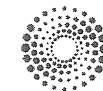


**ESTUDIOS DE DERECHO
DE FAMILIA IV**

ALEXIS MONDACA MIRANDA
CRISTIÁN EDUARDO AEDO BARRENA
(EDITORES)



THOMSON REUTERS

ÍNDICE

	Página
Prólogo.....	VII
I. CONFERENCIAS	
El matrimonio como amistad..... <i>Jorge Adame Goddard</i>	3
Las metamorfosis de la conyugalidad..... <i>Úrsula Basset</i>	41
II. DERECHO DE FAMILIA E INMIGRACIÓN	
La noción de perjuicio en las expulsiones de extranjeros en la jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones del Norte Grande..... <i>Alexis Mondaca Miranda</i>	71
Los derechos sociales de los niños extranjeros en Chile: Un desafío pendiente <i>Constanza Astudillo Meza</i>	87
El ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes irregulares en Chile <i>Yasna Yaniretz Godoy Henríquez</i>	101

ESTUDIOS DE DERECHO DE FAMILIA IV
© ALEXIS MONDACA MIRANDA - CRISTIÁN EDUARDO AEDO BARRENA (EDITORES)
2019 Legal Publishing Chile • Miraflores 383, piso 10, Santiago, Chile • Teléfono: 25105000 • www.thomsonreuters.cl
Registro de Propiedad Intelectual N° 303.353 • I.S.B.N. 978 - 956 - 400 - 040 - 4
1ª edición mayo 2019 Legal Publishing Chile
Tiraje: 1.500 ejemplares
Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago
IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE



ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

justa dimensión social, que también es dimensión familiar y personal; el principio de protección de la persona y, finalmente, el principio de responsabilidad civil, contribuyen de manera decisiva a la adecuada comprensión y correcta interpretación de las instituciones que conforman el Derecho de familia.

Por lo anteriormente expuesto –a pesar de las evidencias de un cierto grado de autonomía del Derecho de familia y de la persona– sigue hoy patente su muy cercana correspondencia con el Derecho Civil, baste como evidencia estas importantes Jornadas Nacionales de Derecho de Familia, en las que trabajan mancomunados, tanto profesores e investigadores de marcado perfil de Derecho civil patrimonial, así como de sus pares que muestran un perfil más vinculado al Derecho civil extrapatrimonial.

Por último, y a pesar de que se constata la necesidad de especialización en el contexto del Derecho de familia y de la persona, hacemos un llamado a la comunidad vinculada a esta rama a no apartarse del estudio del Derecho Civil, pues sólo la vía del correcto conocimiento de las instituciones clásicas civiles, desarrolladas y perfeccionadas durante siglos, llevará a los mejores resultados en la investigación y desarrollo del Derecho de familia y de la persona que, tal como hemos señalado anteriormente, son materias que –en la actualidad– siguen estando estrechamente vinculadas al Derecho común.

LA DURACIÓN DEL PARENTESCO POR AFINIDAD ¿ES NECESARIA UNA REFORMA?

LILIAN C. SAN MARTÍN NEIRA*

I. INTRODUCCIÓN

Según el artículo 31 del Código Civil, el parentesco por afinidad se define como “el que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos de su marido o mujer”. De esta manera, una de sus características es que no termina con la extinción del vínculo matrimonial que le dio origen, incluso en caso de muerte o divorcio.

Sin embargo, esta característica no ha sido observada a propósito del Acuerdo de Unión Civil, pues la Ley N° 20.830 establece que el parentesco por afinidad dura mientras el acuerdo de unión civil se encuentre vigente. Por otro lado, con fecha 3 de mayo de 2016, se presentó en la Cámara de Diputados un proyecto de ley que busca “eliminar el parentesco por afinidad una vez disuelto el matrimonio”¹. Cabe señalar que, con anterioridad, en el año 2007, un grupo de parlamentarios presentó un proyecto de ley que pretendía eliminar la referencia a la afinidad en algunas disposiciones del Código Penal, en el entendido que tales disposiciones suponían un matrimonio indisoluble². Frente a este panorama, estimo que vale la pena detenerse un momento a analizar el parentesco por afinidad, pensando

* Profesora de Derecho Civil, Universidad Alberto Hurtado. Correo electrónico lsanmar@uahurtado.cl.

¹ http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=10637-07 [fecha de visita 10 de diciembre de 2018].

² http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=5489-07 [fecha de visita 10 de diciembre de 2018].

especialmente en su duración más allá del vínculo que lo origina. Esto es lo que persigue este trabajo, el cual dividiré en tres partes: (i) en primer lugar, aludiré a las razones históricas, antropológicas y jurídicas que justifican la existencia del parentesco por afinidad; (ii) en segundo lugar, abordaré los pro y contra de que el parentesco por afinidad superviva a la disolución del vínculo que le dio origen; y (iii) finalmente, me referiré al parentesco por afinidad en el acuerdo de unión civil.

