



## Uniones de hecho: ¿es deseable su reconocimiento legislativo?

Ha vuelto a cobrar relieve el debate respecto de la consagración legal de las uniones de hecho. Y ello, por las mismas razones de siempre: los nuevos tiempos y las nuevas tendencias en materia de familia de nuestra cultura posmoderna reclaman, según algunos, la urgente necesidad de adaptar nuestra sociedad a formas más modernas de fundar la familia.

Sin embargo, allí donde algunos ven un movimiento natural de nuestra sociedad hacia formas más laxas de ligazón conyugal, puede observarse, quizá con mayor nitidez, un fracaso de las políticas de fomento de la familia o, incluso, una soterrada imposición ideológica de algunos sectores tendiente a debilitarla. Como muy bien se ha apuntado: *“es importante preguntarse por los motivos profundos por los que la cultura contemporánea asiste a una crisis del matrimonio, tanto en su dimensión religiosa como en aquella civil, y al intento de reconocimiento y equiparación de las uniones de hecho”*<sup>1</sup>.

---

1. Pontificio Consejo para la Familia: “Familia, matrimonio y ‘uniones de hecho’”, documento de 26-VII-2000, capítulo I, N°7, Ciudad de Vaticano.

Existe a nivel comparado una fuerte tendencia de las legislaciones a reconocer y establecer todo un estatuto jurídico y orgánica propia a las uniones de hecho. Nuestro país no está exento de estas nuevas corrientes legislativas; muestra de ello son sendos proyectos que actualmente se hayan en discusión en la Cámara de Diputados. Sin embargo, aquello que se suele presentar como una simple regulación de las materias patrimoniales entre los convivientes y, por ende, de estricto interés privado, no es tan inocuo: serios inconvenientes, tanto en lo jurídico como en lo ético desaconsejan este tipo de iniciativas.

En lo que sigue intentaremos exponer algunos de los argumentos habitualmente esgrimidos en el plano jurídico para fundar la necesidad de una regulación legal de las uniones de hecho, sopesándolos con los datos que nos aporta la realidad de la institución matrimonial y la facticidad de las uniones de hecho, para, en definitiva, dar cuenta de lo innecesaria que, a nuestro juicio, resulta una modificación legal en ese sentido.

### 1. Principales argumentos esgrimidos para regular las uniones de hecho.

En nuestro derecho, puede señalarse que en general la doctrina y, en especial, la jurisprudencia<sup>2</sup> se han hecho cargo de la realidad social de las uniones de hecho y han acudido a dar satisfactorias respuestas a la problemática producida a raíz de las mismas en el ámbito patrimonial que, es importante recalcarlo, parece ser el único que realmente preocupa a quienes pretenden su consagración legislativa<sup>3</sup>. Las soluciones ofrecidas por nuestra jurisprudencia y doctrina han ido por la línea de reconocer, frente a determinados negocios jurídicos celebrados por los convivientes, la existencia de una comunidad o de una sociedad de hecho, pero siempre dejando a salvo que dicha relación jurídica no nace de un reconocimiento de la unión de hecho propiamente tal como auténtico grupo familiar, sino de la identificación de ciertas consecuencias jurídicas derivadas de las relaciones interpersonales de sus miembros o de su actuación conjunta en el comercio humano<sup>4</sup>. En este sentido señala Corral que: *“Los ligámenes jurídicos a que puede dar lugar una situación parafamiliar no son atribuibles al grupo, sino que corresponden a las personas que lo integran en cuanto individuos relacionados interpersonalmente”*<sup>5</sup>.

No obstante la consideración precedente, dos objeciones son habitualmente esgrimidas en su contra para sostener la conveniencia de una regulación abarcadora de la realidad de las uniones de hecho. En primer lugar, se señala que la falta de reglamentación -que ha entregado a la casuística jurisprudencial la solución de los problemas patrimoniales que surgen de la convivencia- ha dado lugar a que se produzcan situaciones notablemente injustas<sup>6</sup>. En segundo lugar, se destaca la falta de organicidad de la normativa que hace referencia a la convivencia, con la consecuente debilidad de su sistemática al momento de reclamar tal o cual derecho.

