



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Turner Saelzer, Susan

LA UNIÓN DE HECHO COMO INSTITUCIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA Y SU RÉGIMEN DE  
EFECTOS PERSONALES

Ius et Praxis, vol. 16, núm. 1, 2010, pp. 85-98

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19718016003>

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

redalyc.org

Sistema de Información Científica

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

## LA UNIÓN DE HECHO COMO INSTITUCIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA Y SU RÉGIMEN DE EFECTOS PERSONALES\*

CO-HABITATION AS A FAMILY LAW  
INSTITUTION AND ITS NON-ECONOMIC FAMILIAL EFFECTS

SUSAN TURNER SAELZER\*\*

### RESUMEN

*La decisión de abordar normativamente las uniones de hecho supone resolver previamente una serie de cuestiones. Entre ellas, la de si el régimen personal –derechos y obligaciones que se refieren o tienen por objeto a las personas mismas que integran la pareja– debe ser regulada por el legislador. En este trabajo, y bajo la premisa que en Chile se optara por conferir a las uniones de hecho heterosexuales un estatuto legal propio, se muestra cómo las escasas leyes que han regulado aspectos específicos de las uniones de hecho han situado correctamente a esta institución en el derecho de familia, a diferencia de la perspectiva utilizada por el régimen jurisprudencial aplicable a los aspectos patrimoniales de las mismas. Se intenta establecer las consecuencias que este cambio puede acarrear y se justifica la tesis de la conveniencia de no fijar legalmente un régimen personal para los convivientes en atención al marco proveído, en general, por los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.*

### ABSTRACT

*Before the decision to regulate cohabitation can be taken, a series of questions must be addressed. Among them, whether non economic familial effects –rights and obligations between partners– should be regulated by law. This paper, assuming that Chile will confer legal status to heterosexual co-habitation unions, will show how the few existing laws regulating specific personal aspects of co-habitation have correctly situated this status within family law, in contrast to the perspective adopted by the judiciary regarding economic aspects of this kind of partnership. This paper aims to outline the consequences this shift would bring and argues against the legal regulation*

\* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto FONDECYT Nº 1090706 denominado "Familia, Matrimonio y Convivencia". Parte del mismo fue expuesto por su autora en el seminario "Convivencias y Pactos de Unión Civil" –actividad integrada al mencionado proyecto de investigación– realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile con fecha 19 de noviembre de 2009. Trabajo recibido el 20 de enero y aprobado el 26 de marzo de 2010.

\*\* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile; Doctora en Derecho, Universidad de Göttingen, Alemania; Profesora de Derecho Civil, Universidad Austral de Chile. Correo electrónico: sturner@uach.cl.

*of non-economic familial effects for co-habitants, taking into consideration the fundamental rights guaranteed by the Constitution.*

*PALABRAS CLAVE*

*Derecho de Familia, Uniones de Hecho, Régimen Personal*

*KEY WORDS*

*Family Law, Co-Habitation, Non- economic Familial Effects*

## INTRODUCCIÓN

La discusión jurídica sobre las uniones de hecho no matrimoniales está instalada en Chile. Prueba de ello son los diversos, y muy variados, proyectos de ley que se encuentran actualmente en tramitación en el Congreso, la figuración que el tema ha tenido últimamente en la campaña presidencial y el tratamiento doctrinario que el mismo ha suscitado.

En esta discusión jurídica del tema surge una primera cuestión crucial que consiste en determinar cómo debe reaccionar el legislador frente a las nuevas formas convivenciales no matrimoniales. ¿Debe abordar las uniones de hecho a través de un estatuto especial o debe, en cambio, continuar dictando únicamente normas específicas en aquellos ámbitos más relevantes para la pareja no casada como, por ejemplo, el de la seguridad social? ¿Un estatuto especial para las uniones de hecho debe abarcar tanto sus efectos patrimoniales como los personales o, por el contrario, debe concentrarse sólo en los primeros?

La respuesta a estas interrogantes está fuertemente influenciada y condicionada por una peculiaridad del sistema chileno: si bien es cierto que el ordenamiento jurídico nacional no consagra un estatuto legal propio para las uniones de hecho, también lo es que, de manera diversa, ha proveído de un régimen jurídico aplicable a las mismas, al menos, en el ámbito patrimonial. En efecto, no es cierto que en la materia se parte de cero: existe, por una parte, un régimen patrimonial aplicable a las uniones de hecho de creación jurisprudencial. Existe, por otra, un avance desde una postura abstencionista del legislador hacia una protección en ciertos ámbitos del derecho positivo. Tenemos, en fin, unos preceptos constitucionales que, a diferencia de antaño, reclaman una aplicación directa e inmediata a las relaciones enmarcadas en la familia matrimonial o no matrimonial. Justamente la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos constituye una razón jurídicamente relevante para que los poderes públicos decidan regular situaciones de convivencia<sup>1</sup>.