II. RAZONES HISTÓRICAS, ANTROPOLÓGICAS Y JURÍDICAS QUE JUSTIFICAN LA EXISTENCIA DEL PARENTESCO POR AFINIDAD

A. Antecedentes jurídicos de la afinidad

Los orígenes de la afinidad como especie de parentesco, especialmente como impedimento para contraer matrimonio, han sido rastreados hasta el Código de Hammurabi y constituyen una constante en las legislaciones de la antigüedad, aunque con algunas variaciones, como, por ejemplo, la existencia del levirato en la tradición judía³. En lo que atañe a las fuentes más cercanas a nuestra tradición, la existencia del parentesco por afinidad, o *adfinitas*, se remonta al Derecho romano⁴, así puede fácilmente observarse en el *Corpus Iuris*, en que el título 10 del libro 38 *De los grados [de parentesco], y de los afines, y de sus nombres*⁵, señalando que “afines son los cognados del marido y de la mujer, llamados así, porque por las nupcias se unen dos cognaciones que son entre sí diversas, y la una se

³ Para mayores profundizaciones al respecto, puede verse CORAZÓN CORAZÓN, María Rosa (2012). “La afinidad, una investigación histórica, jurídica y religiosa”. *Hispania Sacra*, LXIV, pp. 97-139.

⁴ Algunas noticias al respecto pueden verse en BRANCA, Giuseppe (1958). *Voz Affinità (Diritto Romano)*, *Enciclopedia del Diritto*. Volumen I, Milán, Giuffrè, pp. 690-691.

⁵ Como herencia del Derecho romano, la afinidad se encuentra contemplada prácticamente en todos los ordenamientos que pertenecen a la tradición romanista (v. gr. Código Civil alemán, artículo 1590, Código Civil argentino, artículo 536; Civil italiano, artículo 78; Código Civil portugués, artículo 1584), aunque no en todos se encuentra una definición tan categórica y precisa como la contenida en el Código Civil chileno, lo que ha dado origen a algunas discusiones en torno al tema, una de ellas es precisamente la que nos ocupa en este artículo, esto es, si el parentesco por afinidad se extiende (o debe extenderse) más allá del matrimonio que le dio origen.

aproxima al fin de la otra cognación; porque la causa de unirse la afinidad proviene de las nupcias”⁶.

Más tarde, la noción de *adfinitas* sería tomada por el Derecho Canónico, especialmente para establecer impedimentos dirimentes al matrimonio⁷, que por cierto ya venían desde el Derecho romano⁸, y de ahí pasaría a las normas que regulan el matrimonio civil. Sin embargo, este no ha sido nunca la única función asignada a esta relación de parentesco, sino que cumple también otras, que se justifican por el trasfondo sociológico y antropológico de la institución. En efecto, el reconocimiento de la afinidad tiene una justificación antropológica, de la cual, como suele suceder, luego se hizo cargo el Derecho. A esto me referiré en primer lugar en este texto.

B. La afinidad como institución derivada de las relaciones que surgen entre los miembros de una pareja y sus respectivos parientes

Aunque los expertos no han logrado ponerse de acuerdo sobre las bases antropológicas de la creación de núcleos familiares compuestos por miembros (hombre y mujer) de distintos grupos, lo cierto es que la formación de un nuevo núcleo familiar implica el traslado de uno de los componentes de la pareja, generalmente la mujer, desde su grupo de origen al grupo del otro miembro⁹. Una vez producido el traslado, el sujeto en

⁶ Cfr. D.38.10.4.3.

⁷ En general sobre el argumento *vid* GRAZIANI, Ermano (1958). *Voz “Affinità” (Diritto Canonico)*, *Enciclopedia del Diritto*. Volumen I, Milán, Giuffrè, pp. 695-700; CORAZÓN CORAZÓN, María Rosa (2007). *La afinidad: memoria para optar al grado de doctor en Derecho*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, disponible en: <https://biblioteca.ucm.es/tesis/der/ucm-t30020.pdf> [fecha de visita 20 de diciembre de 2018].

⁸ *Vid* D.38.10.4.7. Vale la pena tener en cuenta esta consideración, pues con frecuencia se ha pretendido ver en la afinidad una institución de raíz estrictamente religiosa, fundada en el hecho de que marido y mujer, en virtud del matrimonio, “pasan a ser una sola carne”. Saber que los orígenes de la institución son anteriores a esta concepción religiosa del matrimonio permiten apreciar su valor jurídico, más allá de las connotaciones religiosas.

⁹ Para esta parte se reenvía a FOX, Robin (1964). *Sistemas de parentesco y matrimonio*. Traducción de Juan Falces. 4ª edición Madrid: Alianza; LEVI-SATRAUSS, Claude (1969). *Las Estructuras elementales del parentesco*. Traducción de Mane Therese Cevasco, Barcelona: Paidós; BESTARD, Joan (1998). *Parentesco y modernidad*, Barcelona: Paidós; SAN ROMÁN,

cuestión asumía un rol semejante al que cumplían los demás miembros de su sexo y condición dentro del grupo. De ahí que la mujer fuera tratada como hija del padre de su marido y como hermana de los hermanos de éste. De esta práctica se hará luego cargo el Derecho, reconociendo que este sujeto tiene con los miembros de su nuevo grupo familiar lazos equiparables a los de los demás miembros, pero sin desconocer un dato de facto: carece de vínculo sanguíneo con ellos. Así las cosas, surge un nuevo tipo de parentesco, denominado “parentesco por afinidad”¹⁰, que es el reflejo del parentesco por consanguinidad que liga al marido o mujer con los demás miembros del grupo y que tiene un origen legal: la lengua inglesa es particularmente clara en este punto, cuando nos habla de *sister in Law*, *brother in Law*, *father in Law*, etc.

