *Familienrecht*, 21.ª ed., München, C.H. Beck, 2013, 102-106.

3 Fuente: Emol.com [en línea], disponible en: <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2019/01/02/932476/Mas-3-mil-personas-en-Chile-se-han-vuelto-a-casar-con-la-misma-pareja-de-la-que-se-divorciaron.html> [consultado el 2 de abril de 2020].

que muchas de estas personas tengan experiencias positivas y negativas respecto a sus relaciones anteriores y que deseen tener claridad y certeza en caso de un eventual quiebre. Otro aspecto a considerar es la cantidad de personas de diversas nacionalidades que se han incorporado a la sociedad chilena, lo que, al igual que en otras latitudes, genera la posibilidad de crisis en las parejas binacionales⁴.

I. Criterios distintivos de los acuerdos pre y posmatrimoniales

Cuando se enfrenta la figura en estudio a las convenciones relativas al ámbito familiar reguladas en nuestro ordenamiento positivo, surgen dos criterios básicos de diferenciación. El primero es que en los acuerdos pre y posmatrimoniales los contratantes convienen en fijar de forma anticipada los efectos de un eventual quiebre matrimonial. En conformidad con este criterio se distinguen del acuerdo regulador, previsto en la Ley de Matrimonio Civil (en adelante, LMC) para un momento coetáneo o posterior al quiebre. Una vez acaecido este, el acuerdo que pudiera celebrarse para ordenar el régimen de efectos patrimoniales y extrapatrimoniales del mismo es precisamente el del artículo 21 LMC⁵. El segundo criterio –conceptualmente relacionado con el criterio de temporalidad, pero distinguible de este– tiene que ver con el objeto del acuerdo: se busca regular los efectos patrimoniales y extrapatrimoniales de un eventual quiebre matrimonial o de un acuerdo de unión civil (en adelante, AUC). Por lo tanto, no se trata de acuerdos destinados a tener efectos dentro del matrimonio o AUC ni a ordenar el régimen aplicable durante su vigencia. Esto lleva a trazar, en principio, una diferencia importante con las capitulaciones matrimoniales, cuya lógica, en nuestro código civil, permite a los futuros cónyuges regular por adelantado la dimensión patrimonial del matrimonio que pretenden celebrar, en lo tocante a su régimen de bienes⁶. Sin embargo, y puesto que el código civil califica como capitulaciones matrimoniales, genéricamente, a “las convenciones de carácter

4 Para profundizar el tema desde una perspectiva del derecho internacional privado español véase ANTÓN I., “Los acuerdos prematrimoniales en derecho internacional privado español”, en *Estudios Socio-Jurídicos*, 21, 1, 2019, 61-90.

5 LATHROP, F., “Naturaleza jurídica del acuerdo regulador de la crisis matrimonial”, *Gaceta Jurídica*, año 2008, n.º 333, 20-38; TURNER, S., “La fuerza obligatoria del convenio regulador”, en *Estudios de derecho civil XIII*, Santiago, Thomson Reuters, 2017, 842; VELOSO, P., *Tratado de jurisprudencia y doctrina. Derecho de familia*, t. 1, *Fallos del mes*, Santiago, Thomson Reuters, Puntotext, 2011, 38.

6 El régimen patrimonial adoptado inicialmente por nuestro código civil es el régimen de sociedad conyugal. En Chile, actualmente existen un régimen legal supletorio (sociedad conyugal) y dos regímenes alternativos (separación total bienes y participación en los gananciales). Han existido –respecto al tema que nos interesa– tres reformas relativas al régimen patrimonial. En primer lugar, se creó un régimen alternativo a la sociedad conyugal. El Decreto-Ley 328 y la Ley n.º 5.521 posibilitaron que se pactara la separación de bienes en las capitulaciones matrimoniales anteriores al matrimonio. Posteriormente, la Ley n.º 7.612 facultó a los cónyuges a pactar durante la vigencia del matrimonio el pacto de separación de bienes. La Ley n.º 10.271 permitió la celebración del régimen de separación de bienes en el acto del matrimonio. Finalmente, en 1994, con la Ley n.º 19.335, se incorporó un nuevo régimen patrimonial alternativo denominado participación en los gananciales. Por lo tanto, con el paso del tiempo, desde un régimen único e inmodificable se abren opciones para

patrimonial que celebren los esposos antes de contraer matrimonio, o en el acto de su celebración”, y las somete al menos a una regla de invariabilidad en el artículo 1716 inciso final del código civil, resulta necesario un análisis detenido sobre la naturaleza y contenido de las capitulaciones matrimoniales, a fin de proceder, luego, a precisar su relación con los acuerdos pre y posmatrimoniales.

II. Las capitulaciones matrimoniales⁷

A continuación revisaremos los aspectos sistemáticos que permiten dilucidar si los acuerdos pre y posmatrimoniales son subsumibles en el amplio concepto legal de las capitulaciones matrimoniales o, por el contrario, pueden ser considerados una figura independiente de estas.

A. Aspectos sistemáticos relevantes

El punto más decisivo en la definición de capitulación respecto del régimen de sociedad conyugal es comprender que la capitulación solo tiene efecto si se celebra el matrimonio. Es un negocio jurídico dependiente. Y una vez acaecida la celebración del matrimonio, este tiene como régimen, a lo menos en la época de promulgación del código, la sociedad conyugal. Por lo tanto, la eficacia de la capitulación está ligada desde su origen a la relación predeterminada que posee con la sociedad conyugal o, en términos más actuales, con el régimen patrimonial que escojan los contrayentes. Es decir, el ámbito de acción de la capitulación matrimonial en sus orígenes se sitúa en la periferia de la sociedad conyugal y luego, con la incorporación de otros regímenes alternativos, pasa a consistir principalmente en definir qué régimen fijarán los cónyuges para su matrimonio. En definitiva, es una figura jurídica que sirve actualmente para modificar el régimen legal supletorio.

Respecto a sus características actuales como negocio jurídico, las capitulaciones son bilaterales, pueden ser gratuitas u onerosas, y son un ejemplo de un pacto dependiente. Asimismo, son negocios jurídicos solemnes, ya que requieren para su celebración de escritura pública.

En el código civil chileno se fijó un régimen legal y único, y por consiguiente, si los contrayentes nada dicen respecto del régimen patrimonial de su matrimonio, quedan sujetos al régimen de la sociedad conyugal. En síntesis, la incorporación de la sociedad conyugal al libro cuarto del código civil no obedeció al reconocimiento

los contrayentes hacia una mayor autonomía privada. Véase, además, ARANCIBIA, M. y CORNEJO, P., “El derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos”, *Ius et Praxis*, n.º 1, 2014, 282.

7 Se ha utilizado el término “capitulación matrimonial” aun cuando pueda discutirse la extensión de su sentido frente a la expresión “convención matrimonial”. En todo caso, para los efectos de la hipótesis de trabajo, las conclusiones que se puedan obtener son plenamente aplicables a ambos términos.

de una amplia libertad de contratación respecto de los contrayentes del matrimonio⁸. Solo al volcarse hacia las capitulaciones matrimoniales se puede apreciar una limitada libertad contractual y, considerando el proyecto de García Goyena, se entiende su incorporación a nuestro código civil⁹. La libertad que se acepta es una libertad a un pacto dependiente del matrimonio y con un ámbito muy restringido y conectado al régimen patrimonial del matrimonio.

A propósito del marco regulatorio del matrimonio, el tratamiento diverso entre aspectos extrapatrimoniales y patrimoniales del matrimonio está motivado por el hecho de que la regulación de los aspectos extrapatrimoniales del matrimonio queda entregada al derecho canónico (y a la correspondiente decisión de la autoridad eclesiástica). Ello justifica el aserto de que el código civil opta deliberadamente por regular de forma parcial las materias referidas al matrimonio. Así, por ejemplo, la validez del matrimonio queda entregada al derecho canónico (“el matrimonio que es válido ante los ojos de la Iglesia, lo es también ante la ley civil”¹⁰), y la decisión al respecto, entregada a la autoridad eclesiástica (art. 103 c.c. en su edición original). Y si bien el texto original del código hace referencia a algunas dimensiones extrapatrimoniales del matrimonio (deber de protección del marido a la mujer, y de obediencia de esta a aquel, y deberes de socorro y auxilio recíproco; deber de la mujer de seguir la residencia del marido y deber de este de acogerla en su hogar, etc.), en la apreciación comparativa queda claro que las reglas dedicadas a los aspectos patrimoniales del matrimonio constituyen el aspecto medular del código civil en lo tocante a las relaciones entre cónyuges. En general, todos los otros aspectos del matrimonio fue-

-
- 8 Barriga es categórico respecto del régimen patrimonial del matrimonio al afirmar: “Desconociendo el principio casi universalmente aceptado de la libertad de convenciones matrimoniales y considerando como de orden público los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, no sólo respecto de la persona de los cónyuges sino también los que dicen relación a los bienes, les impone un régimen determinado y no permite que puedan reglamentar sus intereses pecuniarios conforme les parezca más conveniente”. BARRIGA, G., *De los regímenes matrimoniales en general; del patrimonio de la sociedad conyugal y de cada uno de los cónyuges*, memoria de grado, Santiago, Imprenta Chile, 1924, 419, 89.
 - 9 GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias. Motivos y comentarios del código civil español*, Madrid, Sociedad Topográfica Madrid, 256.
 - 10 Párrafo VII del Mensaje. En este sentido afirman Barrientos y Novales que “[e]n 1855, prácticamente en nada alteró la disciplina matrimonial vigente”. BARRIENTOS, J. y NOVALES, A., *Nuevo derecho matrimonial chileno*, Santiago, LexisNexis, 2005, 472. En el mismo sentido, Salinas expresa: “El matrimonio civil, sin embargo, no quedó encerrado en los Estados que habían recibido las nuevas ideas religiosas, sino que llegó también a los países de cultura católica. Cuando ello ocurrió y nuestros legisladores se vieron en la necesidad de regular esta nueva figura, no tuvieron que ‘inventar’ nada porque todo ya estaba ‘inventado’, de manera que no tuvieron más que limitarse a hacer una lectura en clave laica del matrimonio canónico, eliminando todo lo que tuviera carácter religioso, pero conservando las estructuras técnicas”. SALINAS, C., “El reconocimiento del matrimonio religioso en el derecho positivo del Estado de Chile: un viejo tema aún pendiente”, *Revista de Derecho*, vol. xx, III, n.º 1, 2010, 9-78. Para un análisis más detallado acerca de la influencia del derecho canónico en el derecho civil chileno véase SALINAS, C., *El influjo del derecho canónico en el código civil de la República de Chile*, Valparaíso, Universitarias de Valparaíso, 2006, 259.

ron excluidos originalmente de este cuerpo y posteriormente introducidos en la Ley de Matrimonio Civil¹¹.

