





MARÍA SOLEDAD  
QUINTANA VILLAR

DERECHO  
DE  
FAMILIA

SEGUNDA EDICIÓN  
ACTUALIZADA Y AMPLIADA



EDICIONES UNIVERSITARIAS DE VALPARAÍSO  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

© María Soledad Quintana Villar, 2013  
Inscripción N° 235.119  
ISBN 978-956-17-0646-0

Segunda Edición Actualizada y Ampliada: 2015

Derechos Reservados  
Tirada: 500 ejemplares

Ediciones Universitarias de Valparaíso  
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso  
Calle 12 de Febrero 187, Valparaíso  
E-mail: [euvs@ucv.cl](mailto:euvs@ucv.cl)  
[www.euv.cl](http://www.euv.cl)

Impresión: Salesianos S.A.

HECHO EN CHILE

A mis padres y a Memel, en recuerdo y con gratitud



## PRESENTACIÓN DE LA PRIMERA EDICIÓN

Esta obra nació de la reiterada petición de mis estudiantes y para ellos fue escrita.

Es expresión de mi vocación humanista y docente, el hecho que mis dos carreras anteriores hayan sido Pedagogía en Filosofía y en Castellano y que en la tercera, Derecho, haya optado por la docencia. No obstante, Filosofía y Castellano no quedaron en un pasado remoto, sino han estado siempre presentes determinando mi quehacer y posibilitando una particular aprehensión del Derecho que ha dejado numerosas huellas en estas páginas.

No hubo necesidad de efectuar un proceso de selección de cara a lo que yo deseaba escribir, Derecho de familia fue la opción evidente. Me interesó preferentemente desde mis años de estudiante, interés que se ha ido acrecentando a través del tiempo.

Son ya diecisiete años de contacto permanente con estudiantes tanto de Derecho como de Trabajo Social de pregrado y postgrado, los que han enriquecido mi docencia y cuyo fruto es este libro.

Unos y otros, desde las peculiares características de sus respectivas carreras, a partir de visiones que, siendo diferentes, son complementarias, me han motivado a buscar qué hay tras la norma legislativa, sus eventuales carencias, sus diversas posibilidades de interpretación.

Hay, entonces, en este texto, muchas reflexiones que brotaron justamente de este intercambio que, indudablemente, es una fuente inagotable de crecimiento personal y profesional. Hay, también, una visión crítica de falencias que requieren ser subsanadas para poder cumplir de mejor forma el mandato legislativo que ordena proteger al cónyuge más débil y a los hijos. Asimismo, pienso que hay una especial manera de abordar los temas jurídicos que da un sello de originalidad a la obra.

He desarrollado las cuestiones más relevantes y las últimas reformas del Derecho de familia –incluyendo la Ley N° 20.680 recientemente promulgada y publicada en el diario oficial el 21 de junio de 2013–, que han significado un cambio sustancial en instituciones como la filiación y el matrimonio, y he expuesto los proyectos de ley que existen sobre las uniones de hecho. Modificaciones y proyectos de ley que –como todo el libro– demuestran la constante evolución del Derecho de familia.



## PRESENTACIÓN DE LA SEGUNDA EDICIÓN

El año pasado se me pidió elaborar una segunda edición de esta obra, dado el alto interés suscitado por la primera. La petición me incitó a profundizar en el texto, pues no quería contentarme con una mera reimpresión, sino introducir las innovaciones surgidas en el ámbito del Derecho de familia. Me pareció oportuno esperar la promulgación de la ley que estaba en tramitación relativa a la regulación de las uniones afectivas de personas del mismo o de diferente sexo. Se incluye, entonces, en esta nueva edición, la Ley N° 20.830 que crea el acuerdo de unión civil, mostrando las debilidades, incongruencias y proyecciones de este nuevo contrato.

Asimismo, hay una actualización de aquellas materias que se verán afectadas por el acuerdo.

En relación con la legislación comparada, ha sido revisada, de modo de acoger las modificaciones recientes.

Respecto de la jurisprudencia, se analizan sentencias que han recaído en la determinación de la titularidad del cuidado personal del menor y el ejercicio de la relación directa y regular cuando los padres viven separados y que son posteriores a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.680.

Todas las novedades de las cuales se hace cargo esta edición confirman lo expresado en la presentación de la primera, referente al permanente cambio de esta rama del Derecho, que se explica porque la familia, su objeto, muta como la vida misma.