En efecto, la formación de una pareja con ánimo de constituir familia conlleva de suyo la incorporación de los miembros de la misma a los grupos familiares de sus respectivos consortes, lo cual da origen a relaciones interpersonales, que pueden ser más o menos intensas, dependiendo de muchos factores, y que no pueden ser desconocidas por el Derecho¹¹. Este vínculo de parentesco se funda, por tanto, en las relaciones personales que ligan a los miembros de una familia con aquel nuevo miembro, que llega a ella a través de su unión con un miembro precedente. Aunque suele afirmarse que la justificación de la afinidad es el acto del matrimonio, lo

Teresa; GONZÁLEZ ECHEVARRÍA, Aurora, GRAU REBOLLO, Jorge (2003). *Las relaciones de parentesco*. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona, 2003.

¹⁰ El nombre proviene de *ad fines*, “porque en época arcaica la exogamia se expresa con la idea de que debe buscarse mujer más allá de los límites (*fines*) del asentamiento territorial del grupo” Cfr. GUZMÁN BRITO, Alejandro (2013). *Derecho privado romano*, 2ª edición, Santiago: Legal Publishing-Thomson Reuters, tomo I, p. 320.

¹¹ En este sentido, fundando la extensión de la afinidad incluso a los llamados “concuñados”, el Tribunal Supremo español ha señalado que “El sustrato social de la relación jurídica de afinidad es la unión o proximidad entre dos linajes que produce la existencia de un eslabón común entre ellos; así lo recuerdan las propias fuentes romanas que se han examinado en este litigio (Digesto 38.10.4.3). Y es justamente esta proximidad la que ha generado unos deberes o usos sociales, que el ordenamiento jurídico convierte, dentro de ciertos grados o líneas, en obligaciones o normas jurídicas de distinto contenido (deberes, permisos, prohibiciones, incompatibilidades)”. Cfr. Tribunal Supremo (España). Sala de lo Social, STS 1071/1998, disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database-match=TS&reference=2384914&links=vinculo&optimize=20040515&publicinterface=true> [fecha de visita 20 de diciembre de 2018].

cierto es que ello no es del todo exacto. Así, ya en Derecho romano los juristas afirmaban que las denominaciones de “suegro”, “suegra”, “yerno” y “nuera” se adquirirían también con los esponsales, esto es, desde que se adquiría el compromiso de contraer matrimonio¹², generándose así una relación de cuasi afinidad, que incluso impedía el matrimonio¹³. Por otro lado, en el antiguo derecho canónico el parentesco por afinidad derivaba también de las relaciones de concubinato, considerando afines a los parientes del concubino¹⁴. En la actualidad, esta situación es también reconocida por algunas legislaciones cercanas a nuestra realidad, como son el caso de Brasil¹⁵ y Bolivia¹⁶.

En lo que concierne a Chile, debe recordarse que hasta 1998 existían dos tipos de afinidad: legítima e ilegítima (artículo 32 C.C.). La afinidad legítima suponía la existencia de vínculo matrimonial, mientras que la ilegítima no. Es cierto que la definición de esta última era un tanto confusa, en cuanto daba a entender que bastaba con tener relaciones sexuales con

¹² *Vid* D.38.10.8.

¹³ En tal sentido afirma Ulpiano “Entre mí y la esposa de mi padre no pueden contraerse nupcias, aunque propiamente no se madrastra mía. // Pero por el contrario, tampoco mi esposa podrá casarse con mi padre, aunque propiamente no se la llame nuera”. (D.23.2.12.1-2).

¹⁴ Cabe señalar que esta situación dio origen a una ardua discusión entre los juristas franceses del s. XIX y primera mitad del s. XX, acerca de si el concubinato generaba o no afinidad. La discusión se encuentra resumida con abundante doctrina en la obra de Planiol y Ripert, quienes, defendiendo la opinión negativa, afirman: “se ha preguntado si la afinidad no nace también del concubinato, por lo menos en lo que concierne a los impedimentos del matrimonio ¿puede un hombre casarse con la hija de su concubina? La misma cuestión se presenta en el caso en que el primer matrimonio sea anulado y sólo valga como putativo. La solución no ofrece dudas: no hay afinidad fuera del matrimonio. Es una consecuencia del principio, que parece haber inspirado a los redactores del Código, de no derivar ningún efecto jurídico de la unión libre”. Cfr. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge (1946). *Tratado práctico de derecho civil francés*. Traducción de Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Brusone. La Habana: Cultural S.A., p., tomo II, p. 17.

¹⁵ Código Civil artículo 1595 “Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade”. Sobre los alcances de esta norma *vid* ampliamente COMARRIVA, Léia (2012). *União estável sob perspectiva do parentesco por afinidade*, tesis de doctorado: San Pablo: Universidad de São Paulo, disponible en <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-05122012-161341/pt-br.php> [fecha de consulta 30 de diciembre de 2018].