B. ¿Subsunción de los acuerdos pre y posmatrimoniales en las capitulaciones matrimoniales?

En primer lugar, respecto de la naturaleza jurídica de las capitulaciones matrimoniales Alessandri indica que ellas constituyen un contrato¹², ya que entiende como sinónimos contrato y convención. Somarriva aclara que las capitulaciones podrán ser un contrato cuando generen obligaciones, como en el caso de que el marido se obligue a entregar a la mujer una determinada suma de dinero o una determinada pensión periódica, para que la mujer haga uso de ella. En el caso del pacto de separación de bienes estamos ante una convención, no ante un contrato. Por ello, este autor celebra que en el código haya sido incluida la expresión genérica de convención y no la de contrato¹³. Los acuerdos pre y posmatrimoniales también poseen una naturaleza jurídica convencional, que precisaremos más adelante. La determinación de la naturaleza jurídica como una convención podría, a primera vista, permitir la subsunción de los acuerdos pre y posmatrimoniales en esta clase de convenciones. Sin embargo, la definición del código civil alude a convenciones de carácter patrimonial, cuestión que no es irrelevante al momento de aceptar o no dicha subsunción.

La definición actual de capitulaciones matrimoniales es amplia y posee tres elementos esenciales. En primer lugar, se refiere a una convención o acto jurídico bilateral, luego, determina el momento de celebración, y finalmente, le da el carácter de patrimonial. Este es el punto fundamental. ¿Qué determina que una convención sea patrimonial? Desde la doctrina, Alessandri expresa respecto de los actos patrimoniales: “Los actos jurídicos patrimoniales son aquellos que tienen por objeto crear, modificar o extinguir relaciones de carácter pecuniario”¹⁴, de manera que no se puede regular por medio de las capitulaciones matrimoniales ningún aspecto de carácter extrapatrimonial¹⁵. Este entendimiento no se condice con la posibilidad que otorgan los acuerdos pre y posmatrimoniales de reglamentar tanto aspectos extrapatrimoniales como patrimoniales.

Los ejemplos de capitulaciones matrimoniales establecidos por el código civil son que la mujer puede optar por renunciar a los gananciales o disponer de una suma determinada o pensión periódica; también cabe excluir determinados bienes

11 En este punto debemos agradecer el comentario efectuado por la Dra. Lilian San Martín en el Seminario “Las capitulaciones matrimoniales. Una mirada histórica”, desarrollado en la Universidad Alberto Hurtado el 7 de noviembre de 2016.

12 ALESSANDRI, A., *Derecho de familia*, Santiago, Zamorano y Caperán, 1942, 216, 68.

13 SOMARRIVA, M., *Derecho de familia*, 2.ª ed., Santiago, Nascimento, 1963, 782.

14 ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M. y VODANOVICH, A., *Tratado de derecho civil. Parte preliminar y general*, t. II, Santiago, Jurídicas de Santiago, 2015, 549, 180.

15 RODRÍGUEZ, P., *Regímenes patrimoniales*, Santiago, Jurídica de Chile, 1996, 24-25.

muebles del haber absoluto o destinar valores propios para compras a efectuar durante la vigencia del matrimonio, evitando así que ingresen al patrimonio común¹⁶. De igual modo, los esposos pueden efectuar donaciones irrevocables en razón del matrimonio¹⁷. No existe un catálogo cerrado ni taxativo. Otro punto que distingue a las capitulaciones de los acuerdos en estudio es que estos últimos tienen como objeto normar de forma anticipada los efectos jurídicos de un quiebre en la relación matrimonial y además son negocios jurídicos de carácter familiar, que reglamentan no solo los efectos patrimoniales sino también extrapatrimoniales del término del matrimonio¹⁸. Ello constituye un gran obstáculo para subsumir los acuerdos pre y posmatrimoniales en las capitulaciones matrimoniales, dado que no poseen el mismo objetivo.-

Otro tópico importante que se debe abordar respecto de las capitulaciones matrimoniales es el de la irrevocabilidad. En el inciso 3 del artículo 1716 c.c. se expresa: “Celebrado el matrimonio, las capitulaciones no podrán alterarse, aun con el consentimiento de todas las personas que intervinieron en ellas, sino en el caso establecido en el inciso 1 del artículo 1723”. Originalmente, en el artículo 1722 c.c. se indicaba: “Las capitulaciones matrimoniales no se entenderán irrevocablemente otorgadas, sino desde el día de la celebración del matrimonio; ni celebrado, podrán alterarse, aun con el consentimiento de todas las personas que intervinieron en ellas”¹⁹. Posteriormente, con la reforma de la Ley n.º 7.612, se modificó dicho artículo y la irrevocabilidad de las capitulaciones se trasladó al artículo 1716 del mismo cuerpo legal. Claro Solar critica esta modificación por estimar que la redacción del antiguo artículo 1720 c.c. era más clara y precisa; asimismo, esta impedía cualquier clase de excepción respecto de la irrevocabilidad y la inalterabilidad de las capitulaciones matrimoniales. Con la redacción actual se pierde –según Claro Solar– la relevancia de la disposición, ya que se hace posible pactar un nuevo régimen legal durante el matrimonio. Es decir, la irrevocabilidad de las capitulaciones matrimoniales cede en 1943 frente a la posibilidad de los cónyuges de ejercer la autonomía privada y pactar separación de bienes²⁰.

16 AEDO, C. y MONDACA, A., *Derecho de familia*, Santiago, Thomson Reuter, 2016, 254-255.

17 Art. 1786 c.c. Véase, respecto de las donaciones irrevocables entre cónyuges, CORRAL, H., “Donaciones entre cónyuges”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, 1999, 349-367.

18 El mismo propósito posee el acuerdo regulador establecido en el artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil, puesto que los cónyuges pueden regular sus relaciones mutuas, alimentos y las materias vinculadas al régimen de bienes, y respecto de los hijos dicho acuerdo debe regular a lo menos el régimen de alimentos, el cuidado personal y la relación directa y regular con el padre que no los tenga bajo su cuidado. La diferencia está determinada porque este es un acuerdo *ex post* y nosotros estamos estudiando un acuerdo *ex ante*.

19 ROSSEL, E., *Manual de derecho de familia*, 6.ª ed., Santiago, Jurídica de Chile, 1992, 443, 98.

20 En torno al debilitamiento de la noción de irrevocabilidad, piénsese en el siguiente ejemplo. Un matrimonio se separa y luego se determina por sentencia la separación judicial. Con posterioridad a ello, los cónyuges reanudan su convivencia. Los cónyuges, que, por efecto de la separación, están casados bajo el régimen de separación de bienes, pueden volver a pactar el régimen de participación

La única forma de modificar las capitulaciones matrimoniales es por medio de una convención matrimonial (art. 1723 c.c.) con el único objeto de pactar separación de bienes o el régimen de participación en los gananciales. Habiéndoseles desconocido libertad de contratación a los cónyuges por medio de la determinación del régimen legal único, a través de las capitulaciones matrimoniales se abre cierta posibilidad de libertad contractual. Si bien con el transcurso del tiempo los regímenes se han ampliado y la sociedad conyugal se ha transformado en el régimen legal supletorio –coexistiendo con dos regímenes alternativos–, no es menos cierto que la férrea vinculación entre las capitulaciones y los regímenes ha permanecido inmutable. El legislador, en las diferentes reformas que ha introducido a los regímenes, no ha permitido una ampliación o una mayor laxitud en el binomio capitulación matrimonial-régimen patrimonial del matrimonio. Todo esto es una razón poderosa que refuerza la idea de que los acuerdos pre y posmatrimoniales, como se han entendido en este trabajo, atienden a un objeto distinto que las capitulaciones matrimoniales, es decir, poseen otro sentido. Los acuerdos se han desarrollado asumiendo, en diferentes sociedades y latitudes, que el quiebre de los matrimonios es una realidad y que lamentablemente los cónyuges se pueden llegar a divorciar y los convivientes pueden acabar su relación. Desde esta perspectiva, los acuerdos no pueden ser subsumidos en la figura de unas capitulaciones que fueron creadas con una lógica completamente diversa. Por ende, no les puede ser aplicable la reglamentación de las capitulaciones.

La conclusión, hasta este punto, es la necesidad de la distinción existente entre las capitulaciones matrimoniales, y su regulación en el código civil, y los acuerdos pre y posmatrimoniales, que aparecerían, de este modo, como una figura distinta, cuyo despliegue en el ordenamiento jurídico se pasa a examinar a continuación.