---

2. Muy elocuente a este respecto es el Considerando 10° de la Sentencia de 18 de octubre de 2005 de la Ilma. Corte de Apelaciones de La Serena (Rol N° 1005-2005), que señala: “Si bien es cierto que el legislador no ha reglamentado de modo expreso y orgánico la institución del concubinato, no lo es menos que se ha referido a él a través de ciertas disposiciones legales dispersas en diversos cuerpos normativos. Por otra parte, es un hecho reconocido que la doctrina de los autores y la jurisprudencia de los tribunales es la que ha ido elaborando un “corpus” sobre tal instituto, resultando de esto una realidad social-jurídica que no escapa a la atención y tratamiento del mundo del derecho”.

3. En general, todos los proyectos presentados hasta ahora en nuestro órgano legislativo han discurrido sobre la base de un tratamiento patrimonial de la situación de la convivencia, ya sea mediante un pacto civil celebrado por los convivientes, ya sea mediante el otorgamiento de determinados efectos a una convivencia prolongada durante un cierto período de tiempo. Ilustrativos de este punto son los dos proyectos sobre la materia que actualmente se discuten en el Congreso Nacional: el proyecto de ley que establece regulación para las uniones de hecho (Boletín 4153-18), presentado por la H. Diputada Ximena Vidal; y el proyecto de ley que otorga a la comunidad formada por la convivencia la propiedad de los bienes adquiridos en las condiciones que indica (Boletín 4187-18) del H. Diputado Maximiano Errázuriz.

4. Un muy interesante y completo análisis de la jurisprudencia que han desarrollado nuestros tribunales a este respecto puede encontrarse en: Barrientos Grandon, Javier: “De las uniones de hecho”, Legislación, doctrina y jurisprudencia, LexisNexis, Santiago, 2008.

5. Corral Talciani, Hernán: “Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la Familia”, Ediciones Universidad de Los Andes, Santiago, 1994, pág. 37.

6. Martinic, María Dora y Weinstein, Graciela: “Nuevas tendencias de las uniones conyugales de hecho”, en Instituciones de Derecho de Familia, Claudia Schmidt y M. Dora Martinic (Ed.), Lexis Nexis, Santiago, 2004, pág. 13.

Respecto de la primera de las objeciones apuntadas, cabe señalar que allí donde se reclama que la aplicación de las normas generales del derecho ha tenido como resultado una solución que pueda parecer injusta o insuficiente, debe responderse que el ordenamiento no puede –y ni siquiera debe– otorgar respuesta a cada arbitrio de la voluntad humana. En efecto, la respuesta jurídica a la realidad de la convivencia conyugal y de la familia, en sus aspectos patrimoniales, sucesorios, filiativos y propiamente nupciales, se encuentra desde antaño presente en la institución del matrimonio civil y, aún antes de la dictación de aquél, en las normas generales de nuestro derecho de familia.

Invocar la existencia fáctica de las uniones de hecho como único argumento para esgrimir la necesidad de una legislación que las incorpore al derecho positivo, implica admitir la procedencia de respuestas *ad hoc* a cada fenómeno que se desee crear en el orden social, aún cuando la misma no sea más que una modalidad imperfecta de aquella situación ya contemplada por el derecho y ya ajustada a dar propicias respuestas a las cuestiones que se han de suscitar en su transcurso. En ningún caso es injusto que el ordenamiento reclame un mínimo de diligencia de parte de los miembros de la sociedad, para que ellos a su vez puedan exigir ciertos resultados del mismo.

Dicho en otras palabras, “es lícito que la sociedad, por un lado, vea y sancione ciertas conductas del hombre, por libre que haya sido su elección; y, por otro, valore de manera distinta las determinaciones de las personas, otorgándoles estatus diferentes, e incluso privilegiando a algunas sobre otras. El derecho, en buena parte, consiste en distinguir entre preferencias proscritas y permitidas y, dentro de éstas, cuáles deben ser favorecidas o protegidas”<sup>7</sup>.