## ABREVIATURAS

Art.	:	artículo
Arts.	:	artículos
Bs. Aires	:	Buenos Aires
CC	:	Código Civil
CCArg	:	Código Civil de Argentina
CCEc	:	Código Civil de Ecuador
CCEsp	:	Código Civil de España
CCPer	:	Código Civil de Perú
C. de A.	:	Corte de Apelaciones
COT	:	Código Orgánico de Tribunales
CP	:	Código Penal
CPC	:	Código de Procedimiento Civil
CPR	:	Constitución Política de la República
C.S.	:	Corte Suprema
D.L.	:	Decreto Ley
D.S.	:	Decreto Supremo
Edic.	:	edición
GJ	:	Gaceta Jurídica
GT	:	Gaceta de los Tribunales
Inc.	:	inciso
LMC	:	Ley de Matrimonio Civil

LRC	:	Ley de Registro Civil
LTF	:	Ley de Tribunales de Familia
N°	:	número
Ob. cit.	:	obra citada
OPD	:	Oficina de Protección de Derechos de la Infancia
P.	:	página
Pp.	:	páginas
RDJ	:	Revista de Derecho y Jurisprudencia
SENAME	:	Servicio Nacional de Menores
Sec.	:	sección
Ss.	:	siguientes
T.	:	tomo
Vol.	:	volumen

## CAPÍTULO I

### LA FAMILIA

Existe consenso respecto a la importancia de la familia como núcleo social básico. Asimismo, nadie objeta que esta institución es natural y, por tanto, anterior al Derecho. Hay acuerdo, también, en relación con la necesidad de los ordenamientos jurídicos de ocuparse de ella y regularla, debido a su trascendencia. Decir ordenamientos jurídicos es reconocer que no existe un tratamiento unitario y no lo existe puesto que la familia está inserta en una sociedad, por lo que en ella estarán subsumidas las características de su idiosincrasia.

#### 1. CONCEPTO

Las personas naturalmente tienden a vivir en sociedad, relacionándose con sus pares a través de vínculos afectivos o de otra índole.

Señalaba que la familia constituye el grupo social fundamental; se puede decir, entonces, en una primera aproximación, que familia es una comunidad de personas.

En nuestro Código Civil solo encontramos una definición bastante peculiar de familia, en el artículo 815, cuando trata los derechos reales de uso y habitación, pues alude a una familia patriarcal, en la cual se encuentran incluidos los criados.

#### 2. ETIMOLOGÍA

Es preciso acotar el concepto de familia. Para ello, la abordaré, en primer lugar, desde la perspectiva etimológica.

Existen varias hipótesis sobre el origen del término. De acuerdo con una de ellas, procedería del sánscrito *dhá*, asentar y *dhaman*, asiento, morada, refiriéndose, de este modo,

a la familia como el hogar doméstico y los bienes que lo guarnecen. Según otra teoría, derivaría del osco, empero, entre los que la apoyan, hay diversidad de opiniones, unos la relacionan con el término *famel* o *fames* que significa hambre, apuntando a que es allí donde esta se sacia; otros, con la voz *famulus*, con la cual se hace mención al dueño de casa y a quienes viven con él, incluyendo los esclavos. Hay, asimismo, autores que estiman que la fuente del vocablo *famulus* radicaría en el osco *faamat*, habitar, que, a su vez, emana del sánscrito *vama*, hogar, habitación<sup>1</sup>.

Aunque no existe una opinión uniforme de cara a la etimología de la voz familia, habría un sustrato común, el hogar, comprendiendo en él a todos sus habitantes. Y esta sería la noción acogida por don Andrés Bello en el artículo 815 del Código Civil, ya mencionado.

### 3. SENTIDO NATURAL Y OBVIO

En las clases de Derecho civil, cuando se enseñan las normas de interpretación de la ley y se explica el elemento gramatical, se indica que el sentido natural y obvio de las palabras –art. 20 CC– es el dado por el Diccionario de la Lengua Española. Este define familia, en sus tres primeras acepciones, como:

- “1. f. Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas.
- 2. f. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje.
- 3. f. Hijos o descendencia”<sup>2</sup>.

Advertimos que la primera de ellas es bastante restrictiva, solamente comprende a aquellos parientes que conviven en un mismo hogar. De las otras dos, sin duda, es la segunda la más acorde con el sentido natural y obvio, entendiendo por tal, ahora, no el que le da el Diccionario de la Lengua Española, sino una comunidad determinada.

### 4. ACEPCIONES JURÍDICAS

Se puede abordar el estudio de la familia como institución natural, social y jurídica. A partir de esta última, debemos tener presente, por una parte, lo ya dicho, que la familia es una realidad natural y social anterior al Derecho y que este, dada su importancia, viene a normar; y, por otra, que la familia como institución jurídica no siempre concuerda con la familia como realidad biológica; así, un adoptado adquiere, por el hecho de la

<sup>1</sup> Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Derecho y derechos de la familia*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2005, pp. 21–22.