En este trabajo intentaré conyugar estos distintos elementos, planteando como tesis que si bien el régimen jurisprudencial supone buenas soluciones a los problemas de orden patrimonial derivados de las uniones de hecho (proba-

<sup>1</sup> ROCA, Encarna, *Familia y cambio social (De la "casa" a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999, p. 134.

blemente lleguemos a las mismas con un régimen legal especial para ellas) la evolución legal y la influencia de la mirada desde los derechos fundamentales la hacen insuficiente<sup>2</sup>, debiendo quedar estas uniones *more uxorio* radicadas definitivamente en el ámbito del derecho de familia, en el que, eso sí, deberán abrirse un espacio frente al matrimonio<sup>3</sup>.

En la primera parte, describiré cómo el régimen jurisprudencial, además de resolver las cuestiones patrimoniales surgidas de las uniones de hecho, delimitó un campo de acción para las mismas y, al hacerlo, les asignó un lugar en el ordenamiento que dista mucho del lugar al que parecen estar enfocadas las normas legales aisladas que han surgido en las últimas décadas. En la segunda parte, desarrollaré las consecuencias que acarrea un abandono de la visión jurisprudencial, influenciada por los derechos fundamentales, especialmente en cuanto al régimen personal asociado a la unión de hecho.

#### PRIMERA PARTE

Las uniones de hecho plantean, entre otras muchas facetas problemáticas, la de su fuente normativa. En efecto, se trata de una de aquellas materias que en el ordenamiento civil chileno tienen una fuente jurisprudencial, hecho que pone en entredicho el sistema de fuentes formales del derecho nacional. De la máxima del valor relativo de las sentencias judiciales del art. 3º inciso 2º CC pasamos al reconocimiento de un régimen construido a partir de tales sentencias. Esta característica en cuanto a su fuente otorga, además, un cierto rasgo esquizofrénico a la discusión sobre si el legislador debe o no regular las uniones de hecho y de qué forma debiera hacerlo, en la medida que la argumentación a favor de una tal regulación parte de la base que se trata de una materia sin estatuto aplicable y sin embargo, cualquier abogado que asuma la defensa de un caso de quiebre de una unión de hecho, sabe qué alegar en el juicio y qué hechos probar para

<sup>2</sup> Ya en 1995 el Prof. Figueroa Yáñez abogaba por la necesidad de “establecer con claridad a nivel legal las reglas básicas de una situación de hecho que se está haciendo cada vez más frecuente en nuestro país” –especialmente en cuanto a la propiedad y el destino de los bienes adquiridos por los convivientes en común durante la vigencia de la convivencia– dejando atrás el desorden y la confusión que resultan de la dispersión de normas de distinto grado aplicables a dichos casos y del régimen jurisprudencial. FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, *Persona, Pareja y Familia*, Editorial Jurídica, Santiago, 1995, p. 75.

<sup>3</sup> En otra oportunidad he sostenido que los verdaderos destinatarios de una regulación legal de la unión de hecho son aquellas parejas a quienes les está vedado el matrimonio, es decir, a la pareja homosexual. Ello en atención a que la pareja heterosexual tiene a su disposición el régimen matrimonial –ya no el de una unión indisoluble y de fuerte influencia religiosa sino el de un matrimonio disoluble y laico– que regula de manera integral su funcionamiento. Cfr. TURNER, Susan, “Uniones de hecho y su regulación legal”, en GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Estudios de Derecho Civil*, LexisNexis, Santiago, 2007, pp. 167-176. Manteniendo esta posición, en el presente trabajo pretendo explorar cuál sería el punto de partida en el que nos encontraríamos en el evento que se produjese el consenso en torno a la necesidad de dotar de una regulación legal especial a las uniones de hecho heterosexuales.

lograr un resultado exitoso en cuanto a la división de los bienes habidos por la pareja durante su relación. Por otra parte, esta característica provee de un argumento de peso a aquel sector que aboga porque no es necesario dictar un estatuto jurídico específico para las uniones de hecho en la medida que sus problemas más relevantes ya cuentan con una solución en nuestro sistema y por consiguiente, no es efectivo que los miembros de la unión se encuentren en una situación de indefensión imputable al ordenamiento jurídico.