¹⁶ Código Civil artículo 294 “El parentesco de afinidad es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre cónyuges y sus respectivos parientes consanguíneos”.

una persona para acceder al carácter de pariente por afinidad de sus consanguíneos; sin embargo, ya de los antecedentes directos de la disposición, Ley N° 5, tit. 6°, Partida 4ª, emana que ella aludía a lo que hoy llamamos “uniones de hecho”¹⁷, y que en la doctrina nacional clásica eran llamadas “relaciones ilícitas”¹⁸. Ilustrativo de esta idea es el hecho de que, sobre la base de la misma disposición contenida en el artículo 32 del Código Civil chileno, la jurisprudencia y doctrina colombianas llegaron a la conclusión de que ahí se regula una “afinidad extramatrimonial”, entendiéndose que el conocimiento carnal a que alude la norma se refiere a lo que en Colombia se conoce como “unión marital de hecho”¹⁹.

La reforma de 1998, que eliminó las categorías de hijos legítimos e ilegítimos, derogó el artículo 32 que contenía la referencia a la afinidad ilegítima, en el (mal) entendido de que, al igual que las aludidas categorías de hijos, la existencia de esta clase de afinidad comportaba una discriminación arbitraria. Sin embargo, aunque el calificativo de ilegítima es ciertamente estigmatizante, no cabe duda de que el trasfondo de la institución no lo era, pues se hacía cargo de una realidad social: al igual que los cónyuges, las parejas de hecho se relacionan con sus respectivos familiares, generando idénticos afectos y conflictos de intereses. En efecto, el “estigma” de ilegítima no necesariamente implicaba una discriminación en sentido negativo, pues, muchas veces, se hacía un reconocimiento beneficioso de la afinidad ilegítima. Así ocurre, por ejemplo, con el aún vigente artículo 17 de la Ley N° 19.253, sobre propiedad indígena, que establece la posibilidad de que los titulares de dominio de tierras indígenas constituyan “derechos reales de uso en beneficio de sus ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad legítima o ilegítima”.

¹⁷ En efecto, la citada ley de las partidas señala: “*affinitas en latín tanto quiere dezir en romance. como cuñadez. E cuñadez es alleganza de peronas, que viene del ayuntamiento del varon de la mujer (...). E esta cuñadez nasce del ayuntamiento del varon e de la muger tan solamente, quier sean casados, o non (...)*”.

¹⁸ CLARO SOLAR, Luis (2015). *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo I, p. 135; ALESSANDRI, Arturo R. *et al.* (2011). *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, 7ª edición. Volumen I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 438.

¹⁹ *Id.* MEDINA PABÓN, Juan Enrique (2014). *Derecho Civil. Derecho de familia*, 4ª edición, Bogotá: Ediciones Universidad del Rosario, p. 88.

En suma, la justificación de la afinidad, contrariamente a lo que en alguna oportunidad se ha sostenido, no está en el matrimonio, sino que constituye el reconocimiento jurídico de una realidad social: los miembros de una pareja se relacionan con los parientes de sus respectivos consortes, lo cual da origen a vínculos afectivos y, por lo mismo, a conflictos de intereses. De hecho, la inmensa mayoría de las normas que aluden al parentesco por afinidad lo hacen precisamente para arbitrar conflictos de intereses.

III. SUPERVIVENCIA DEL VÍNCULO DE AFINIDAD MÁS ALLÁ DEL MATRIMONIO QUE LO ORIGINA

A. La duración del parentesco por afinidad: antecedentes históricos y breve mirada comparada

En los antecedentes históricos del parentesco por afinidad, con especial referencia al Derecho romano, el vínculo no desaparecía por la muerte de uno de los cónyuges ni por divorcio²⁰, subsistiendo el impedimento para contraer matrimonio con los afines²¹. Así puede verse en diversos pasajes del Digesto dispuestos a propósito de la ritualidad de las nupcias²², los cuales contienen una serie de prohibiciones de contraer matrimonio entre afines, incluso con aquellos consanguíneos del excónyuge nacido con posterioridad al divorcio. En este último sentido señala Ulpiano: “si mi mujer se casare con otro después del divorcio, y tuviere una hija, opina Juliano, que esta no es ciertamente mi hijastra, pero que deberé abstenerme de contraer nupcias con ella” (D.23.2.12.3). La misma idea se desprende de las Siete Partidas, que también contienen una prohibición de matrimonio en razón de afinidad²³. Esta solución fue acogida también por el Derecho canónico, en que igualmente pueden

²⁰ Se extinguía sí por la *capitis diminutio*, *vid.* GUZMÁN (2013), tomo I, p. 319.

²¹ Lo que sólo se explica a través de la subsistencia del vínculo más allá del matrimonio que le dio origen, pues de lo contrario el impedimento sería precisamente el matrimonio vigente.

²² D.23.2.12.3; D.23.2.14.3-4; D.23.2.15.

²³ Ley N° 5ª, tit. 6°, Partida 4ª.

observarse como impedimentos dirimentes al matrimonio la relación de afinidad en toda la línea recta²⁴.