Resulta muy ilustrativo apuntar que a similares conclusiones puede llegarse desde una perspectiva muy diversa a la que aquí adherimos. Así, por ejemplo, Susan Turner<sup>8</sup> ha enfatizado que de un análisis detenido de la doctrina, en general, puede observarse una relativa coincidencia entre los factores definitorios de la convivencia que se dan en la unión de hecho y la que se presenta en el matrimonio, y que, haciendo abstracción de la diferencia en el orden jurídico de que el primero obedece a un “hecho” y el segundo a un “contrato” (diferencia que, dicho sea de paso, se diluye con la regulación de un pacto de unión de hecho) en la sustancia ambas situaciones son una misma desde la perspectiva jurídica. No parece lógico –dice Turner– imputarle a la primera como inconveniente su naturaleza factual, pues la segunda también participaba de ella hasta que el derecho la recogió, asignándole efectos jurídicos. Pues bien, siendo las cosas así, no procede que el derecho otorgue distintos tratamientos a una misma situación fáctica y a unos mismos destinatarios. Lo anterior, menos aún, si observamos que la tendencia natural en el tiempo, que deberá presentar la unión legalizada de convivientes, será la de adquirir una permanente homologación a su par más perfecto del matrimonio.

---

7. Frontaura Rivera, Carlos: “¿Nuevos ‘tipos’ de familia?”, en libro colectivo, actualmente en prensa, sobre temas de bio-ética y bioderecho.

8. Turner Saelzer, Susan: “Uniones de hecho y su regulación legal”, en Estudios de Derecho Civil III, Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2007, Alejandro Guzmán Brito (Ed.), Valparaíso, 2008, págs. 167-176.

Reproducimos aquí el argumento de Turner por su semejanza con el que aquí defendemos, aunque no compartimos el hecho de que ambas situaciones, la de la convivencia matrimonial y la de la unión de hecho, sean una misma en el plano jurídico o en ningún otro. Si bien es cierto que la unión matrimonial es anterior al derecho positivo y, por ende, era un simple hecho (desde la perspectiva jurídica) antes de la llegada del mismo, no por ello podemos establecer una semejanza de aquella con la unión de hecho tal y como se presenta hoy en día en nuestra realidad social. La diferencia se da a nuestro entender en el distinto ánimo que caracteriza a ambos modos de convivencia; en la circunstancia de que si bien existe una *afectio conyugalis* en los dos, sólo en la unión matrimonial ella está por su naturaleza orientada a la estabilidad y la permanencia en el tiempo, estando marcada la de la unión de hecho por lo que algunos autores denominan “espontaneidad”, esto es, por la voluntaria sustracción de los convivientes de la disciplina matrimonial. No creemos que sea soslayable la circunstancia de que las uniones de hecho son, hoy por hoy, subjetivamente vistas por los convivientes como una alternativa al matrimonio. En todo caso, el resultado es el mismo para ambos argumentos: la respuesta del ordenamiento jurídico a la voluntad de alguno de sus miembros de hacer vida común con otra persona de distinto sexo, es el matrimonio, y no cabe que haya otra alternativa adicional.

Esta observación nos permite remitirnos a la segunda de las críticas apuntadas: la falta de una orgánica jurídica que permita hacer frente de manera cabal a los avatares que se suscitan en el desarrollo social de una relación familiar fundada en la convivencia. En este punto, puede señalarse que a decir verdad dicha dispersión no es tal. La práctica jurídica de nuestros tribunales de justicia ha desarrollado una completa y madura jurisprudencia con el paso de los años. La unión de hecho es una realidad conocida y tratada por nuestra judicatura ya desde los primeros años de aplicación de la Ley de Matrimonio Civil<sup>9</sup> y si bien su tratamiento no ha estado exento de polémica, no cabe señalar que a su respecto no existe una cierta disciplina jurídica. Ahora bien, si las soluciones aportadas por la práctica jurisprudencial no satisfacen plenamente a todos los integrantes de nuestra sociedad, ello no puede ser atribuido a una falta de regulación, sino a la circunstancia de que son los mismos miembros de una unión de hecho quienes se han sustraído voluntariamente de la sistemática orgánica y acabada que regula las relaciones de familia.