Tal como lo describe de manera inmejorable el Prof. Barrientos en su obra, una vez superada la primera etapa jurisprudencial que se concentró en la pregunta acerca de la licitud o ilicitud de las uniones de hecho, los tribunales, enfrentados a la ausencia de un régimen legal especial aplicable a los problemas suscitados fundamentalmente a raíz de la terminación de la unión de hecho, comenzaron a aplicar principios generales del derecho de las obligaciones. A través de un razonamiento íntegramente “obligacional”, los tribunales se preguntaron acerca de la causa generadora de alguna obligación jurídica entre los miembros de la unión o entre uno de ellos y los herederos del difunto<sup>4</sup>. Para responder a esta interrogante, lo importante –al menos para este trabajo– no es la causa hallada sino la descartada. En efecto, lo que trasluce claramente la jurisprudencia es que la unión de hecho por sí misma no constituye fuente de obligación jurídica alguna entre sus integrantes. En otras palabras, la unión de hecho como tal, es irrelevante para el derecho. Sólo porque ella no genera obligaciones jurídicas entre sus partes resulta necesario ubicar otras causas concretas para las mismas, surgiendo, entonces, la comunidad no convencional, la sociedad de hecho y la prestación de servicios no remunerados como categorías útiles para lograr aquello que la unión de hecho, por su naturaleza, no puede producir: la repartición de las utilidades patrimoniales habidas durante la vida en común.

A partir de la negativa tajante de la jurisprudencia a considerar a la unión de hecho como un fenómeno jurídicamente relevante por sí mismo, pueden extraerse algunas consecuencias:

- i) Desde luego, y desde el punto de vista de los jueces, la solución denota una sabiduría notable puesto que a través de ella circunscribieron el tema en un ámbito de regulación positiva y patrimonial, es decir, uno que provee de soluciones ampliamente probadas en la práctica judicial, librándose del siempre difuso campo extrapatrimonial.
- ii) Por otra parte, la opción jurisprudencial implicó una separación tajante de las uniones de hecho en relación con su figura más cercana y, por lo tanto, más amenazante: el matrimonio. Tan tajante fue la separación, que los fallos

<sup>4</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier, *De las uniones de hecho. Legislación, doctrina y jurisprudencia*, Legal-Publishing, Santiago, 2009, p. 13.

nunca se plantean siquiera, salvo en aquellos en que existe concurrencia de unión de hecho y matrimonio vigente, es decir, de comunidad no convencional vs. comunidad derivada de la sociedad conyugal<sup>5</sup>, que pudiese existir una zona común entre ambas realidades que justificara la aplicación de un razonamiento similar, por ejemplo, en cuanto al sustrato afectivo que las caracteriza. En todo caso, en aquellos casos de superposición de comunidad derivada de la unión de hecho y de sociedad conyugal, los fallos han reconocido una preeminencia absoluta a esta última<sup>6</sup>.

iii) En tercer término, y en directa relación con lo anterior, la postura adoptada por la jurisprudencia permitió omitir en el análisis de las uniones de hecho toda una gama de sus efectos: las relaciones personales que de ella se derivan basadas en la afectividad que les sirve de base<sup>7</sup>. En este sentido, se podría hacer el ejercicio de cambiar los sujetos involucrados en los distintos casos fallados –los miembros de la pareja de hecho– por un par de hermanos o por dos amigos y el razonamiento de los fallos seguiría siendo plenamente aplicable. La lógica jurisprudencial, entonces, deja fuera la consideración del elemento afectivo sexual que une a la pareja y por consiguiente, puede funcionar para cualquier tipo de comunidad.

Frente a este escenario planteado por el régimen jurisprudencial, emerge el que ha ido configurando el legislador a través de las normas legales aisladas que aluden a la unión de hecho. En él, la óptica con que se abordan los problemas asociados a la convivencia de hecho es diametralmente distinta:

i) Desde luego, la unión de hecho es reconocida como causa directa de obligaciones jurídicas. Así, por ejemplo, el art. 7º de la Ley Nº 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, recurre a la noción de “relación de convivencia” y de “actual conviviente” para calificar la relación necesaria entre agresor y agredido. Es decir, la sola acreditación del hecho de la convivencia entre demandante y demandado acarrearía la sujeción de ese acto de violencia al estatuto especial de la mencionada ley.

ii) En segundo lugar, y como consecuencia de la promoción de la unión de hecho a la categoría de fenómeno jurídicamente relevante, salta al primer plano

<sup>5</sup> Ver, por ejemplo, la sentencia de la Excmo. Corte Suprema, 12 de mayo de 2005, comentada en: TURNER, Susan, “Sentencia sobre los efectos de la terminación de una unión *more uxorio* y su relación con un régimen patrimonial matrimonial vigente (Corte Suprema)”, *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile* vol. XVIII, Nº 2, dic. 2005, pp. 233-244.

<sup>6</sup> DONOSO, Florencia; RIOSECO, Andrés, *El concubinato ante la jurisprudencia chilena*, LexisNexis, Santiago, 2007, p. 60.