En las legislaciones modernas, se ha discutido si la afinidad subsiste más allá del matrimonio que la origina, aunque al parecer la tendencia es la subsistencia. Así, esta solución ha sido acogida en las legislaciones alemana²⁵ y portuguesa²⁶, cuyos Códigos Civiles expresamente señalan que la afinidad no cesa por la disolución del matrimonio. Una situación particular se ha producido en Italia, cuyo Código Civil señala expresamente que la afinidad no termina por la muerte de los cónyuges, pero no dice nada respecto del divorcio²⁷, lo que ha llevado a que la doctrina discuta al respecto, pero la opinión mayoritaria (y también la jurisprudencia) considera que el vínculo subsiste con posterioridad al divorcio, fundándose en que la afinidad surge del matrimonio, pero luego no queda condicionada a las vicisitudes del mismo²⁸. Una solución intermedia ha adoptado Brasil, donde la afinidad subsiste con posterioridad al vínculo que le dio origen, pero sólo en la línea recta²⁹.

Amén de las legislaciones en que el vínculo claramente subsiste, existen otras en que esto es discutido por carecer de una norma que regule expresamente la situación. Así, por ejemplo, en España, donde no hay una definición de parentesco por afinidad, se discute si ella sobrevive

²⁴ C. 1092. Cabe señalar que el anterior Código Canónico establecía también como impedimento la afinidad en la línea colateral hasta el segundo grado, es decir, estaba prohibido el matrimonio entre cuñados, regla que se mantiene el Código Canónico oriental, c. 809. Sobre este aspecto *vid* CORAZÓN, Rosa. *El impedimento matrimonial de afinidad en el derecho canónico de la iglesia católica del siglo XX y principios del XXI*, disponible en <http://www.autorescatolicos.org/PDF/AAAUTORES04531.pdf> [fecha de visita 21 de diciembre de 2018].

²⁵ BGB Artículo 1590 (2) “El parentesco por afinidad subsiste incluso si el matrimonio, con el cual se estableció, se disuelve”.

²⁶ Código Civil portugués, artículo 1585 “*A afinidade determina-se pelos mesmos graus e linhas que definem o parentesco e não cessa pela dissolução do casamento*”.

²⁷ Sí alude, en cambio, a la nulidad, señalando que en tal caso la afinidad se extingue, pero subsiste para los efectos de constituir un impedimento al matrimonio entre los afines en línea recta. *Vid* Código Civil italiano, artículos 78 y 87 N° 4.

²⁸ *Vid* BIANCA, Massimo C. (2005). *Diritto Civile 2. La famiglia, le successione*. Milán: Giuffrè, pp. 23 y ss., p. 490.

²⁹ Código Civil, artículo 1595 § 2° “*Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável*”.

a la disolución del vínculo matrimonial y las propuestas son de diversa índole, también lo es la jurisprudencia³⁰. En juicios relativos al cobro de impuestos, dado que el parentesco funciona como exención o beneficio tributario, los particulares abogan por la subsistencia del vínculo, mientras que el equivalente a nuestro SII (Dirección General de Tributos), aboga por su extinción³¹. Asimismo, se ha invocado el parentesco por afinidad a fin impedir el ejercicio de la acción penal por parte de particulares, en tal caso, el querellado aboga por la subsistencia del vínculo, mientras que el querellante aboga por su extinción³². Como se advierte, en ambos casos, las razones son acomodaticias y dan cuenta de los pros y contra de mantener el vínculo de parentesco más allá de la vigencia del matrimonio.

B. La extensión del parentesco por afinidad en la realidad chilena: La conveniencia de conservarlo después del matrimonio

Sin perjuicio de lo sostenido en torno a que la justificación de la afinidad no se encuentra en el hecho jurídico del vínculo matrimonial, sino en la relación social que se entabla entre los miembros de una familia, aunque sea con carácter de *familiares políticos*, no puede desconocerse

³⁰ Sobre el particular, *vid* HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen (2015). “El parentesco por afinidad: ¿Concluye por la extensión del matrimonio?”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 749, pp. 1143-1172.

³¹ Existen varios fallos relativos a esta cuestión, *v. gr.* Sentencia de TS, Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo, 1 de abril de 2014; Sentencia N° 1430/2017 de TS, Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo, 25 de septiembre de 2017. Con todo, al parecer, la cuestión ya se encontraría resuelta en el sentido que el vínculo de afinidad, por lo menos para estos casos, sí subsiste. En tal sentido es posible observar el fallo de 20 de marzo de 2018, que al efecto señala: “la respuesta debe ser la misma que la ofrecida en nuestra reciente sentencia de 24 de marzo de 2017 (casación para la unificación de doctrina N° 887/2016) en la que, con abundante cita de pronunciamientos anteriores, concluimos que la doctrina correcta es la tenida en cuenta en las sentencias aportadas como de contraste, esto es, que la extinción del vínculo matrimonial del que surge el parentesco por afinidad no supone –en casos como este y a los efectos del impuesto sobre sucesiones– que el pariente afín se convierta en un extraño, sino que debe seguirle siendo aplicable la reducción derivada de su grado de afinidad prevista en la normativa del tributo. [...]”. *Cfr.* Sentencia N° 455/2018 de TS, Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo, 20 de marzo de 2018.

³² *Vid* Sentencia N° 1056/2005 de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 27 de septiembre de 2005.

que, en la regulación actual del Código Civil chileno, la afinidad se define con relación al vínculo matrimonial, aunque se precise que se extiende también a quienes han estado casados, con lo cual va más allá del vínculo matrimonial que lo origina. Frente a esta intrínseca relación jurídica entre matrimonio y afinidad, vistas también las dudas que en Derecho comparado se presentan en torno a la extensión del vínculo, surge legítimamente la pregunta respecto a la dependencia de la relación de parentesco del vínculo matrimonial que le dio origen. A ello paso a referirme en seguida.