III. Los acuerdos pre y posmatrimoniales

A. Naturaleza jurídica

Como se indicó al inicio de este trabajo, los acuerdos son pactos que celebran los novios o cónyuges o convivientes civiles, antes del matrimonio o del acuerdo, o mientras estos aún están vigentes, y tienen como objeto regular anticipadamente los efectos jurídicos del quiebre de la relación. Por lo tanto, son negocios jurídicos de carácter familiar y constituyen una convención de carácter dependiente. Estos negocios, que constituyen una manifestación de la autonomía de la voluntad, deberían cumplir con los requisitos generales relativos a toda contratación y, adicionalmente, con los especiales que puedan emanar del derecho de familia.

en los gananciales. Ellos pudieron haberse casado con sociedad conyugal y durante el matrimonio haber pactado el régimen de participación en los gananciales por aplicación del artículo 1723 c.c., posteriormente se separaron y se fijó legalmente el régimen de separación de bienes, y producto de la reconciliación pudieron haber pactado el régimen de participación en los gananciales.

B. Posibles contenidos de los acuerdos

Desde un punto de vista material se debe revisar cuál podría ser el contenido de estos acuerdos. La respuesta está determinada por el ámbito de aplicación de la autonomía privada. Tradicionalmente se ha identificado una de las diferencias fundamentales entre el derecho patrimonial y el derecho extrapatrimonial en la mayor aplicación de la autonomía privada en materia patrimonial en el primer caso. Así, Troncoso se refiere a “[l]as peculiaridades del Derecho de Familia, consistentes fundamentalmente en limitaciones importantes al principio de la autonomía de la voluntad”²¹. Esta comprensión ha evolucionado significativamente, como lo reconoce ampliamente la doctrina nacional²². En efecto, el ámbito de aplicación de la autonomía privada es mayor que antaño en el derecho de familia. La pregunta que cabe formular asumiendo que esta última premisa sea cierta es: ¿cuán mayor es dicha autonomía?, y lo segundo: ¿qué limita dicha autonomía? Respecto de lo primero, la autonomía en el ámbito del derecho de familia es mayor porque ahora existe, por ejemplo, un acuerdo regulador que fijan las partes (aunque con homologación judicial), pero, además, se ha regulado la fijación de la compensación económica. También las personas pueden en la actualidad adscribirse a un AUC. Por lo tanto, se aprecian aquí tres ejemplos de mayor libertad de las personas en torno a fijar materias relativas a sus relaciones familiares²³. El contenido concreto del acuerdo lo fijarán siempre las partes, de acuerdo a sus propias negociaciones y situación de vida particular. De este modo, desde la doctrina comparada se pueden importar algunas nociones muy generales relativas al contenido de un acuerdo prematrimonial. Por ejemplo, se ha podido identificar que parejas sin hijos y sin deseos de tenerlos, con ingresos similares, están más dispuestas a efectuar renunciaciones recíprocas (caso A). Si este tema se lleva de inmediato al ámbito chileno, podría ser que para el caso A el pacto contuviese una cláusula de renuncia recíproca a la compensación económica. Otra situación ejemplar es la de una pareja con deseo de tener hijos, y de que ellos sean educados por ambos progenitores a pesar de un posible quiebre (caso B): desde la

21 TRONCOSO, H., *Derecho de familia*, 13.^a ed., Santiago, Legal Publishing, 2010, 405, 2; asimismo, al referirse al dolo excluido como causal de nulidad matrimonial, Mondaca expresa: “1. La notoria diferencia existente entre el matrimonio y los contratos de índole patrimonial, esta diversidad justifica que el matrimonio sea regido por normas y principios especiales que lo diferencian del resto de los contratos, de ahí que no fuera adecuada la aplicación al matrimonio de la disciplina propia de los contratos matrimoniales”. MONDACA, A., “El error inducido por dolo como causal de nulidad del matrimonio civil en la Ley n.º 19.947: aceptación y consecuencias de su regulación”, *Ius et Praxis*, año 16, n.º 2, 2010, 124.

22 MORENO, X., “Paulatina incorporación de la autonomía de la voluntad en el derecho matrimonial chileno”, en *Estudios de derecho civil II: Código civil y principios generales: nuevos problemas, nuevas soluciones. (IV Jornadas Nacionales de Derecho Civil)*, 2006, 133; DOMÍNGUEZ HIDALGO, C., “Los principios que informan el derecho de familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, n.º 2, 2005, 212.

23 Véase, además, ARANCIBIA, M. y CORNEJO, P., “El derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos”, *Ius et Praxis*, año 20, n.º 1, 2014, 282.

perspectiva chilena, los futuros padres podrían fijar un porcentaje de sus ingresos para los alimentos y pactar la custodia compartida de los hijos. En consideración al hogar común, en otras latitudes se regula como efecto del divorcio la atribución de la vivienda familiar, mientras que en nuestro ordenamiento no existe tal institución y la jurisprudencia se encuentra dividida en torno a la desafectación del bien familiar²⁴. Entonces, en este caso la pareja podría pactar que en caso de un quiebre, respecto del inmueble familiar, se paguen los alimentos por medio del usufructo del inmueble (caso C). También podría regularse un derecho de relación directa, y regularse respecto del cónyuge o conviviente que, no siendo progenitor, ha vivido con hijos de su pareja (caso D). En los casos de relaciones binacionales, que fijan como efecto matrimonial un nombre familiar, una posibilidad de pacto es determinar que en caso de divorcio el cónyuge que modificó su apellido retome su apellido de soltero (caso E). En cuanto a la posibilidad de caucionar mediante una cláusula penal la infracción de deberes matrimoniales, no vemos la imposibilidad de cumplir mediante un acuerdo prematrimonial tal objetivo²⁵. Con todo, es necesario advertir que la doctrina chilena aún discute acerca de la eventual responsabilidad civil por infracción de deberes conyugales, en especial del deber de fidelidad²⁶.

En torno a lo segundo, esto es, lo que limita la autonomía privada, la respuesta es: las normas de orden público y los propios límites impuestos por el carácter convencional y familiar del acuerdo. Comencemos por lo último, suponiendo que los contrayentes pactan un acuerdo en previsión de una ruptura matrimonial: ese pacto no podría contener compraventas entre cónyuges no separados judicialmente, ya que ello está expresamente prohibido. En la misma lógica, solo es posible efectuar entre cónyuges donaciones revocables.

Otro aspecto que parece relevante es que se les imponen, tanto a los acuerdos reguladores como a los acuerdos relativos exclusivamente a la compensación económica, que se considere el interés superior del niño, niña o adolescente y la protección al cónyuge o conviviente más débil. Estos principios que informan los antedichos pactos no podrían ser ignorados a la hora de elaborar un acuerdo previsor del quiebre. Por lo tanto, existen ciertos límites que provienen de la naturaleza familiar del negocio jurídico que venimos estudiando, es decir, estos principios que se incorpo-

24 La Corte Suprema rechaza la desafectación en sentencia del 15 de abril de 2009, Rol n.º 1086-2009. La Corte de Apelaciones de Valparaíso, en sentencia del 18 de noviembre, Rol n.º 134049, acoge la desafectación automática tras el divorcio.

25 Opazo postula la idea de caucionar mediante una cláusula penal en una capitulación matrimonial una infracción a una obligación matrimonial. Solo es aceptable esta postura si la caución alude a infracción de efectos patrimoniales del matrimonio, pues de lo contrario se alteraría la naturaleza jurídica de las capitulaciones matrimoniales. Véase OPAZO, M., “Sobre la posibilidad de incorporar una cláusula penal en las capitulaciones prematrimoniales”, *Estudios de derecho civil x*, Thomson Reuters, 2010, 267-282.

26 Véase, p. ej., TURNER, S., “Infidelidad, culpa, divorcio e indemnización de perjuicios en el derecho matrimonial argentino y chileno”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 35, 2018, 123.

raron a la LMC no pueden ser desatendidos al momento de redactar el acuerdo. Ellos son un claro elemento de protección y a la vez de frontera para la autonomía privada.

Ahora bien, dado el carácter indisoluble que el código civil daba al matrimonio, y la excepcionalidad con que se concebía el divorcio, resulta que en la época de promulgación del código y posteriormente de la antigua Ley de Matrimonio Civil, un acuerdo de previsión del quiebre hubiese sido rechazado conforme a la noción de orden público imperante. Sin embargo, habiéndose regulado el divorcio y sus efectos en las actuales normas de la LMC, cabe al menos discutir si la noción de orden público en esta materia no ha sido modificada, puesto que esto parece central para considerar admisible el acuerdo en el ordenamiento jurídico chileno. Dicho de otro modo, habiendo reconocido que en nuestro ordenamiento jurídico los acuerdos pre y posmatrimoniales pueden darse como manifestación de la autonomía privada, se debe revisar si ellos encuentran límites impuestos por el orden público, ya sea en general (en cuanto tales acuerdos), ya sea en particular, respecto del contenido concreto que puedan adoptar los respectivos acuerdos de cara al derecho de familia.

C. Limitaciones de orden público

La pregunta que cabe plantearse es si en la actualidad, y tratándose de acuerdos no regulados por el derecho positivo, los mismos pueden celebrarse válidamente por los futuros contrayentes o actuales cónyuges o convivientes o, dicho de otro modo, si pueden ser objeto de una manifestación válida de voluntad de esas partes contratantes, a la luz de las exigencias del orden público.