<sup>7</sup> BARRIENTOS, *De las uniones*, cit. nota n. 4, pp. 15-16. Excepcionalmente, el autor anota que la jurisprudencia considera la afectividad en sede obligacional en la reparación del daño moral por responsabilidad extracontractual.

con la normativa legal el sustrato afectivo de la unión de hecho. La afectividad que liga a los miembros de la pareja, y que en el régimen jurisprudencial es omitida concientemente, adquiere el carácter de razón justificativa de su especialidad y de la necesidad de conferirle respuestas legales a sus intereses<sup>8</sup>. La consecuencia de la irrupción de la afectividad en el ámbito legal es el acercamiento de las uniones de hecho al matrimonio. Así, en varias disposiciones legales la alusión a la pareja no casada se hace inmediatamente a continuación de los cónyuges. Por ejemplo, en la Ley de Tribunales de Familia y a propósito del principio de no autoincriminación, se reconoce el derecho del testigo a negarse a responder “cuando, por su declaración, pudiere incriminar a su cónyuge, a su conviviente, a sus ascendientes o descendientes, a sus parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, a su pupilo o a su guardador, a su adoptante o su adoptado” (art. 37 LTF).

iii) En tercer término, las particularidades anotadas –el considerar la unión de hecho como causa directa de efectos jurídicos y la afectividad que subyace a ellas como justificación de soluciones legales específicas– traslada indiscutidamente la cuestión de las uniones de hecho desde el derecho de las obligaciones al derecho de familia, ámbito que tradicionalmente sólo conocía de ellas a propósito de la filiación no matrimonial.

En definitiva, entonces, se puede apreciar un cambio de timón que reubica temáticamente a las uniones de hecho en el ordenamiento jurídico. Desde el ámbito patrimonial-obligacional en donde las sitúa la jurisprudencia, en que lo relevante es encontrar una causa jurídicamente relevante para la necesidad de repartir bienes comunes, hacia el ámbito jurídico familiar, en que lo trascendental es la unión afectiva en sí misma que genera obligaciones patrimoniales y extrapatrimoniales.

El movimiento generado por la legislación –aunque fragmentaria– sobre uniones de hecho en relación con el estatuto aplicado por nuestra jurisprudencia no constituye un fenómeno interesante únicamente desde un punto de vista teórico, respondiendo al afán del derecho de ordenación y categorización, sino que tiene importantes consecuencias prácticas.

En este sentido, situadas las uniones de hecho en el derecho de familia, la solución a los conflictos suscitados por la terminación de la relación de pareja, por muerte u otra causa, podría consistir, coherentemente con lo que ocurre en el régimen matrimonial, en la división por partes iguales de las ganancias obtenidas durante la vida en común, sin considerar los aportes que cada miembro de la unión haya hecho efectivamente. A la usanza de la sociedad conyugal, la naturaleza afectivo-familiar del vínculo que unió a los comuneros sustenta

<sup>8</sup> BARRIENTOS, *De las uniones*, cit. nota n. 4, p. 25.

un criterio de solidaridad inherente a la comunidad de vida que releva de la necesidad de cuantificar lo que cada uno aportó al patrimonio común para luego repartir proporcionalmente las utilidades y, en cambio, admite de plano la división por partes iguales entre los miembros de la pareja, salvo pacto en contrario. Si bien así ha operado la jurisprudencia mayoritaria en sede obligacional<sup>9</sup>, es decir, sin repartir a los convivientes proporcionalmente según los aportes efectuados, ello habría sido perfectamente posible e incluso deseable en ciertos casos en que la prueba aportada permitía hacer distinciones en cuanto al trabajo o capital provisto por cada uno de ellos y en que, por consiguiente, una repartición diferenciada de ganancias habría estado justificada. Por el contrario, en sede de familia, lo propio y adecuado está dado por la división igualitaria de las utilidades habidas durante la vida en común.

Por otra parte, la inclusión de las uniones de hecho en el derecho de familia permitiría otorgar coherentemente ciertos derechos a sus miembros que, en el caso del matrimonio, evidentemente tienen su fundamento en la relación afectiva que une a los cónyuges. En esta situación se encontrarían los derechos previsionales y los sucesorios. Desde la óptica familiar resulta mucho más armónico un sistema legal que reconozca derechos patrimoniales en esos dos ámbitos a aquel que ha fundado una comunidad de vida con otro que desde un punto de vista obligacional.

## SEGUNDA PARTE

La perspectiva legal de considerar la unión de hecho como institución propia del derecho de familia parece irreversible, en el sentido que ya no resulta factible un “retorno” al criterio jurisprudencial basado en el derecho de las obligaciones. Y ello, en mi opinión, no porque las soluciones patrimoniales a las que llega la jurisprudencia sean en sí mismas deficientes sino porque ignoran un aspecto de la convivencia no matrimonial que hoy día parece imponerse y que consiste en su función constitutiva de familia. La comunidad de vida generada por la unión de hecho, es decir, esta convivencia estable, con actuaciones, intereses y fines comunes nace efectivamente desvinculada del derecho pero ello no obsta a que durante su vigencia, asuma fines y funciones que el derecho protege<sup>10</sup>, en tanto formadoras de familia. La ley de Matrimonio Civil del año 2004 nos provee de un argumento explícito a favor de esta tesis. ¿Qué otro sentido puede tener la afirmación contenida en el art. 1º inciso 1º de la mencionada ley que atribuye al matrimonio la función de ser “base principal de la familia” sino la de aceptar que existen otras bases de familia?