A tal respecto, cabe notar que las mismas razones acomodaticias vistas a propósito de la realidad española, es decir que en algunos casos “conviene” que se extinga el vínculo de afinidad y en otros conviene que subsista, son extrapolables a nuestra realidad nacional, pues en algunos casos el vínculo de afinidad opera como un beneficio, como es el caso del artículo 17 del Código Penal, que excluye la pena por el encubrimiento a los parientes por afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado; mientras que en otros funciona como un impedimento para acceder a ciertos institutos o cargos, como es el hecho de que los parientes afines en toda la línea recta no pueden contraer matrimonio entre sí³³ o bien no pueden mantener relación jerárquica al interior de una misma institución pública³⁴.

Dado que las instituciones deben tomarse en lo que benefician y en lo que perjudican, no cabe duda de que la eliminación del parentesco con la terminación del matrimonio conllevaría consecuencias negativas y positivas para los, ahora, “exparientes”. De esta suerte, la decisión de si conservar o no el parentesco no puede pasar únicamente por los beneficios o perjuicios que individualmente puedan sufrir los involucrados, sino en una razón de política que se fundamente en las razones que están a la base de esta clase de parentesco.

Ahora bien, como se dijo en la primera parte de este texto, la razón de ser del parentesco por afinidad no es el matrimonio, sino las relaciones que surgen entre los consortes y sus respectivos familiares. Así las cosas, resulta más bien obvio que dicho parentesco no se extinga con la muerte de uno de los cónyuges. El cónyuge sobreviviente continuará relacionándose con los miembros de su “familia política”, especialmente

³³ Artículo 6° de la Ley de Matrimonio Civil.

³⁴ Artículo 85 Estatuto Administrativo.

cuando el matrimonio ha dado hijos, quienes serán consanguíneos de ésta última. Esta es precisamente la idea que hay detrás de la definición de parentesco por afinidad contenida en el Código Civil. En efecto, a la época de redacción de esa norma, lo que es válido también para la reforma introducida en 1998, el matrimonio en Chile tenía la característica de ser indisoluble. Así las cosas, la única verdadera causal de terminación del matrimonio era la muerte, pues la nulidad, por sus propias características, no equivale a terminación, sino que los cónyuges se miran como si nunca hubiesen estado casados.

En la realidad nacional, este último dato es de gran relevancia, pues, como reconoce abiertamente la moción parlamentaria que pretende eliminar el parentesco por afinidad una vez terminado el vínculo matrimonial, lo que ocurría hasta la entrada en vigencia del divorcio vincular, era que los cónyuges que se separaban, terminaban anulando el matrimonio y, por lo mismo, desaparecía también el parentesco por afinidad. Esto significaba, por ejemplo, que los cuñados dejaban de ser tales, en consecuencia, a los efectos de la ley, desaparecía cualquier conflicto de interés. Con la entrada en vigencia del divorcio vincular y la mayor dificultad para acceder a la nulidad, esto en la actualidad no ocurre. Los cuñados de los cónyuges divorciados siguen siendo sus cuñados y, en consecuencia, a los efectos legales, el conflicto de intereses se mantiene.

Esto último es lo que ha llevado a proponer legislativamente la estricta dependencia del parentesco por afinidad del vínculo matrimonial, de manera que, disuelto éste, se disuelva también el parentesco por afinidad. El fundamento de esta propuesta es el alejamiento que se produce entre los parientes una vez disuelto el matrimonio, especialmente en caso de divorcio en que, cito, “la intención de los cónyuges al solicitar el divorcio es acabar todo vínculo jurídico existente entre ellos como también con los parientes por afinidad”³⁵.

Antes que todo, cabe señalar que (sin perjuicio de la intención de los cónyuges), el divorcio no acaba con todo vínculo jurídico existente entre ellos, pues, en su virtud, a pesar de que se hable de disolución, el matrimonio simplemente transita a otro estado, en que los cónyuges dejan de tener el estado civil de casados y adquieren el de divorciados, pero

³⁵ http://www.senado.cl/apps Senado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=10637-07 [fecha de visita 20 de diciembre de 2018].

no vuelven a ser solteros, como ocurre con la nulidad. Por otro lado, las relaciones y conexiones a que da lugar el matrimonio muchas veces subsisten a éste, incluso entre cónyuges divorciados³⁶, máxime cuando hay hijos, es decir, sobrinos de los que ahora se pretenden excuñados. Dada esta circunstancia, a mi juicio, resulta más oportuna la subsistencia del vínculo de afinidad con posterioridad a la disolución del matrimonial, también caso de divorcio.

IV. PARENTESCO POR AFINIDAD EN EL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL

Hasta ahora, de forma deliberada, me he referido exclusivamente al parentesco por afinidad surgido de vínculo matrimonial, dejando para un segundo momento aquel derivado de Acuerdo de Unión Civil.