A fin de responder esta pregunta es pertinente recordar que la categoría “orden público” cumple la función de habilitar limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes que no se encuentran positivamente consagradas²⁷. En la lucha por la plenitud de la regulación acometida por los proyectos codificadores decimonónicos, se plasma como la discreta confesión, junto con la ocasional referencia a las buenas

27 Cabe aclarar aquí que se utiliza la expresión “orden público” con el sentido que ella recibe en disposiciones que enfatizan un contenido jurídico que no está a disposición de las partes (o no completamente) debido a la trascendencia del interés comprometido para la organización jurídico-social, tal y como aparece en los artículos 1461, 1467 y 1475 c.c. y, por extensión, en los casos en que se alude a reglas del ordenamiento jurídico positivo que adquieren esta especial calidad (“disposiciones de orden público”, “normas de orden público”) por estar relacionadas con la organización resultante de dicho interés, como cuando se señala que las reglas sobre estado civil son de orden público. Véanse LEÓN, A., *El objeto en los actos jurídicos*, 2.^a ed., Santiago, Jurídica de Chile, 1983, 37-39; DUCCI, C., *Derecho civil. Parte general*, 4.^a ed., Santiago, Jurídica de Chile, 2010, 293. No se trata ni tiene parentesco alguno, por tanto, con la expresión “orden público” utilizada a nivel constitucional, que se refiere a lo que podría calificarse como orden público político, consistente en la situación de hecho en que los individuos pueden desarrollar con relativa normalidad sus actividades cotidianas, y que ha sido manipulada por alguna doctrina constitucional para la construcción del denominado “orden público económico” en el contexto del artículo 19 n.º 21 de la Constitución. Para una visión de las nociones de orden público y de orden público económico, véase MAC HALE, T., “Orden, orden público, y orden público económico”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad de Chile, cuarta época, VIII, 8, 1968.

costumbres, de la incapacidad del derecho positivo de prescindir completamente de órdenes éticos no positivos para aportar los contenidos sobre los cuales construir la regla de derecho. Por esta apertura entran, en la construcción de dicha regla, elementos morales. En lo tocante a este punto, y aun frente a la diversidad de conceptos aportados para la noción de orden público, en el derecho comparado aparece como su elemento central la idea de un conjunto de valores que informan a la comunidad jurídica, junto al carácter esencialmente evolutivo de su contenido²⁸.

Tomando en consideración que la referencia al orden público abre una vía para la argumentación sobre la base de concepciones morales, es importante fijar un método para la discusión del mismo que no consista exclusiva o esencialmente en el recurso a argumentos de tipo moral, que podrían hacerlas incontrolables a nivel intersubjetivo y, por lo tanto, inútiles para la argumentación en derecho. Por consiguiente, cuando se habla de un cambio en las convicciones y valores morales que alimentan el contenido del orden público de una sociedad en un momento concreto, un camino relativamente seguro puede encontrarse en el análisis de la evolución de la propia regulación positiva a lo largo del tiempo. Si la propia legislación va admitiendo figuras que, en una mirada retrospectiva, podrían haberse considerado contrarias al orden público, ello aporta un fuerte argumento para sostener que el contenido del orden público que inspira el actual ordenamiento ha cambiado.

En esta perspectiva, se ha mostrado cómo la aceptación de la posibilidad de divorcio²⁹ en cuanto contingencia previsible por los contrayentes ha servido como base sociológica para la modificación del criterio de orden público en esta materia, que hubiera negado validez a los acuerdos pre y posmatrimoniales cien años atrás. En el caso chileno, se puede recurrir a diversos argumentos jurídicos³⁰, con la cons-

28 Este carácter evolutivo ya lo destacaba a lo largo de su memoria de prueba DIEZ URZÚA, S., *Algunas consideraciones acerca del contenido de la noción de orden público en nuestro derecho civil*, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1947. En el derecho comparado, valga citar a los argentinos LLOVERAS, N. y SALOMÓN, M., *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Argentina, Universidad, 2009, 544, quienes, apoyándose en el mexicano Burgoa, identifican al contenido tutelado por el orden público con los valores que emanan de la Constitución formal y material. Sin adscribirse necesariamente a estos conceptos, consideran que sirven para justificar el carácter central del reconocimiento de los valores como elemento constitutivo del orden público. En ambos casos, además, se recalca el carácter evolutivo de la noción: “pertenecen al orden público determinadas materias conforme a las circunstancias temporales, espaciales, sociológicas y axiológicas de la sociedad a la que se destina la norma” (ibíd., 73). No es inútil recordar que un pilar de la formación jurídica chilena del siglo XX, Alessandri, señalaba respecto del orden público en su curso de derecho civil, citando a Moulon, que hay cosas “que se sienten mejor que se definen”. ALESSANDRI, A., *Tratado de derecho civil. Parte preliminar y general*, t. II, Santiago, Jurídicas de Santiago, 2015, 215.

29 Las causas de divorcio aumentaron en 2018 respecto de 2017, siendo la mayoría de las causas por divorcio por común acuerdo. Véase: <https://ine.cl/prensa/detalle-prensa/2020/01/28/n%C3%BAmero-de-causas-por-divorcio-ingresadas-a-los-juzgados-aument%C3%B3-en-2018> [consultado el 2 de abril de 2020].

30 Sin llegar a la necesidad de la constatación sociológica de la aceptación de la convivencia no matrimonial y de la terminación del vínculo matrimonial como parte del cambio valorativo en la moral positiva de la sociedad chilena desde la década de 1970 en adelante. Cabe recordar, para las ge-

tatación, primero, de la aceptación por parte de la propia Ley de Matrimonio Civil del divorcio con disolución de vínculo, a partir del año 2004. En segundo lugar, se observa la posibilidad que dicha ley otorga a las propias partes para solucionar los efectos de su separación, en el artículo 21 del mismo cuerpo legal. En tercer lugar, se ha incorporado a nuestro ordenamiento legal la posibilidad de contraer un vínculo jurídico en una relación de dos personas, vínculo distinto al del matrimonio, al que la ley otorga algunos efectos análogos, pero que puede celebrarse entre personas del mismo sexo y disolverse por la mera voluntad de las partes. Estos tres aspectos de la regulación vigente muestran una expansión de la autonomía privada de las partes que se encuentran en una relación para configurar el término del matrimonio, los efectos del mismo e, incluso, optar por una regulación alternativa al matrimonio mismo³¹.

Estos solos elementos podrían bastar para entender modificadas, con mucho, las nociones subyacentes al matrimonio y la familia tenidas en cuenta en la época de la regulación del código civil, así como para hacer casi imposible un reproche de atentado contra el orden público a un acuerdo que, por ejemplo, solo contempla por anticipado lo que la ley permite hacer una vez terminado el matrimonio, sin que la “anticipación” en sí misma pueda ser considerada como elemento del reproche, desde el momento en que es una figura que la propia ley permite solicitar de consuno una vez cesada la convivencia.

Sin embargo, por si alguna duda pudiera caber en esta materia, el derecho constitucional puede aportar algunos elementos pertinentes a la construcción del contenido del orden público jurídico. En efecto, la Constitución impone al Estado el deber de proteger a la familia y propender a su fortalecimiento³². Ciertamente este es uno de los deberes constitucionales que ha sido preterido por la doctrina³³. Pero algunos elementos permiten proponer, al menos parcialmente, su contenido.

neraciones más jóvenes, que a la actual ley de matrimonio civil con regulación del divorcio con disolución del vínculo matrimonial precedieron al menos veinticinco años de la práctica conocida, aceptada socialmente y judicialmente sancionada de las nulidades matrimoniales fraudulentas sobre la base de la incompetencia del oficial del Registro Civil a partir de la errónea información sobre el domicilio de los contrayentes —aportada por los propios contrayentes!— al momento de celebrar el matrimonio.

- 31 La opción por entrar en una relación de convivencia y formar una familia al margen de toda regulación, como mera pareja de hecho, se ha tornado estadísticamente lo normal y no es, salvo quizás marginalmente, objeto de reproche social. Cfr. DE LA BARRA, M. A., “Breve análisis normativo sobre las uniones de hecho en la legislación chilena. Posibilidad de aplicación a parejas homosexuales”, *Derecho y Humanidades*, vol 2, n.º 16, 2010, 101-117.
- 32 HINESTROSA, F., “Hacia un derecho de familia del siglo XXI”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 4, 1999, 8.
- 33 El tratamiento dogmático sobre la estructura y consecuencias normativas de los deberes estatales ha sido escaso en general, lo que también sucede tratándose de los deberes constitucionales específicos relativos a la familia, tanto de protección como de prosecución de su fortalecimiento (art. 1 inc. 4 CPR). Allí donde existe, el análisis se limita a la exposición de los antecedentes históricos y doctrinales de este precepto, la mención de fuentes positivas comparadas o convencionales internacionales, a referencias etimológicas o lexicográficas; o a la descripción de la regulación que, se entiende,

Con esa finalidad, lo primero es precisar el objeto de este deber de protección y fortalecimiento. Más allá del intento de la Ley de Matrimonio Civil de transformarse en una especie de ley interpretativa encubierta del artículo 1 inciso 2 de la Constitución (CPR)³⁴, la familia en el texto constitucional parece haberse desarrollado como una categoría conceptualmente abierta y separada de la figura del matrimonio³⁵. Con esto se quiere decir que, independiente de las preferencias que un intérprete pueda

concreta estos deberes; pero no se encuentra en la literatura una discusión respecto del contenido constitucional de los mismos. En este sentido, véase SILVA BASCUÑÁN, A., *Tratado de derecho constitucional*, t. IV, 2.ª ed., Santiago, Jurídica de Chile, 1997, 33-42; CEA EGAÑA, J., *Derecho constitucional chileno*, t. I, 2.ª ed., Santiago, Universidad Católica de Chile, 2008, 173-177; JIMÉNEZ LARRAÍN, F. y JIMÉNEZ LOOSLI, F., *Derecho constitucional*, t. I, Concepción, Universidad Católica de Concepción, 2014, 99-101. En otras obras solo se encuentran breves referencias sin aporte al contenido normativo de estos deberes. Es el caso de VIVANCO MARTÍNEZ, A., *Curso de derecho constitucional*, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2006, 53, y de VERDUGO MARINKOVIC, M., PFEFFER URQUIAGA, E. y NOGUEIRA ALCALÁ, H., *Derecho constitucional*, t. I, 2.ª ed., Santiago, Jurídica de Chile, 1997, 111. Fuera de la disciplina del derecho constitucional se hace ocasional tratamiento del tema como resultado de la aproximación metódica denominada “constitucionalización del derecho”, por autores del ámbito del derecho civil. Sin embargo, ante la ausencia de desarrollo por la dogmática de origen, este tratamiento no logra aportar al contenido normativo de este deber. Véase, como ejemplo, LEPÍN MOLINA, C., “Los nuevos principios del derecho de familia”, *Revista Chilena de Derecho Público*, n.º 23, 2004, 16 y 17.