<sup>9</sup> DONOSO; RIOSECO, *El concubinato*, cit. nota n. 6, pp. 85-86.

<sup>10</sup> SÁNCHEZ, M. Olga, “Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares”, *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 58 Año 20, enero-abril, 2000, pp. 50-51.

Aceptado el rol constitutivo de familia de la unión de hecho, la visión jurisprudencial basada en categorías patrimoniales propias del derecho de las obligaciones se torna insuficiente, reclamando la institución para sí un estatuto que se haga cargo del rol aludido.

Sin embargo, esta reubicación del tema en cuanto al ámbito jurídico que debería cubrirlo no está exenta de problemas. Situada una futura regulación del concubinato en el derecho de familia, por pertenecer a él<sup>11</sup>, surgen una serie de dificultades nuevas para el ordenamiento jurídico que se producen esencialmente a consecuencia de la cercanía en que quedan las uniones de hecho y el matrimonio.

En efecto, existiendo entre ambas realidades una semejanza fáctica innegable: una convivencia afectivo-sexual con rasgos de exclusividad y estabilidad, sería esperable para ambas una respuesta semejante por parte del derecho<sup>12</sup>. ¿Cuánto de la relación legal, estable, formal y organizada del matrimonio es dable entregar a las uniones de hecho<sup>13</sup>?

La respuesta a esta interrogante está fuertemente influenciada por la noción de igualdad<sup>14</sup>. A ella se recurre tanto cuando se intentan encontrar diferencias objetivas y razonables que justifiquen un tratamiento jurídico diverso entre las nuevas fórmulas de convivencia estable y el matrimonio como cuando se aboga por un estatuto legal similar al matrimonial para las primeras o, al menos, una aplicación extensiva de todos o ciertos efectos del matrimonio a las uniones de hecho.

Uno de los aspectos en que la cuestión cobra relevancia es en el de los denominados efectos personales del matrimonio y su eventual traslado, por cualquiera de las vías que se indicarán a continuación, a las uniones de hecho.

Bajo la denominación de efectos personales derivados del matrimonio se alude al conjunto de derechos y deberes atinentes a la vida común de los casados, es decir, a aquellos que se refieren o tienen por objeto a las personas mismas de los casados<sup>15</sup>. Se trata de enunciaciones genéricas que se limitan a especificar

<sup>11</sup> TAPIA, Mauricio, "Constitucionalización del derecho de familia(s). El caso chileno: las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social", *Revista Chilena de Derecho Privado* Nº 8, julio 2007, p. 176.

<sup>12</sup> BARRIENTOS, *De las Uniones*, cit. nota n. 4, p. 26; Sánchez, *Constitución*, cit. nota n. 10, p. 50.

<sup>13</sup> SÁNCHEZ, *Constitución*, cit. nota n. 10, p. 46.

<sup>14</sup> La indiferencia demostrada por el legislador nacional frente al concubinato, a pesar del denominado proceso de constitucionalización del derecho de familia, le permite al Prof. Tapia analizar la situación de las uniones *more uxorio* bajo el sugerente título "¿Y el cuncubinato? (la deuda pendiente de igualdad)". Cfr. TAPIA, "Constitucionalización", cit. nota n. 11, p. 173.

<sup>15</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis; Gullón, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 2006, p. 92.

aspectos relevantes para la existencia y la exteriorización de la comunidad sin pretender ni suplir lo que los derechos humanos consagran con indefinida amplitud ni excluir derechos y deberes no enumerados<sup>16</sup>. En el sistema matrimonial chileno comprenden el deber de fidelidad, socorro, ayuda mutua o asistencia, respeto, protección, cohabitación, auxilio y expensas para la litis y derecho-deber de vivir en el hogar común<sup>17</sup>. Bajo el alero del principio de igualdad entre los cónyuges, estos efectos se configuran como derechos-deberes recíprocos y se caracterizan porque su incumplimiento carece de sanción directa.

Si el matrimonio y las uniones de hecho son semejantes en cuanto a que suponen una comunidad existencial, una comunidad de techo, de lecho y de mesa, cabe preguntarse si una eventual regulación legal de las uniones de hecho, abordada desde el derecho de familia y regida por el principio de igualdad admite que en ella sean omitidos los efectos personales que han de surgir entre los miembros de la pareja o si, por el contrario, dichos efectos deben necesariamente quedar cubiertos por el estatuto legal<sup>18</sup>.