Por supuesto, el ordenamiento positivo no puede hacer abstracción completa de una realidad tan difundida y relevante de nuestra vida social. En esta línea pueden situarse las cada vez más frecuentes modificaciones legales que incorporan los conceptos generales de “conviviente” o de “convivencia” en nuestra legislación (en especial la penal y la de violencia intrafamiliar), pero ellas no pueden impulsarnos a considerar que con ello se da cabida de manera implícita a la unión de hecho en nuestra ley positiva como régimen jurídico autónomo; muy por el contrario, lo que se valora jurídicamente son determinadas relaciones que,

---

9. Curiosamente en nuestro medio, fue a raíz de la dictación de la Ley de Matrimonio Civil en 1884, que la cuestión de las uniones de hecho adquirió relevancia jurisprudencial. Por las razones que fuere, a partir de la entrada en vigencia de la ley en 1885, no pocas personas solamente contrajeron matrimonio religioso, quedando en la paradójica situación de no gozar del estado civil de casados ante la ley civil. Ya desde fechas tan tempranas como 1892 aparecen las primeras sentencias refiriéndose a la materia.

si bien surgen de la convivencia con caracteres similares a la familiar, tienen una fisonomía marcadamente interindividual<sup>10</sup>. En efecto, la más de las veces dichas modificaciones no obedecen propiamente al hecho de que se le reconozca el carácter de institución jurídica a la convivencia o a la admisión de que se desprendan de la misma determinadas relaciones jurídicas, sino al mero reconocimiento del hecho de que al interior de una relación de convivencia se da una cierta *affectio*, que de ignorarse en el plano jurídico daría pie a importantes injustos<sup>11</sup>. Como bien señala Corral: *“El quid del asunto estriba en reconocer a los grupos familiares de hecho los efectos que exijan las necesidades de la justicia, sin que ese reconocimiento implique elevarlos a la condición de familias constituidas regularmente. En suma, tratar jurídicamente a la familia de hecho como lo que es: como una situación de hecho que carece de organicidad y estructura fija y delimitada y que sólo eventualmente podrá producir consecuencias de derecho”*<sup>12</sup>.

Nos parece que la razón que ha tenido el legislador en cuenta para introducir en ciertas leyes la noción de convivencia ha sido la de evitar la eventual discriminación que implicaría no reconocerla de cara a determinados efectos particulares y a determinadas situaciones frente a las cuales no se puede efectuar una distinción radical entre ambos modos de convivencia, la matrimonial y aquella que se da al margen de dicha institución.

## 2. Inutilidad jurídica de regular las uniones de hecho.

Por lo demás –y esto es importante recalcarlo– con la dictación de una ley que regule las uniones de hecho, todas aquellas cuestiones y referencias particulares de la legislación al hecho de la convivencia, no ganarían ni un ápice de certeza u organicidad, puesto que la casuística jurisprudencial y las referencias aisladas provenientes desde las distintas ramas del derecho seguirían siendo enteramente necesarias para disciplinar aquellas uniones de hecho realizadas al margen tanto del matrimonio como de la convivencia legalizada. La dictación de una ley que cree un determinado pacto o acuerdo para las uniones de hecho no cambiará en nada la situación de aquellos que decidan sustraerse tanto del matrimonio como de dicho pacto, de modo que tendríamos una trilogía: *“a) estatuto jurídico matrimonial: para quienes quieran casarse y de hecho lo hagan; b) estatuto jurídico de la “uniones legales de hecho” (i): para quienes no quieren casarse y “acuerden” una “unión de hecho”, y c) estatuto jurídico jurisprudencial: para quienes ni contraigan matrimonio, ni convengan una “unión legal de hecho”*”<sup>13</sup>.