34 Al declarar al matrimonio como “base esencial de la familia” en el artículo 1 inciso 1 de dicha ley. GÓMEZ DE LA TORRE, M., “Una mirada actual sobre el divorcio y su aplicación”, en *Estudios de derecho civil en homenaje a Gonzalo Figueroa Yañez*, Santiago, Thomson Reuters, 2014, 201.

35 Este aserto no es, o al menos no ha sido hasta ahora aceptado de manera pacífica por la doctrina civil y constitucional. Véase, p. ej., BANDA, A., “Dignidad de la persona y reproducción humana asistida”, *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral, vol. IX, diciembre, 1998, 27: “una interpretación concordante con nuestro sistema constitucional es entender el concepto de familia únicamente a la que se ha establecido sobre la base del matrimonio de la pareja”. El año 2005, la profesora Domínguez señalaba que el mencionado artículo de la LMC había establecido cuál era la relación entre familia y matrimonio: véase DOMÍNGUEZ, C., “Los principios que informan el derecho de familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna”, cit., 216. Frente a estas y otras opiniones se puede afirmar que la regulación del acuerdo de unión civil da cuenta de un concepto de familia, a nivel político y social, cuya entidad no puede ser negada al momento de construir el significado del sentido constitucional de la expresión “familia”. La doctrina que apoya enfáticamente un concepto constitucional de familia asociado estrechamente a la idea de matrimonio no excluye otros sentidos o contenidos posibles para esta disposición constitucional. Así, por ejemplo, Silva Bascuñán, quien, tras afirmar que “todo en la preceptiva constitucional conduce a concluir que el más sólido fundamento de la formación y vida de la familia descansa en el matrimonio”, señala que “la realidad es que, en el hecho, numerosos hogares nacen y viven en formas de unión que no se estructuran en base al matrimonio [...]”. La realidad de estos hogares explicaría que, respecto del fortalecimiento de la familia, también [...] sea tomado en cuenta el hecho de los hogares formados al margen de la institución matrimonial, o de aquellos en que no conviven ambos cónyuges”. SILVA BASCUÑÁN, A., *Tratado de derecho constitucional*, t. IV, 2.ª ed., Santiago, Jurídica de Chile, 1997, 39. En el mismo sentido, véase VIVANCO, A., *Curso de derecho constitucional*, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2006, 50, 51. Cea Egaña, tras plantear la disyuntiva, se inclina por un concepto acotado de familia matrimonial, pero esgrime para ello argumentos que hoy han perdido toda fuerza (referencia, en las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, al marido como “jefe natural de la familia”; argumentos del fallo de la Corte Suprema en el caso de los menores López Atala, que motivara una condena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado de Chile; etc.). Véase CEA EGAÑA, J., *Derecho constitucional chileno*, t. I, 2.ª ed., Santiago, Universidad Católica de Chile, 2008, 174-175.

tener en favor de la familia nuclear matrimonial, la propia Constitución no da puntos de apoyo para una construcción restringida del concepto de familia, abriéndose en esta materia a lo que pueda establecerse como comprensión predominante de la misma en la sociedad. Y lo cierto es que la sociedad chilena no remite el uso de la expresión exclusivamente a los grupos matrimoniales y derivados de ellos, sino a una serie de otras figuras, incluyendo, para comenzar, las familias nucleares no matrimoniales³⁶. Siendo esta la realidad, ello implica que los elementos que pueden ser considerados el objeto de la protección constitucional son aquellos constitutivos de la familia, con prescindencia o al margen de la realidad matrimonial o no matrimonial sobre la cual pueda estar constituida.

Lo que cabe examinar, desde esta perspectiva, para el orden público, es qué tipo de acuerdos pueden contribuir a la protección y fortalecimiento de la familia. Para ello deben proponerse algunos rasgos distintivos de un concepto constitucional de familia (aun cuando dicho concepto quede abierto o incompleto aquí, no siendo el objeto del presente trabajo). Hay tres elementos que resultan difícilmente discutibles. El primero de ellos es la pluralidad de personas viviendo en comunidad, aun cuando pueda discutirse en qué casos dos personas constituyen una familia (piénsese en el uso regular de la expresión familia respecto de una relación de pareja sin hijos, frente al núcleo padre o madre e hija o hijo)³⁷. Un segundo elemento es la presencia de interacciones de algún tipo de ayuda, colaboración, solidaridad, cuidado y educación y aprendizaje. Y un tercer elemento es la presencia o expectativa de relaciones afectivas de distinta naturaleza (de pareja, filiales, fraternales) fundadas por lo regular (salvo en el caso de los afectos de pareja) en lazos de parentesco. Si se conviene en que, más allá de las posibles precisiones y matices, estos tres elementos son distinguibles en un concepto amplio de familia, cabe hacerse la pregunta relativa a qué aspectos de ellos se contemplan en el deber constitucional de protección y fortalecimiento.

En la evolución del derecho comparado, ya hace años, la sentencia en el caso *Marckx* de la Corte Europea de Derechos Humanos, de 1979, respecto del elemento discriminatorio basado en la distinción entre familia matrimonial y no matrimonial, y el fallo en el caso *Schalk y Kopf*, de 2010, respecto de la consideración de las uniones de parejas homosexuales como susceptibles de protección a la vida familiar, son muestras de la ampliación del concepto.

36 “Sin embargo, desde hace 40 años, nuestro país es testigo de una diversificación de las formas familiares. El modelo de familia nuclear –donde es el hombre el que trabaja y sustenta a la familia, y la mujer la que se queda en casa y cuida a los niños– ha ido perdiendo lugar en las últimas cuatro décadas”. HERRERA, F. y TEITELBOIM, B., “La mirada de los chilenos a la familia”, en *Encuesta Nacional UDP*, 2010, 129. Este trabajo se realizó con datos de Casen 2009. A modo de ejemplo, si se analiza la categoría “mujeres jefas de hogar”, en 2009 eran el 33,1%, mientras que en Casen 2017 representaban el 42,4%. Véase: http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen-multidimensional/casen/docs/CASEN_2017_EQUIDAD_DE_GENERO.pdf [consultado el 1 de abril de 2020].

37 Véase HERRERA, M., “Proyectos familiares y de pareja entre los jóvenes de Santiago de Chile”, *Última Década*, n.º 25, CIDPA, 2006, 43-64, estudio en el que se da cuenta de que, al menos para la percepción social del segmento urbano (en la ciudad de Santiago) más joven de la sociedad, un elemento clave para calificar como familia a un núcleo constituido por una pareja es la existencia de hijos.

Hasta hace algunos años, la inexistencia del divorcio con disolución de vínculo permitía el cese de la convivencia pero, podría sostenerse, buscaba inhibir el inicio de una nueva convivencia no matrimonial en la medida en que no le otorgaba amparo jurídico a la nueva familia de hecho que una pareja pudiera formar. En el derecho vigente, este sesgo ha desaparecido, no solo en la aceptación del divorcio con disolución de vínculo sino también en la igualación de los derechos de los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio. En este sentido, lo que hace el ordenamiento jurídico en la actualidad es otorgar a eventuales futuras parejas distintas opciones para estructurar su vida en común; la opción por el régimen jurídico del matrimonio, la opción por el acuerdo de unión civil, o la mera convivencia al margen del derecho. Como el tercer elemento anotado (las relaciones afectivas) cae por su propia naturaleza fuera de la posibilidad de la regulación jurídica, puede proponerse como hipótesis que el núcleo del deber de protección y fortalecimiento de la familia contenido en la Constitución recae en los aspectos funcionales de la familia, los vínculos y actitudes de ayuda, colaboración, solidaridad y educación/aprendizaje³⁸.