A favor de esta última postura, es decir, de aquella que considera inconcebible un estatuto jurídico pleno para las uniones de hecho que carezca de una regulación de la esfera personal de los cónyuges, pueden plantearse los siguientes argumentos:

<sup>16</sup> MÉNDEZ COSTA, María José, *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Rubinzel-Culzoni, Buenos Aires, 2006, p. 171.

<sup>17</sup> RAMOS, René, *Derecho de Familia*, t. I, 5<sup>a</sup> edición, Editorial Jurídica, Santiago, 2005, pp. 124-125.

<sup>18</sup> En el derecho comparado priman las regulaciones que no contienen un régimen de derechos y deberes personales entre los miembros de la unión de hecho. Así, por ejemplo, el Pacto Civil de Solidaridad incorporado al Código Civil francés en 1999 no produce ningún efecto personal mayor: no crea obligaciones personales entre las partes ni modifica algún elemento esencial del estado civil de las mismas, sin perjuicio de conferir una preferencia a favor de los funcionarios separados por razones profesionales de su pareja y de ser considerado para efectos de concesión de visas o títulos de residencia. Cfr. GRIMALDI, Michel, "El Pacto Civil de Solidaridad en el Derecho francés", *Revista Chilena de Derecho Privado* N° 3, diciembre, 2004, pp. 74-75. En España, la mayoría de las leyes autonómicas relativas a uniones de hecho (tanto heterosexuales como homosexuales), carecen de un régimen de efectos personales, sin perjuicio de reconocer a los miembros de la pareja la facultad de regular autónomamente sus relaciones personales. A falta de acuerdo en tal sentido, la ley ofrece un régimen supletorio pero sólo en cuanto a la contribución de cada miembro de la unión al mantenimiento del hogar común. En este sentido, por ejemplo, art. 3 de la Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña; art. 5 Ley para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables de Navarra; art. 5 Ley de Parejas Estables no Casadas de Aragón; arts. 4 y 5 Ley de Parejas Estables de Islas Baleares; art. 5 Ley de Parejas Estables de Asturias; art. 7 Ley de Parejas de Hecho de Andalucía. Un desarrollo sinóptico de las distintas leyes autonómicas sobre la materia puede encontrarse en ALONSO PÉREZ, José Ignacio, *El reconocimiento de las uniones no matrimoniales en la Unión Europea. Análisis y sinopsis de las leyes autonómicas en vigor*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 119-174. Por su parte, la ley alemana sobre Comunidad de Vida de parejas homosexuales de 2001 sí se refiere a ciertos efectos personales de la unión registrada. El § 2 consagra la obligación de cuidado y protección entre los miembros de la pareja así como su obligación de configurar una vida en común. Cada uno de ellos responde por el otro. Sobre el contenido de estas obligaciones y su comparación con el régimen matrimonial, ver WEINREICH, G.; KLEIN, M., *Kommentar Familienrecht*, § 2 Lebenspartnerschaftsgesetz (Weinreich), Luchterhand, Neuwied, 2002, p. 1827.

i) Sería incoherente que, habiendo logrado nuestra escasa y fragmentaria legislación nacional ubicar a las uniones de hecho en su sitio natural, el ordenamiento familiar, la culminación de este proceso, es decir, la dictación de un estatuto especial para las mismas abdicara de otorgarles un tratamiento completo, tal como el legislador lo hace con el matrimonio.

ii) Sería, a su vez, una fragmentación discriminatoria con respecto al matrimonio. Desde el momento en que el legislador decide regular las uniones de hecho queda de cierto modo condicionado por la completitud del estatuto matrimonial. Es esa la vara con la que debe medirse la igualdad<sup>19</sup>.

Siguiendo con esta línea argumentativa, y reafirmando la prevención hecha de que la incorporación de las uniones de hecho al derecho de familia genera roces con el matrimonio, cabe preguntarse si es posible la formulación de un régimen personal entre los miembros de la pareja que sea distinto del que existe para los cónyuges. Resulta difícil imaginarse qué podría regular un régimen personal de las uniones de hecho que fuera distinto del que rige al matrimonio. Desde luego, existen materias muy importantes que atañen a la vida e integridad de los miembros de la pareja y que podrían abordarse. Por ejemplo, la representación necesaria para tomar decisiones en caso de enfermedad o trasplante cuando uno de ellos esté imposibilitado de tomarlas por sí mismo. Sin embargo, en un ordenamiento jurídico racional, sería esperable que una norma de esta naturaleza estuviera contenida en la ley especial de la materia y que contemplara tanto el caso de los miembros de la unión de hecho como de los cónyuges y parientes cercanos.