10. Corral Talciani, Hernán: “Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la Familia”, op. cit. pág. 69.

11. Así, por ejemplo, la Ley 20.066, de 07 de octubre de 2005, en su artículo 5°, al precisar los supuestos que se consideran como constitutivos de violencia intrafamiliar, incluye dentro de quienes pueden padecerlos a las personas que, respecto del ofensor, tengan o hayan tenido “una relación de convivencia con él” o que sean consanguíneos o afines en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente; la misma ley incorporó como atenuante en el Artículo 11 N° 4 del Código Penal, el haber obrado el autor en vindicación de una ofensa grave causada a su conviviente. Asimismo, el Código Procesal Penal señala que será considerado víctima en los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido, y en el caso de que éste no pudiese ejercer los derechos que el Código le reconoce, el conviviente (3° lugar). También se les reconoce en el mismo Código, la pertinencia de la aplicación del principio de no-auto incriminación (que también reconoce la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia). También cabe hacer referencia en el ámbito penal a la inclusión del conviviente como posible víctima dentro del tipo del delito de parricidio contemplado en el Artículo 390 del Código Penal.

12. Corral Talciani, Hernán: “Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la Familia”, op. cit., págs. 55-56.

13. Barrientos Grandon, Javier: “De las uniones de hecho. Legislación, doctrina y jurisprudencia”, op. cit., pág. 3.

Una legislación que quiera evitar a toda costa la situación descrita debería, necesariamente, operar sobre la base de impulsar un sometimiento integral de todas las formas de convivencia de hecho ya existentes a un régimen con efectos jurídicos dados, y no sobre la base de un pacto o contrato celebrado voluntariamente por los contratantes. Pero ello, de más está decirlo, sería caer en un voluntarismo legislativo exacerbado que atentaría contra la libertad individual de aquellos que han decidido voluntariamente sustraerse de la aplicación de los efectos del matrimonio, sin perjuicio de que además ello podría violar en su espíritu el numeral 3 artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que prohíbe la celebración de un matrimonio en el cual no han prestado consentimiento libre y espontáneo ambos contrayentes<sup>14</sup>. Situación distinta es la que se da en los hechos, cuando de ciertos actos de los convivientes nace una cierta situación tutelada o contemplada por el derecho; como, por ejemplo, el nacimiento de ciertas relaciones de parentesco entre los miembros del grupo o el surgimiento de determinadas situaciones patrimoniales entre los convivientes que pueden quedar contempladas dentro del instituto de la comunidad o de la sociedad de hecho<sup>15</sup>.

En estos casos, el ordenamiento no está reconociendo a la unión de hecho efectos que podrían ser asimilados por analogía con los derivados del matrimonio, sino simplemente le está asignando efectos particulares a las relaciones interpersonales de sus miembros o a los negocios jurídicos que los mismos realicen. Y no podría ser de otro modo. La diferencia entre el matrimonio, que es un contrato, y la unión de hecho que –disculpando la redundancia– es un hecho, es insalvable en términos de los derechos y obligaciones que cada uno reclame. Esta asimilación, además, se topa con un importante obstáculo en el plano jurídico. Si bien fácticamente la convivencia en las uniones de hecho y en el matrimonio pueden no ser sustancialmente diferentes, en sede jurídica sí existe una diferencia radical entre ambas, y ella es que en el matrimonio la convivencia es un efecto del contrato (un deber del mismo, conforme al Artículo 133 del Código Civil y el Artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil), mientras que en las uniones de hecho la convivencia es causa de las mismas, no habiendo a su respecto una obligación ni compromiso de conservarla. De ello se deriva que en las uniones de hecho, tan pronto como sea interrumpida la convivencia, ha cesado la unión<sup>16</sup>.

---

14. El Artículo 23 del señalado Pacto señala: “Artículo 23.- 1.- La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2.- Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello. 3.- El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4.- Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos”.

15. Barrientos expresa este punto con claridad: “el derecho ofrece una cierta y mínima regulación para las relaciones no patrimoniales en el caso del matrimonio, y al haber desechado esta opción las personas que fundan su unión en un hecho afectivo, el sistema jurídico debe, en principio, sólo reconocer el papel de la afectividad para efectos jurídicos relevantes y no para que, so capa de disciplinar las uniones de hecho, se apropie de un espacio de intimidad, que las propias partes han decidido construir sobre la base de sus personales afectos y singulares pasiones”. Véase Barrientos Grandon, Javier: “De las uniones de hecho. Legislación, doctrina y jurisprudencia”, op. cit., pág. 53.