El ordenamiento jurídico actualmente da a las partes de una relación afectiva (o al menos inicial o supuestamente afectiva en los hechos) la posibilidad de configurar algunas dimensiones de esos vínculos como una forma de ordenar el tránsito desde el quiebre de una relación, en el caso de la separación de hecho en la hipótesis del artículo 21 LMC, hacia el mantenimiento de vínculos de naturaleza familiar, como los

38 Concordamos en este punto con la idea de que la protección a la familia no es equivalente a la protección de sus integrantes vistos de manera aislada. DOMÍNGUEZ, C., “Los principios que informan el derecho de familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna”, cit., 215. Sin embargo, la constatación de que el concepto de familia a nivel constitucional no se encuentra supeditado a la familia matrimonial, y eventualmente ni siquiera a la familia sustentada en la relación de una pareja unida por lazos afectivos (como puede ser el caso de una madre o padre –o abuelo o abuela– que cría solo a sus hijos –nietos–), lleva precisamente a la necesidad de ampliar el estudio de los vínculos relevantes que pueden ser objeto de regulación jurídica en vistas a reforzarlos o mantenerlos frente a diversas circunstancias de la vida (y no solamente con miras a forzar el mantenimiento del primer elemento propuesto para el concepto, esto es, la vida en común). Puesto que en la dimensión no patrimonial del derecho de familia es poco lo que el derecho puede hacer por resolver lo sustantivo de los problemas, como muchas veces reportan jueces y juezas de tribunales de familia (véase FUENTES, C., “Los dilemas del juez de familia”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, n.º 3, 2015, 958), cabe preguntarse si en esta dimensión su función no será más bien la de velar por la conservación de vínculos medianamente pacíficos y funcionales, antes que objetivos que pueden dañarlos. En el caso de una pareja, ¿debiese ser el objetivo del derecho –como parcialmente lo es en la LMC en alguna de sus causales– el tratar de promover una convivencia que nada aporta a los cónyuges, con tal de que no llegue a hacer insoportable la vida en común? ¿O puede centrarse en formas de solución en relaciones civilizadas, mientras la experiencia humana del amor o desamor fluye por sus propios cauces y con sus propias turbulencias que el derecho no puede contener sino, en el caso de un mal diseño regulatorio, incluso agravar? ¿Qué mira al interés superior del niño, la cotidiana convivencia dañada o una relación relativamente contenida o pacífica entre sus progenitores separados? Estas son preguntas complejas cuya resolución no es el objeto de este artículo, pero que en cualquier discusión nuclear sobre el concepto de familia y la función del derecho en esta materia debiesen ser abordadas.

alimentos debidos entre cónyuges³⁹, el cuidado personal y la relación directa y regular con los hijos. El artículo 9 de la Ley n.º 19.968, que crea los tribunales de familia, establece como uno de los principios del procedimiento la búsqueda de soluciones colaborativas entre las partes. El artículo 9.2. de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho del niño a mantener contacto directo y de modo regular con ambos padres⁴⁰. Estas disposiciones pueden apreciarse como opciones positivas, dentro de diversas alternativas, para cumplir el mandato genérico contenido en el deber constitucional de protección y fortalecimiento. En términos coloquiales, esta idea podría expresarse así: se reconoce a las personas la libertad para optar por diversas formas de convivencia u hogar común y, frente a las vicisitudes de ruptura o separación, se reconoce, fomenta o protege la continuidad de ciertos vínculos respecto de los hijos y una salida ordenada de la relación de pareja que ya no puede continuar. Esta lectura del texto constitucional del deber de protección de la familia, de cara al desarrollo convencional o legal de la regulación de las separaciones, permite construir un argumento fuerte en favor de la conformidad de los acuerdos pre y posmatrimoniales con el orden público. En efecto, sin perjuicio del necesario análisis del contenido específico de los respectivos acuerdos, una regulación anticipada, realizada en previsión de una posible ruptura de la convivencia, presenta en su favor una fuerte presunción de mayor racionalidad y funcionalidad de las relaciones familiares posteriores a la separación, una mayor posibilidad de desarrollarse en lo que podría denominarse ciertas condiciones de lealtad mínima, que aquella otra regulación que podría lograrse a partir del dolor y de la carga emocional asociada a un quiebre cuando este se produce, o en un momento inmediatamente posterior. Quienes conocen la realidad de los conflictos de pareja son particularmente conscientes de la complejidad emergente al momento de enfrentar posiciones dispares en torno a la situación de los hijos, posiciones en que los padres no pueden, a veces con la mejor disposición e intención hacia aquellos, sustraerse del conflicto de pareja en que se encuentran. El permitir anticipar una hipótesis de quiebre y despejar por adelantado esta dimensión del conflicto no solo no contraría los principios del derecho de familia tal y como este se ha ido desarrollando en los últimos años, sino que, además, parece expresar la idea de protección a la familia en el sentido expresado.

Un segundo argumento constitucional incide en la discusión del contenido del orden público en lo tocante a la celebración de este tipo de acuerdos. Aunque nuestro texto constitucional no da pie para el desarrollo de una idea de dignidad humana como fundante del orden constitucional (la mención a ella es solo parte del estatuto

39 La hipótesis de aplicación del artículo 21 LMC es la separación de hecho. En el caso de divorcio, los derechos y deberes alimentarios cesan por lo dispuesto en su artículo 60.

40 En condiciones de igualdad, tras la Ley n.º 20.680 que equipara la posición jurídica del padre con la de la madre desde la perspectiva del cuidado personal.

de igualdad político-jurídica del art. 1 inc. 1 CPR⁴¹), la doctrina nacional, con apoyo en la doctrina comparada, en especial a partir de la ley Fundamental de Bonn de 1949 y la Constitución Española de 1978, ha venido afirmando casi unánimemente que ella constituye un pilar central, valor o principio del ordenamiento jurídico constitucional. Si se acepta esta posición, ella resulta en un argumento a favor del respeto de los individuos de la especie humana, en cuanto tales individuos, y respecto a su capacidad de agenciar frente a la actuación del Estado. Lo anterior implica un reconocimiento a la más amplia autonomía individual que daría pie para conectar esta posición doctrinaria con la constatación de la progresiva ampliación, en el ámbito del derecho de familia, de la autonomía individual, una evolución hacia lo que ha sido llamado su “contractualización”⁴². Por lo tanto, los acuerdos sí pueden celebrarse válidamente en Chile.

D. Características y requisitos

En consideración a su naturaleza jurídica convencional, les son aplicables a estos acuerdos, consecuentemente, los requisitos de existencia y validez de todo negocio jurídico, es decir, los requisitos generales de la contratación⁴³. Como se aprecia en el derecho comparado, se ha buscado impugnar esta clase de acuerdos mediante el establecimiento de vicios del consentimiento⁴⁴, por lo que es conveniente, para prever esa situación en Chile, poner especial atención en evitar cualquier clase de vicio del consentimiento al momento de celebrar el acuerdo. Ello podría lograrse mediante la constatación de asesoría legal independiente para cada contrayente. Asimismo, es muy relevante que la situación patrimonial de los contratantes sea conocida a cabalidad por ambos. También es importante dar a conocer aspectos personales relevantes. En este punto se debe aplicar a este negocio jurídico familiar las nociones que en la

41 En este sentido, de lo que podría denominarse la interpretación conforme al constitucionalismo tradicional, véase SILVA BASCUÑÁN, A., “...todos los seres humanos (...) son iguales, tanto en dignidad como en derechos”, en *Tratado de derecho constitucional*, t. IV, 2.ª ed., Santiago, Jurídica de Chile, 1997, 30, con su correspondiente desarrollo en 31-32. Para la afirmación de la dignidad como valor, por todos, véase NOGUEIRA ALCALÁ, H., “La dignidad humana se constituye en el valor supremo, columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional y fuente de todos los derechos fundamentales”, en *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Santiago, Librotecnia, 2006, 224.

42 Ya en el año 2005 se tiene la constatación de este fenómeno: “la autonomía de la voluntad como ejercicio de la libertad individual ha alcanzado en este ámbito una extensión casi impensable. Como se suele afirmar el Derecho de familia tiende paulatinamente a contractualizarse en un fenómeno exactamente inverso al que se produce en el Derecho de los contratos que tiende progresivamente a reconocer más límites a la libertad contractual”. DOMÍNGUEZ C., “Los principios que informan el derecho de familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna”, cit., 212.

43 A modo de ejemplo, véase RUZ, G., *Explicaciones de derecho civil*, t. V, *Derecho de las personas en familia*, Santiago, Abeledo Perrot Legal Publishing, 2012, 690, 299.

44 GÁSPAR, S., “Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LXIV, fasc. III 2011, 1070.

doctrina actual se han establecido para el deber de información como manifestación de la buena fe, en especial en la etapa precontractual⁴⁵.

Se está ante un negocio jurídico de carácter familiar porque es un pacto que encuentra vinculado, en primer lugar, al quiebre de la figura jurídica del matrimonio. Por lo mismo y asumiendo una postura amplia sobre el concepto de familia, no se aprecia ninguna imposibilidad para que los acuerdos en previsión de un quiebre también sean aplicables a AUC, aunque es preciso indicar que del matrimonio nacen una serie de efectos que no son previstos respecto de los convivientes civiles, como por ejemplo el derecho a alimentos. Esta situación, unida a la facilidad que se tiene para terminar este pacto (declaración unilateral), podría eventualmente desincentivar la celebración de un acuerdo en previsión de un quiebre de AUC. Sin embargo, debemos reconocer que desde la perspectiva jurídica-dogmática nada impide a los posibles convivientes celebrar los acuerdos que venimos estudiando. Por lo tanto, los efectos del quiebre matrimonial y del quiebre de AUC podrían ser regulados por un acuerdo previsor de la ruptura.