La Ley N° 20.830, cuyo proyecto original no contemplaba que los contrayentes se vincularan parentalmente con los consanguíneos del co-contrayente, finalmente incluyó el parentesco por afinidad en los términos del artículo 4°, que señala: “entre un conviviente civil y los consanguíneos de la persona con la que está unida por un acuerdo de unión civil existirá, mientras éste se encuentre vigente, parentesco por afinidad”. Este artículo llama inmediatamente la atención por el hecho

³⁶ En este sentido, un estudio llevado a cabo en Madrid en 2009, concluyó lo siguiente: “En cuanto a la calidad de la relación, para el 47,8% de las personas que mantienen algún contacto con el anterior esposo/a la relación entre ambos es muy buena o buena, frente a un 21,7% que piensa que es mala o muy mala. Entre las personas que tienen relación para tratar temas de la separación, es muy parecido el porcentaje de los que tienen buenas, regulares o malas relaciones. En cambio, cuando se ven por otros motivos, el 68,7% afirma que sus relaciones son buenas y el 31,2% restante afirma que son regulares.

Por último, respecto al contacto que se desea con el ex-esposo/a, el 30,5% de la muestra señala que prefiere aún un contacto mayor, frente al 18,3% que desearía verse menos frecuentemente. Es mayor el porcentaje de hombres que desean más contacto (47% vs. 18,7%). Por otro lado, se observa que a menor tiempo separados mayor es el deseo de verse ($X^2=14,49$; $p=0,006$). Aunque el contacto deseado y la calidad de la relación son independientes ($X^2=5,94$; $p=0,203$), cabe destacar que entre las personas que quieren un mayor contacto con el ex-esposo/a el 33,2% señala que la relación que mantienen es mala o muy mala y entre las personas que desean un menor contacto el 36,3% afirma que la relación es buena o muy buena”. Cfr. MUÑOZ-EGUILETA, Ana (2009). “Personas Divorciadas: Análisis de las Características del Proceso de Ruptura”, *Psychosocial Intervention*, Vol. 18 N° 1, pp. 71-72. Disponible en: <http://scielo.isciii.es/pdf/inter/v18n1/v18n1a08.pdf> [fecha de visita 20 de diciembre de 2018].

de haber establecido un parentesco temporal. Si se observa la historia de la ley, se advierte inmediatamente que lo que hay detrás de esta disposición es una suerte de desconfianza respecto de la estabilidad de los vínculos familiares creados a través de este mecanismo, los cuales son vistos como transitorios. En efecto, en la discusión en sala es posible leer afirmaciones que llegan a sostener que extender el parentesco más allá de la disolución del vínculo daría lugar a una “suerte de fábrica ilimitada de cuñados”³⁷, que será finalmente la opinión prevaleciente. Cabe señalar que esta visión justifica no sólo el carácter temporal del parentesco por afinidad, sino la especial regulación del estado civil de conviviente civil, en virtud del cual, una vez terminado el vínculo, el sujeto “recupera” su estado civil anterior.

Sin embargo, en tal visión no se advierte que la separación de los contrayentes no es la única causal de terminación del vínculo, sino que también lo es la muerte de uno de ellos, en cuyo caso tal apreciación no se justifica. Por otro lado, tampoco se advierte que hoy en día la principal función del parentesco por afinidad es arbitrar conflictos de intereses, función que no se cautela si se establece la desaparición del parentesco con la terminación del Acuerdo, máxime cuando ésta es de una extrema sencillez, lo que puede prestarse para abusos.

Finalmente, esta situación también puede verse como una discriminación negativa en relación con las familias matrimoniales. Pues las normas que constituyan beneficios justificados en la existencia de un parentesco por afinidad continuarán aplicándose respecto de los hijos de los excónyuges, mientras que no se aplicarán respecto de los hijos de los exconvivientes civiles, en circunstancias que las relaciones afectivas de base pueden ser idénticas.

En definitiva, estimo que la desconfianza del legislador en la estabilidad de los vínculos familiares fundados en una unión civil, llevó a la instauración de una norma que resulta contraria al carácter permanente de los vínculos de parentesco, peligrosa, en cuanto no cautela el conflicto de intereses que el parentesco por afinidad arbitra, y discriminatoria, en cuanto trata de forma diferente relaciones afectivas de la misma índole.

³⁷ Opinión textual del diputado Saffirio contenido en la historia de la ley. *Ibid* Historia de la Ley N° 20.830, p. 815.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Para finalizar, contesto la pregunta planteada en el título de este texto. Creo que sí es necesaria una reforma al parentesco por afinidad, pero no en el sentido propuesto por la iniciativa legislativa aludida al inicio de esta exposición, sino en el sentido de uniformar la situación de los afines matrimoniales a los que lo son por acuerdo de unión civil, pues las razones que valen para unos son igualmente válidas para los otros y la desconfianza del legislador en la estabilidad de estos vínculos no puede ser razón para la discriminación.