16. Véase Barrientos Grandon, Javier: “De las uniones de hecho. Legislación, doctrina y jurisprudencia”, op. cit., págs. 38-39.

17. Al efecto se ha sostenido: “Hay diferencias sustanciales entre el matrimonio y la unión de hecho; por un lado tenemos la aportación vital y necesaria al bien común de la familia fundada en el matrimonio, y, de otra, la mera realidad de las meras convivencias afectivas”. Véase García Cantero, Gabriel: “Familia, matrimonio y ‘uniones de hecho’ en el documento de 26 de julio de 2000, del Consejo Pontificio para la Familia”, revista Verbo N°393-394, Madrid, 2001, pág. 303.

Por cierto, la diferencia también es insalvable desde la perspectiva del derecho natural<sup>17</sup>, por cuanto, como bien apunta el Pontificio Consejo para la Familia, la principal característica que define a las uniones de hecho es la de ser “*situaciones inestables que se definen más por aquello que de negativo tienen (la omisión del vínculo matrimonial), que por lo que se caracterizan positivamente*”, estando todas ellas “*en contraste con una verdadera y plena donación recíproca, estable y reconocida socialmente*”<sup>18</sup>.

Conservar esa diferencia en ningún caso constituye una discriminación arbitraria, y parece enteramente adecuado desde la perspectiva de una política de incentivo al matrimonio (que según el artículo 1 de la propia Ley de Matrimonio Civil, “*es la base principal de la familia*”) y de desincentivo de situaciones que desde el particular punto de vista del derecho –tanto natural como positivo– son anómalas, por habituales y extendidas que sean. El matrimonio y la familia no deben ser considerados únicamente desde una perspectiva de interés privado –que por cierto sí poseen– sino más propiamente desde una perspectiva de bien común e interés público<sup>19</sup>. Por ende, “*no parece razonable sostener que las funciones de las comunidades familiares en cuyo núcleo se encuentra la institución matrimonial estable y monogámica puedan ser desempeñadas de forma masiva, estable y permanente, por las convivencias meramente afectivas*”<sup>20</sup>.

Por lo tanto, no cabe avanzar en una homologación de las uniones de hecho con el matrimonio; no cabe siquiera hacerlo para atribuirle simples efectos patrimoniales a la convivencia, pues ello, en la práctica, equivale a generar la institución de la unión legalizada de convivientes, que de por sí resulta lesiva para la institución matrimonial.

Nuestro orden constitucional al optar por el amparo de la familia no puede menos que velar y promover al matrimonio como modo exclusivo de fundarla; la eminente dignidad natural ontológica de este instituto así lo exige. El matrimonio como sociedad natural anterior al derecho positivo, reclama para sí, por su sola naturaleza, un régimen jurídico integral, específico, exclusivo y excluyente respecto de toda otra forma de uniones familiares fácticas. Debilitar, en fin, el modo principal y más perfecto de constitución de una familia implica a nuestro entender, debilitar a la familia cabalmente considerada.

---

18. Consejo Pontificio para la Familia: “Familia, matrimonio y ‘uniones de hecho’”, op.cit.

19. Como bien señala el Pontificio Consejo para la Familia: “Las uniones de hecho son consecuencia de comportamientos privados y en este plano privado deberían permanecer” y “su reconocimiento público o equiparación al matrimonio, y la consiguiente elevación de intereses privados a intereses públicos perjudica a la familia fundada en el matrimonio”. Véase Consejo Pontificio para la Familia: “Familia, matrimonio y ‘uniones de hecho’”, documento de 26-VII-2000, Capítulo II, N°11, Ciudad de Vaticano. En el mismo sentido, también puede verse: Forment, Eudaldo: “Sobre la esencia de la familia y de las uniones de hecho”, en revista Verbo, N°393-394, Madrid, 2001, pág. 265.

20. Consejo Pontificio para la Familia: “Familia, matrimonio y ‘uniones de hecho’”, documento 26-VII-2000, capítulo I, N°9, Ciudad de Vaticano.