En cuanto a lo forma del acuerdo, asumiendo que en el ordenamiento jurídico chileno este pacto no está regulado expresamente, se debe aceptar en principio la libertad de los contratantes. Desde un punto de vista probatorio, el artículo 1709 c.c. exige que consten por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias. Si se estipula dentro del acuerdo una cláusula de las características indicadas, ella debería constar por escrito. En términos generales, aunque no existiese ninguna cláusula de carácter patrimonial, igualmente sería aconsejable celebrar el acuerdo por escrito, y en lo posible, por medio de un instrumento público, para evitar dificultades *a posteriori*. Sin embargo, en la actualidad serían válidos los acuerdos realizados por medio de instrumento privado e incluso de forma verbal. Con todo, reiteramos, son absolutamente desaconsejables.

Cabe preguntarse por cuál tribunal serán conocidos los conflictos que se susciten en torno a los acuerdos pre y posmatrimoniales. En primer lugar, antes de la reforma de 2008 la respuesta hubiese sido que los tribunales de familia conocen de estos asuntos. Sin embargo, tras la antedicha reforma la solución no es la misma. La razón principal es que el artículo 8 numeral 17 de la Ley de Tribunales de Familia indica:

45 En la doctrina chilena destacan los trabajos de Íñigo de la Maza respecto del deber informar; véase, p. ej., DE LA MAZA, I., “Buena fe, el reverso de la moneda a propósito del dolo por omisión y el deber precontractual de informar”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 11, 2008, 43-72; Id., “Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 34, 2010, 75-99; <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512010000100002>. Id., “La distribución del riesgo y la buena fe: a propósito del error, el dolo y los deberes precontractuales de información”, *Revista de Derecho*, Valparaíso, 37, 2011, 115-135, doi: 10.4067/S0718-68512011000200003.

“Toda otra materia que la ley les encomiende”⁴⁶. Y claro está, la ley no les ha encomendado el conocimiento de los acuerdos pre y posmatrimoniales.

Por consiguiente, si expresamente la ley no les entrega esta competencia, no estarían obligados a conocer del acuerdo prematrimonial de forma general como un solo todo. En ese caso, de presentarse una demanda ante un tribunal civil, probablemente se generaría una contienda de competencia que resolvería la Corte de Apelaciones⁴⁷. Ahora bien, el tema no es tan simple, porque si el acuerdo contiene materias en las que el tribunal de familia sí es competente (p. ej., causas referidas al derecho de cuidado personal; causas relativas al derecho y deber del progenitor no custodio a una relación directa y regular; causas en torno a los alimentos, etc.), es factible preguntarse si un juez podría declararse incompetente, aunque estimamos que no. Naturalmente, desde un punto de vista procesal, parece indispensable que un solo tribunal conozca del acuerdo pre o posmatrimonial, y consideramos que debiera ser el tribunal de familia por la especialidad de la materia.

Finalmente, quisiéramos plantear un caso hipotético: un acuerdo prenupcial solo contempla una cláusula penal en caso de incumplimiento de obligaciones matrimoniales; las partes se separan, se divorcian unilateralmente, obviamente sin celebrar acuerdo regulador, y luego la víctima de la infracción quiere demandar. La primera pregunta que surge es: ¿ante cuál tribunal debería demandar? Lo segundo que cabe preguntarse es el impacto que podría tener la incorporación expresa del principio de buena fe procesal⁴⁸ según la reciente Ley n.º 20.886, relativa a la tramitación electrónica; es decir, en definitiva, ¿sería o no una actuación contraria a la buena fe procesal el no haber presentado el acuerdo en el juicio de divorcio? ¿Es exigible al actor que presente en el juicio de divorcio dicha pretensión? Consideramos que de su omisión no se puede colegir mala fe.

E. Posibles causas de impugnación

A pesar de que en los párrafos anteriores se ha buscado presentar a los acuerdos pre y posmatrimoniales como un negocio jurídico que puede desplegar válidamente

46 Es una manifestación del artículo 108 del Código Orgánico de Tribunales de Chile.

47 En situaciones relativamente similares, como por ejemplo el tema de las indemnizaciones por incumplimiento de deberes conyugales, la Corte ha resuelto la contienda de competencia, entregando el conocimiento del asunto a los tribunales de familia. En este caso en particular, parece razonable adoptar dicha postura. A propósito de las indemnizaciones véase, exhaustivamente, OTÁROLA, Y., *Incumplimiento de los deberes matrimoniales y responsabilidad civil*, Madrid, Reus, 2016, 33-139; recientemente, TURNER, S., “Infidelidad, culpa, divorcio e indemnización de perjuicios en el derecho matrimonial argentino y chileno”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 35, 2018, 123-126.

48 Artículo 2, literal d, Ley n.º 20.886: “Principio de buena fe. Las partes, sus apoderados y todos quienes intervengan en el proceso conforme al sistema informático de tramitación deberán actuar de buena fe. El juez, de oficio o a petición de parte, deberá prevenir, corregir y sancionar, según corresponda, toda acción u omisión que importe un fraude o abuso procesal, contravención de actos propios o cualquiera otra conducta ilícita, dilatoria o de cualquier otro modo contraria a la buena fe”.

sus efectos jurídicos vinculantes, no es menos cierto que reconocemos que pueden surgir conflictos al momento de hacerse valer. ¿Cuáles podrían ser los casos de impugnación? En primer lugar, aquel contrayente que quiera desconocer la fuerza obligatoria del pacto, probablemente buscará generar una causal por medio de un vicio del consentimiento. Es relevante en este punto haberse asesorado legalmente⁴⁹ y con la suficiente antelación, para que de la premura no se pueda extraer que hubo una presión inadecuada para los contratantes.

Otro tema relevante que podría considerarse para impugnar el acuerdo es que alguno de los contratantes haya subvalorado o directamente ocultado su situación patrimonial, generando con ello errores de juicio del otro contratante. También, dada la naturaleza del acuerdo, la comunicación de temas personales relevantes es fundamental. Ello debe ser previsto por los contratantes, pues el deber de información es una manifestación concreta en todo el *iter* contractual, y especialmente en la etapa precontractual.

Conclusiones

A. Los acuerdos pre y posmatrimoniales son pactos que se efectúan por los novios o cónyuges o convivientes civiles, antes del matrimonio o del acuerdo, o mientras estos todavía existen, y tienen como objeto regular anticipadamente los efectos jurídicos patrimoniales y extrapatrimoniales de este quiebre conyugal. Comparten con otras figuras jurídicas su naturaleza jurídica como negocio jurídico de carácter familiar. Sin embargo, no pueden ser comprendidos en los acuerdos reguladores por el momento de la celebración de los pactos, y presentan marcadas diferencias con las capitulaciones matrimoniales, tanto en una dimensión de temporalidad como en su carácter patrimonial. En relación con la temporalidad, los acuerdos pueden celebrarse antes y durante el matrimonio. Las capitulaciones, solo antes o en la celebración del matrimonio. Si se realizan durante el matrimonio, solo se puede cambiar el régimen de bienes. En cuanto al carácter patrimonial de las capitulaciones matrimoniales, ellas están sustancialmente dedicadas a los regímenes matrimoniales. La amplitud de materias tanto patrimoniales como extrapatrimoniales que pueden ser reguladas en los acuerdos pre y posmatrimoniales es ajena a las capitulaciones matrimoniales. Conforme a lo anterior, ni el régimen de los acuerdos reguladores ni el de las capitulaciones patrimoniales es aplicable a este tipo de pactos.

49 Respecto al asesoramiento legal, en la doctrina y la jurisprudencia comparada se alza como un requisito relevante. Esto porque, si bien se reconoce en este tipo de acuerdos un ámbito de libertad contractual, su estrecho contacto con otros aspectos del derecho de familia hace necesario resguardar, en particular, precisamente el presupuesto de igualdad de las partes que justifica la libertad contractual y que, dependiendo del caso, puede no presentarse entre los futuros contrayentes o actuales cónyuges en previsión de un quiebre matrimonial es recomendable consultar con antelación a un abogado especialista en derecho de familia, en torno a los efectos jurídicos del quiebre, ámbito de negociación, modalidad del acuerdo, costos asociados, redacción del acuerdo, entre otros aspectos relevantes.

B. Se trata entonces de acuerdos que libremente pueden celebrar las partes en virtud de la autonomía privada. De acuerdo a ello, les son aplicables los requisitos generales de la contratación. Las eventuales objeciones que en el pasado pudieron haberse hecho valer desde la perspectiva del orden público han sido superadas. Cuando se examina la evolución tanto de la realidad social como de la legislación, al igual que el marco constitucional, se constata que todos dan cuenta de valores que ya no son los de la rígida concepción codicial de familia basada en el matrimonio indisoluble. Es más, puede considerarse que tanto la evolución de las instituciones como el mandato constitucional de protección a la familia justifican una noción actual de orden público que acoge, desde el punto de vista de su validez jurídica, los acuerdos pre y posmatrimoniales como forma de enfrentar de manera anticipada los efectos del eventual quiebre de una pareja.

C. El contenido de los acuerdos está determinado por la autonomía privada, es decir, si no hay un reproche de atentado contra el orden público en los términos que se han explicado, o violación a los principios particulares del derecho familiar, el pacto será válido. Las limitaciones respecto del derecho de familia son especialmente impuestas por el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes y por el principio del cónyuge más débil. No se aprecia ningún motivo, desde un punto de vista jurídico, para restringir la aplicación de estos acuerdos solo al matrimonio y no extender su aplicación a los acuerdos de unión civil. Consecuencialmente, se puede incluir aquí la noción de conviviente más débil.

D. Atención especial debe prestarse a posibles causas de impugnación fundadas en vicios del consentimiento, dado el contexto en que se celebran estos acuerdos. Para ello, se advierte un énfasis en la necesidad de adecuado asesoramiento legal. Asimismo, al momento de celebrar el acuerdo, se debe considerar el deber de información acerca de aspectos tanto patrimoniales como extrapatrimoniales relevantes para la contratación. En torno a los aspectos formales, este acuerdo no requiere ninguna clase de formalidad, pero es aconsejable, desde un punto de vista probatorio, a lo menos su escrituración.