<sup>2</sup> Diccionario de la Lengua Española, 22ª edic.

adopción, el estado civil de hijo del o de los adoptantes, lo que le otorga los mismos derechos y deberes en relación con sus padres adoptivos que los que detentan los hijos biológicos de este o estos.

A continuación, citaré algunas acepciones de familia que demuestran que no existe de ella un concepto unitario.

Las Partidas dan una definición descriptiva: "...el señor della, e su mujer, e todos los que viven so el, sobre quien ha mandamiento, assi como los fijos, e los sirvientes, e los otros criados"<sup>3</sup>. No podemos ignorar su influencia en nuestro artículo 815 cc.

Para el jurista francés Carbonier, es el "conjunto de personas unidas por el matrimonio o por la filiación, por el parentesco y la afinidad, resultantes estos del matrimonio y de la filiación"<sup>4</sup>.

Según los hermanos Mazeaud, también franceses, la familia está constituida por "el grupo formado por las personas que, en razón de sus vínculos de parentesco o de su calidad de esposos, están sometidas a la misma comunidad de vida y en la cual los esposos aseguran en conjunto la dirección moral y material"<sup>5</sup>.

Para Castán Tobeñas es "un conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio o de parentesco (consanguinidad, afinidad o adopción) a las que la ley atribuye algún efecto jurídico; por ejemplo impedimento matrimonial relativo al parentesco, llamamiento a la sucesión ab intestato, designación para la tutela, etc."<sup>6</sup>.

Esta acepción, que peca por su excesiva extensión, tiene, no obstante, el mérito de explicitar los efectos jurídicos resultantes del matrimonio o del parentesco. Al igual que algunas de las anteriores, no reconoce la existencia de las familias extramatrimoniales.

De este vacío se hacen cargo los juristas Díaz de Guijarro y Zannoni. Mientras aquel la define como un "conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos, interdependientes y recíprocos, emergentes de la unión sexual, la procreación y el parentesco"<sup>7</sup>; Zannoni manifiesta que la familia es "un régimen de relaciones sociales que se determina mediante pautas institucionalizadas relativas a la unión intersexual,

---

<sup>3</sup> PARTIDAS 7.31.6.

<sup>4</sup> CARBONIER, Jean, *Droit Civil, Presses Universitaires de France*, Paris, 1955, t. I, N° 801, p. 281.

<sup>5</sup> MAZEAUD, Henri, Jean y Leon, *Leçons de Droit Civil*, 6ª edic., Paris, Ediciones Montchrestien, 1976, t. I, vol. III, N° 686, p. 10.

<sup>6</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español común y foral*, Madrid, Editorial Reus S.A., 1976, t. V, vol. 1º, p. 28.

<sup>7</sup> DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, *Tratado de Derecho de Familia*, Bs. Aires, Tea, 1953, t. I, N° 8 y ss., pp. 21 y ss.

la procreación y el parentesco”<sup>8</sup>. Ambas definiciones, aunque integran los elementos principales, no incluyen la adopción.

La mayoría de los autores chilenos que se ha dedicado al estudio del Derecho de familia, ha pretendido conceptualizarla.

Según Fueyo, es aquella “institución que vincula a cónyuges y descendientes bajo fórmulas de autoridad, afecto y respeto”<sup>9</sup>.

Somarriva la define como “el conjunto de personas unidas por el vínculo de matrimonio, del parentesco o de la adopción”<sup>10</sup> y Rossel, como “un conjunto de individuos unidos por vínculo de matrimonio o de parentesco”<sup>11</sup>.

Podemos apreciar cómo nuestros juristas, hasta finales del siglo recién pasado, circunscribían el concepto de familia a aquellas que tenían su origen en el matrimonio, a pesar del incremento progresivo de las familias de hecho. Realidad que sí fue considerada por la Comisión Nacional de la Familia creada por D.S. N° 162 de 1992, comisión que entiende por familia aquel “grupo social unido entre sí por vínculos de consanguinidad, filiación (biológica o adoptiva) y de alianza, incluyendo las uniones de hecho cuando son estables”<sup>12</sup>.

Ya vigente el siglo XXI, Corral da una acepción que ambiciona ser omnicomprensiva de las características propias de la familia, afirmando que es “aquella comunidad que, iniciada o basada en la asociación permanente de un hombre y una mujer destinada a la realización de los actos humanos propios de la generación, está integrada por personas que conviven bajo la autoridad directiva o las atribuciones de poder concedidas a uno o más de ellas, adjuntan sus esfuerzos para lograr el sustento propio y el desarrollo económico del grupo y se hallan unidas por un afecto natural derivado de la relación de pareja o del parentesco de sangre el que las induce a ayudarse y auxiliarse mutuamente”<sup>13</sup>. Su intención no se cumplió plenamente, pues, como Díaz de Guíjarro y Zannoni, dejó fuera la filiación adoptiva.