Como espero haber demostrado, el fundamento sociológico a la base del parentesco por afinidad se encuentra en las relaciones que ligan a cada uno de los consortes con los parientes del otro y, aun cuando jurídicamente este reconocimiento se limita a los parientes consanguíneos, desconociendo que los mismos lazos se producen con los afines del propio consorte, ese fundamento es suficiente para abogar por la subsistencia del vínculo más allá del matrimonio que le da origen, pues tales relaciones no desaparecen por el hecho de que se disuelva este matrimonio, especialmente cuando la causa de la disolución es la muerte de uno de los cónyuges y/o hay hijos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI, Arturo R. *et al.* (2011). *Tratado de Derecho Civil. Parte general*. 7ª edición. Volumen I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BESTARD, Joan (1998). *Parentesco y modernidad*. Barcelona: Paidós.
- BIANCA, Massimo C. (2005). *Diritto Civile 2. La famiglia, le successione*. Milán: Giuffrè.
- Boletín N° 5.489-07 http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=5489-07 [fecha de visita 10 de diciembre de 2018].
- Boletín N° 10.637-07 http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=10637-07 [fecha de visita 10 de diciembre de 2018].
- BRANCA, Giuseppe (1958). voz *Affinità (Diritto Romano)*, *Enciclopedia del Diritto*. Volumen I, Milán, Giuffrè, pp. 690-691.

- CLARO SOLAR, Luis (2015). *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- COMARRIVA, Léia (2012). *União estável sob perspectiva do parentesco por afinidade*, tesis de doctorado: San Pablo: Universidad de São Paulo, disponible en <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-05122012-161341/pt-br.php> [fecha de consulta 30 de diciembre de 2018].
- CORAZÓN CORAZÓN, María Rosa (2007). *La afinidad: memoria para optar al grado de doctor en Derecho*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, disponible en: <https://biblioteca.ucm.es/tesis/der/ucm-t30020.pdf> [fecha de visita 20 de diciembre de 2018].
- _____ (2012). “La afinidad, una investigación histórica, jurídica y religiosa”. *Hispania Sacra*, LXIV, pp. 97-139.
- _____ (S.D.). *El impedimento matrimonial de afinidad en el derecho canónico de la iglesia católica del siglo XX y principios del XXI*, disponible en <http://www.autorescatolicos.org/PDF/AAAUTORES04531.pdf> [fecha de visita 21 de diciembre de 2018].
- FOX, Robin (1964) *Sistemas de parentesco y matrimonio*. Traducción de Juan Falces, 4ª edición. Madrid: Alianza.
- GRAZIANI, Ermano (1958). voz “*Affinità*” (*Diritto Canonico*), *Enciclopedia del Diritto*. Volumen I, Milán, Giuffrè, pp. 695-700.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2013). *Derecho privado romano*. 2ª edición. Santiago: Legal Publishing-Thomson Reuters.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen (2015). “El parentesco por afinidad: ¿Concluye por la extensión del matrimonio?”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 749, pp. 1143-1172.
- LEVI-SATRAUSS, Claude (1969). *Las Estructuras elementales del parentesco*. Traducción de Mane Therese Cevasco, Barcelona: Paidós.
- MEDINA PABÓN, Juan Enrique (2014). *Derecho Civil. Derecho de familia*. 4ª edición. Bogotá: Ediciones Universidad del Rosario.
- MUÑOZ-EGUILETA, Ana (2009). “Personas Divorciadas: Análisis de las Características del Proceso de Ruptura”, *Psychosocial Intervention*. Volumen 18 N° 1, pp. 71-72. Disponible en: <http://scielo.isciii.es/pdf/inter/v18n1/v18n1a08.pdf> [fecha de visita 20 de diciembre de 2018].

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge (1946). *Tratado práctico de derecho civil francés*, traducción de Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Brusone. La Habana: Cultural S.A.

SAN ROMÁN, Teresa; GONZÁLEZ ECHEVARRÍA, Aurora y GRAU REBOLLO, Jorge (2003). *Las relaciones de parentesco*. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona.

DIVERSOS INTERESES COMPROMETIDOS EN LA PROTECCIÓN
SUCESORIA DE LA FAMILIA: EL CASO DEL USUFRUCTO
UNIVERSAL A FAVOR DEL CÓNYUGE VIUDO

RICARDO SAAVEDRA ALVARADO*

I. LA EVOLUCIÓN DE LAS ESTRUCTURAS FAMILIARES Y
LA VOCACIÓN SUCESORIA DEL CÓNYUGE VIUDO

Tradicionalmente, en los esquemas sucesorios históricos que se proyectan incluso hasta el período de la codificación, la figura del cónyuge sobreviviente no se caracterizó precisamente por ocupar una posición demasiado destacada. Una expresión de esta realidad podemos observarla en la evolución de nuestro propio derecho, en que el cónyuge sobreviviente no fue incluido originalmente entre los legitimarios del causante, atribuyéndole a título de asignación forzosa una asignación eventual denominada porción conyugal, la cual podía recibir en caso de carecer de otros bienes. En cuanto a la sucesión intestada, la vocación sucesoria necesaria del cónyuge sobreviviente sólo se manifiesta a partir del segundo orden, y normalmente con carácter concurrente, lo que obligaba a compartir la herencia incluso con los hermanos del causante.

En el derecho español común ocurre un fenómeno similar en el ámbito abintestato. En cuanto a las asignaciones forzosas, aunque el cónyuge viudo es considerado legitimario, no en propiedad sino sólo en usufructo, el cual podrá gravar dos tercios de la herencia si no hay otros legitimarios, la mitad en caso de que concurren ascendientes, y solamente el tercio de mejoras si concurren descendientes.

* Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Valparaíso. Magister en Derecho Mención Derecho privado, por la Universidad de Chile. Trabajo desarrollado en el contexto del Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Políticas de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. ricardo.saavedra@uv.cl.