En definitiva, entonces, pareciera que esta posición conduce irremediablemente a la replicación del actual estatuto personal del matrimonio a las uniones de hecho. Por consiguiente, en esta materia el legislador transitaría inexorablemente desde una postura protecciónista hacia una política equiparadora de ambas instituciones<sup>20</sup>.

Siguiendo la tesis contraria, se puede argumentar que es perfectamente posible que un estatuto legal para las uniones de hecho no contemple los aspectos personales de la relación de pareja, sin que por ello ese estatuto sea incompleto.

En la doctrina nacional se ha argumentado a favor de esta postura invocando que el mismo reconocimiento legal de la unión de hecho implicaría el reconocimiento de la “autonomía de sus miembros para definir sus propias relaciones per-

<sup>19</sup> Sin embargo, una regulación pormenorizada por parte del Estado de las consecuencias personales, familiares, patrimoniales que pudieran afectar a la pareja de hecho tropieza con serios obstáculos constitucionales en tanto se crearía una especie de “matrimonio de segundo orden”. Cfr. ROCA, *Familia*, cit. nota n. 1, p. 132.

<sup>20</sup> TURNER, “Uniones de hecho”, cit. nota n. 3, pp. 170-171.

sonales desde sus peculiares concepciones y convicciones de lo que entiendan y quieran como su mayor desarrollo espiritual y material posible”<sup>21</sup>. La decisión de la pareja de mantenerse al margen del matrimonio obligaría, entonces, al ordenamiento jurídico a un repliegue, debiendo contentarse con abordar sólo la regulación de ciertos aspectos relevantes dentro de los cuales no está la esfera personal de las relaciones de pareja. Curiosamente y desde esta perspectiva, los efectos personales de la unión de hecho resultan ignorados por el derecho, tal como ocurre en la mirada “patrimonialista” de la jurisprudencia.

Frente a estas dos posibles respuestas del ordenamiento jurídico, me inclino por la segunda. Si bien comparto, en principio, la objeción que alude a la incoherencia de “dividir” la decisión de la pareja de no contraer matrimonio y de esa forma mantenerse al margen del derecho, respetándosela en el ámbito personal y, en cambio, pasándola por alto en el ámbito patrimonial al imponerles un régimen de bienes, considero de mayor peso el argumento consistente en que la esfera personal de la relación de los convivientes debiera ser, de manera consciente, eludida por una eventual regulación legal por cuanto se trata de un campo perfectamente cubierto por el ordenamiento jurídico a través de la aplicación directa de los derechos fundamentales que sientan un marco limitativo para la autonomía de los miembros de la unión de hecho. El régimen legal actuaría como un sustrato mínimo que debiera ser llenado por los derechos constitucionales. Sobre ese nuevo piso se construirían, entonces, los distintos modelos familiares posibles<sup>22</sup>. En este sentido, el establecimiento de un régimen personal para la unión de hecho podría considerarse innecesario.

Por otra parte, el derecho debería concentrar sus esfuerzos en desplegar sus efectos allí donde tiene alguna posibilidad de efectividad y eficacia. En el ámbito de los derechos-deberes recíprocos entre cónyuges el ordenamiento matrimonial en realidad renuncia a ello y suple su objetivo natural a través de la formulación de derechos-deberes que no tienen la estructura del derecho subjetivo, al cual va asociada la exigibilidad del mismo. De allí que el incumplimiento de estos derechos-deberes tenga consecuencias en materia de divorcio, separación de bienes, separación judicial, etc., pero que no lleve aparejada una sanción directa. Con realismo, el ordenamiento legal se limita a fijar –bajo la forma de estos derechos-deberes recíprocos– los principios definitorios de la institución matrimonial. Así, el modelo matrimonial configura un tipo de vínculo ideal entre los cónyuges marcado por la fidelidad, el respeto, el apoyo y socorro mutuos, la cohabitación y la convivencia sexual. En el caso de la unión de hecho, en cambio, se aviene mejor con la intención y propósitos de los convivientes una indefinición legal en cuanto a las características de la relación afectiva que

<sup>21</sup> BARRIENTOS, *De las uniones*, cit. nota n. 4, p. 54.

<sup>22</sup> DÍEZ-PICAZO; GULLÓN, *Sistema*, cit. nota n. 15, p. 92.

lleven sus miembros. Más bien parece que esa indefinición –bajo el marco general dado por los derechos fundamentales que no permitirían, por ejemplo, basar la relación en un sometimiento por la fuerza– es más coherente con la inspiración de la unión de hecho. De no ser así, resulta extremadamente difícil justificar que la pareja no acceda al estatuto matrimonial.