E. Por último, desde un punto de vista procesal, el tribunal competente para conocer de las controversias surgidas con ocasión del cumplimiento de un acuerdo pre o posmatrimonial debiera ser, en principio, el tribunal con competencia en materias de familia. Sin embargo, dada la flexibilidad de este tipo de acuerdos, no se descarta que puedan llegar a adoptar un carácter meramente civil, lo que en relación con el artículo 8 número 17 de la Ley n.º 19.968 podría hacer surgir una disputa en torno a la competencia del juez civil para conocer de la materia, cuestión que dependerá del contenido específico del acuerdo y las pretensiones deducidas en cada caso.

Referencias

AEDO, C. y MONDACA, A., *Derecho de familia*, Santiago, Thomson Reuters, 2016.

- ALESSANDRI PALMA, A., *Derecho de familia*, Santiago, Zamorano y Caperán, 1942.
- ALESSANDRI PALMA, A., SOMARRIVA, M. y VODANOVICH, A., *Tratado de derecho civil. Parte preliminar y general*, t. II, Santiago, Jurídicas de Santiago, 2015.
- ANTÓN, I., “Los acuerdos prematrimoniales en derecho internacional privado español”, *Estudios Socio-Jurídicos*, 21 (1), 2019, 61-90, DOI: 10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7256.
- ARANCIBIA, M. y CORNEJO, P., “El derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos”, *Ius et Praxis*, año 20, n.º 1, 2014, 279-318.
- BANDA, A., “Dignidad de la persona y reproducción humana asistida”, *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral, vol. IX, diciembre, 1998, 7-41.
- BARRIENTOS, J. y NOVALES, A., *Nuevo derecho matrimonial chileno*, Santiago, Lexis-Nexis, 2005.
- BRAMBRIG, G., *Ehevertrag und Vermoögenszuordnung unter Ehegatten*, t. 7, 7.ª ed., C.H. Beck, 2012.
- CEA EGAÑA, J., *Derecho constitucional chileno*, t. I, 2.ª ed., Santiago, Universidad Católica de Chile, 2008.
- CORRAL, H., “Donaciones entre cónyuges”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, 1999, 349-367.
- DAUNER-LIEB, B., “Reichweite und Grenzen der Privatautonomie im Ehevertragsrecht”, *AcP*, 201, 2001, 295-332.
- DE BARTOLOMÉ CENZANO, J., *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- DE LA BARRA, M., “Breve análisis normativo sobre las uniones de hecho en la legislación chilena. Posibilidad de aplicación a parejas homosexuales”, *Derecho y Humanidades*, n.º 16, vol. 2, 2010, 101-117.
- DE LA FUENTE, H., *Orden público*, Buenos Aires, Astrea, 2003.

- DE LA MAZA, I., “Buena fe, el reverso de la moneda. A propósito del dolo por omisión y el deber precontractual de informar”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 11, 2008, 43-72.
- DE LA MAZA, I., “Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 34, 2010, 75-99, DOI: 10.4067/S0718-68512010000100002.
- DE LA MAZA, I., “La distribución del riesgo y la buena fe: a propósito del error, el dolo y los deberes precontractuales de información”, *Revista de Derecho*, Valparaíso, 37, 2011, 115-135, DOI: 10.4067/S0718-68512011000200003.
- DÍEZ, S., “Algunas consideraciones acerca del contenido de la noción de orden público en nuestro derecho civil”, memoria de prueba, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1947.
- DÍEZ-PICAZO, L., “El negocio jurídico del derecho de familia”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, junio, 1962, 771-792.
- DOMÍNGUEZ, C., “Los principios que informan el derecho de familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, n.º 2, 2005, 205-218.
- DUCCI, C., *Derecho civil. Parte general*, 4.ª ed., Santiago, Jurídica de Chile, 2010.
- FAVOREU, L., *Droit des libertés fondamentales*, 2.ª ed., Paris, Dalloz, 2002.
- FERRER-RIBA, J., “Marital agreements and privacy autonomy in Spain”, en SCHERPE, J. (ed.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Oxford, Hart, 2012.
- GARRIDO, M., *Derecho de familia (Un análisis del código civil catalán y su correlación con el código civil español). Régimen de la pareja matrimonial y legal*, t. I, 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2013.
- GASPAR, S., “Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LXIV, fasc. III, 2011, 1070.
- GINÉS, N., “Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: los pactos pre-ruptura en el libro II del código civil de Cataluña”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 727, 2011, 2577-2620.

- GÓMEZ DE LA TORRE, M., “Una mirada actual sobre el divorcio y su aplicación”, en *Estudios de derecho civil en homenaje a Gonzalo Figueroa Yáñez*, Santiago, Thomson Reuters, 2014, 199-226.
- HERRERA, M., “Proyectos familiares y de pareja entre los jóvenes de Santiago de Chile”, *Última Década*, n.º 25, CIDPA, 2006, 43-64.
- HINESTROSA, F., “Hacia un derecho de familia del siglo XXI”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 4, 1999, 3-12.
- JIMÉNEZ LARRAÍN, F. y JIMÉNEZ LOOSLI, F., *Derecho constitucional*, t. I, Concepción, Universidad Católica de Concepción, 2014.
- LANGENFELD, G., *Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen*, 6.^a ed., München, C.H. Beck, 2011.
- LATHROP, F., “Naturaleza jurídica del acuerdo regulador de la crisis matrimonial”, *Gaceta Jurídica*, año 2008, n.º 333, 20-38.
- LEÓN, A., *El objeto en los actos jurídicos*, 2.^a ed., Santiago, Jurídica de Chile, 1983.
- LEPÍN MOLINA, C., “Los nuevos principios del derecho de familia”, *Revista Chilena de Derecho Público*, n.º 23, 2004, 9-55.
- LLOVERAS, N. y SALOMÓN, M., *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Universidad, 2009.
- MONDACA, A., “El error inducido por dolo como causal de nulidad del matrimonio civil en la Ley n.º 19.947: aceptación y consecuencias de su regulación”, *Ius et Praxis*, año 16, n.º 2, 2010, 121-146.
- MORENO, X., “Paulatina incorporación de la autonomía de la voluntad en el derecho matrimonial chileno”, *Estudios de derecho civil II, Código civil y principios generales: nuevos problemas, nuevas soluciones*, Santiago, Thomson Reuters, 2006, 133-150.
- OPAZO, M., “Sobre la posibilidad de incorporar una cláusula penal en las capitulaciones prematrimoniales”, *Estudios de derecho civil X*, Santiago, Thomson Reuters, 2010, 267-282.
- RIVEROS, C. y Aldunate, E., “Acuerdos pre y posmatrimoniales. Conceptos y modelos de regulación”, *Revista de Derecho*, Valdivia, vol. 29, n.º 2, 2016, 131-155.

- ROSSEL, E., *Manual de derecho de familia*, 6.^a ed., Santiago, Jurídica de Chile, 1992.
- RODRÍGUEZ, P., *Regímenes patrimoniales*, Santiago, Jurídica de Chile, 1996.
- RUZ, G., *Explicaciones de derecho civil. Derecho de las personas en familia*, t. v, Santiago, Abeledo Perrot Legal Publishing, 2012.
- SALINAS, C., “El reconocimiento del matrimonio religioso en el derecho positivo del Estado de Chile: un viejo tema aún pendiente”, *Revista de Derecho*, vol. XX III, n.º 1, 2010, 9-78.
- SALINAS, C., *El influjo del derecho canónico en el código civil de la República de Chile*, Valparaíso, Universitarias de Valparaíso, 2006.
- SANDERS, A., “Private autonomy and marital property agreements”, *ICLQ*, vol. 59, 2010, 571-603.
- SCHWAB, D., *Familienrecht*, 21.^a ed., München, C.H. Beck, 2013.
- SILVA BASCUÑÁN, A., *Tratado de derecho constitucional*, t. IV, 2.^a ed., Santiago, Jurídica de Chile, 1997.
- SOMARRIVA, M., *Derecho de familia. Apuntes tomados en la clase del profesor Manuel Somarriva Undurraga. Desarrollo de Enrique Escal y Lisandro Cruz Ponce*, Santiago, Dirección General de Prisiones, Talleres Fiscales, 1933.
- SOMARRIVA, M., *Derecho de familia*, 2.^a ed., Santiago, Nascimento, 1963.
- SUDRE, F. *et al.*, *Les grans arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Paris, Themis, 2003.
- TURNER, S., “Infidelidad, culpa, divorcio e indemnización de perjuicios en el derecho matrimonial argentino y chileno”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 35, 2018, 105-128, DOI: 10.18601/01234366.n35.05.
- TRONCOSO, H., *Derecho de familia*, 13.^a ed., Santiago, Legal Publishing, 2010.
- VELOSO, P., *Tratado de jurisprudencia y doctrina. Derecho de familia. Fallos del mes*, t. I, Santiago, Thomson Reuters, Puntolex, 2011.
- VERDUGO MARINKOVIC, M., PFEFFER URQUIAGA, E. y NOGUEIRA ALCALÁ, H., *Derecho constitucional*, t. I, 2.^a ed., Santiago, Jurídica de Chile, 1997.

VIVANCO MARTÍNEZ, A., *Curso de derecho constitucional*, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2006.

WAGENKNECHT, C., *Das System de rechtlichen Kontrolle von Ehevertraegen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010.