No puede dejar de mencionarse una tercera alternativa que se ha planteado frente al régimen personal de las uniones de hecho y que consiste en la posibilidad de aplicar por vía analógica ciertos derechos-deberes entre cónyuges a los miembros de la pareja de hecho, en la medida que entre ellos se generaría un verdadero estatuto de derechos y deberes que, de manera muy similar al matrimonial, regula sus relaciones<sup>23</sup>, tales como el deber de fidelidad, de ayuda mutua, de protección y la obligación de convivencia<sup>24</sup>.

En el derecho comparado esta misma idea de aplicación analógica se ha fundado en sede constitucional. Así, la protección genérica de la familia, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, el derecho a la seguridad social y a la vivienda digna sirven de base para fundar una discriminación arbitraria en contra de las uniones de hecho en relación con el matrimonio, permitiendo la extensión de ciertos efectos de éste a las primeras<sup>25</sup>.

Esta posible aplicación extensiva del régimen personal del matrimonio a las uniones de hecho, sea que se fundamente en sede civil o constitucional, parece errónea. El estatuto matrimonial constituye un régimen indisponible para los propios cónyuges<sup>26</sup>, de naturaleza muy particular en el sentido de constituir más bien deberes éticos que jurídicos y claramente excepcionales en la medida que aumentan las exigencias del mero cumplimiento de buena fe de los contratos. Sólo el hecho de haber otorgado las partes en forma libre su consentimiento matrimonial permite hacer primar en la oposición entre autonomía de la voluntad y matrimonio institucional, el segundo<sup>27</sup>.

Cada uno de estos aspectos habla por una aplicación estricta del régimen personal del matrimonio.

#### CONCLUSIONES

1. La escasa legislación nacional referida a aspectos específicos de las uniones de hecho ha situado correctamente a éstas en el ámbito del derecho de familia, abandonando irrevocablemente la mirada jurisprudencial que parte desde el derecho de las obligaciones.

<sup>23</sup> FIGUEROA, *Persona*, cit. nota n. 2, p. 78.

<sup>24</sup> FIGUEROA, *Persona*, cit. nota n. 2, pp. 79-82.

<sup>25</sup> SÁNCHEZ, *Constitución*, cit. nota n. 10, p. 61.

<sup>26</sup> MÉNDEZ, *Los principios*, cit. nota n. 16, p. 235.

<sup>27</sup> MÉNDEZ, *Los principios*, cit. nota n. 16, p. 266.

2. En el ámbito jurídico familiar, las uniones de hecho deben lidiar fundamentalmente con el matrimonio, como institución paradigmática de relaciones afectivo-sexuales y con respecto a la cual se miden las nuevas formas de convivencia.

3. Es posible conciliar la perspectiva familiar de las uniones de hecho con la decisión de no fijar para ellas un régimen de efectos personales. Más bien pareciera que una indefinición legal de la institución en este ámbito le es más propia que el establecimiento de un régimen específico.

4. El sustrato jurídico para las relaciones personales entre los miembros de la unión de hecho está dado por los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, a partir de los cuales, la pareja no casada debiera poder definir su propio estatuto de relaciones personales.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, José Ignacio, *El reconocimiento de las uniones no matrimoniales en la Unión Europea. Análisis y sinopsis de las leyes autonómicas en vigor*, Bosch, Barcelona, 2007.
- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *De las uniones de hecho. Legislación, doctrina y jurisprudencia*, LegalPublishing, Santiago, 2009.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 2006.
- DONOSO, Florencia; RIOSECO, Andrés, *El concubinato ante la jurisprudencia chilena*, LexisNexis, Santiago, 2007.
- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, *Persona, Pareja y Familia*, Editorial Jurídica, Santiago, 1995.
- GRIMALDI, Michel, "El Pacto Civil de Solidaridad en el Derecho francés", *Revista Chilena de Derecho Privado* N° 3, diciembre, 2004.
- MÉNDEZ COSTA, María José, *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006.
- RAMOS, René, *Derecho de Familia*, t. I, 5<sup>a</sup> edición, Editorial Jurídica, Santiago, 2005.
- ROCA, Encarna, *Familia y cambio social (De la "casa" a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999.
- SÁNCHEZ, M. Olga, "Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares" en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 58 Año 20, enero-abril, 2000.
- TAPIA, Mauricio, "Constitucionalización del derecho de familia(s). El caso chileno: las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social" en *Revista Chilena de Derecho Privado* N° 8, julio, 2007.

TURNER, Susan, "Uniones de hecho y su regulación legal", en GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Estudios de Derecho Civil*, LexisNexis, Santiago, 2007.

\_\_\_\_\_, "Sentencia sobre los efectos de la terminación de una unión *more uxorio* y su relación con un régimen patrimonial matrimonial vigente (Corte Suprema)", *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile* N° 2 vol. XVIII, 2005.

WEINREICH, G.; KLEIN, M., *Kompaktkommentar Familienrecht*, §2 Lebenspartnerschaftsgesetz (Weinreich), Luchterhand, Neuwied, 2002.