---

<sup>8</sup> ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de Familia*, 6ª edic. actualizada y ampliada, Bs. Aires, Editorial Astrea, 2012, N° 1, p. 3.

<sup>9</sup> FUEYO LANERI, Fernando, *Derecho Civil*, Santiago de Chile, Universo, 1959, t. VI, vol. I, p. 17.

<sup>10</sup> SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Derecho de Familia*, Santiago, Editorial Nascimento, 1963, N° 3, p. 10.

<sup>11</sup> ROSSEL SAAVEDRA, Enrique, *Manual de Derecho de Familia*, 7ª edic. actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, N° 1, p. 1.

<sup>12</sup> Informe de la Comisión Nacional de Familia, Servicio Nacional de la Mujer, Santiago, Chile, 1994.

<sup>13</sup> Ob. cit., p. 32.



## 5. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

La Constitución Política de la República de 1980, si bien no define familia, sí se preocupa de brindarle su amparo, desde el primero de sus artículos, cuyo inciso 2º expresa “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad” y su inciso final establece como deber del Estado proteger a la familia y propender a su fortalecimiento. Además, en el inciso tercero de la misma disposición, le otorga una garantía indirecta, cuando alude “a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad”, dado que, indubitadamente, la familia constituye uno de ellos, el más importante. Agrega el constituyente que el Estado debe garantizar la “adecuada autonomía” de estos grupos “para cumplir sus propios fines específicos”. En tanto, en diferentes numerales del artículo 19 se refiere a la familia. Así, en el N° 4 garantiza su honra, en el N° 5 asegura la inviolabilidad del hogar y en los numerales 10 y 11 declara el derecho preferente de los padres de educar a sus hijos, proclamando la libertad de enseñanza.

La familia se encuentra resguardada, también, a través de diversos tratados internacionales ratificados por Chile que, en virtud del artículo 5º de la CPR, son ley de la República; entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, que, en su artículo 23, dice: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Declaración similar a la de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en su artículo 174, convención comúnmente conocida como Pacto de San José de Costa Rica.

Ahora bien, preguntémosnos, ¿a qué familia protege el constituyente?

Nuestros autores no están contestes y esta diferencia de opiniones tiene su base en la historia del establecimiento del texto constitucional, específicamente, en la sesión 191ª de la Comisión Ortúzar, en la que se debatió ampliamente acerca de la protección a la familia y sobre el alcance de dicha protección<sup>14</sup>.

Algunos piensan que es la familia matrimonial la acogida por el constituyente. En este sentido, Corral sostiene: “si el concepto constitucional de familia debe tener un contenido determinado, éste no puede ser otro –a falta de declaración expresa en el texto o en las actas– que la familia fundada en el matrimonio. Otras formas de convivencia podrán ser más o menos admisibles jurídicamente, pero lo que la Constitución declara como núcleo fundamental de la sociedad, es la familia edificada sobre la base de la unión personal de los cónyuges”<sup>15</sup>. Basa su tesis en los siguientes argumentos: i. El texto constitucional se

---

<sup>14</sup> Sesión N° 191 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, 19 de Marzo de 1996.

<sup>15</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán, *Familia y Derecho*, en Colección Jurídica, Santiago, Universidad de los Andes, 1994, p. 30.

“quiso referir al modelo paradigmático, tradicional y clásico de familia, que no es otro que el de la familia legítima o matrimonial”; ii. Agrega que la convicción “de que se trataba de una realidad obvia y que se daba por supuesta, explica” el silencio del constituyente que consideró, por tanto, innecesaria su explicitación; iii. Continúa afirmando: “Los textos internacionales en ningún caso hablan de familia como una realidad abierta y de carácter descriptivo. Más bien coinciden con el texto constitucional en que la familia es una institución fundamental y fundada en la misma naturaleza humana e íntimamente relacionada con el derecho a contraer matrimonio”, y iv. Termina manifestando que es absurdo pensar que es deber del Estado no solo “proteger, sino propender” al fortalecimiento de las uniones de hecho o de las parejas homosexuales<sup>16</sup>.

La familia amparada por el constituyente sería aquella institución esencial vinculada estrechamente al derecho de las personas de fundarla mediante el acto matrimonial. El autor, empero, no ignora la existencia de familias no matrimoniales, simplemente postula que la Constitución le brinda privilegios especiales a aquella que tiene su origen en el matrimonio.

Del mismo modo, Eduardo Soto Kloss, en su artículo *La Familia en la Constitución Política*, concluye que, de los antecedentes de la Constitución y en particular del hecho que toda la estructura institucional se inspira y descansa en la concepción humanista y cristiana del hombre y de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, aquella que está protegida por el constituyente, no puede ser sino la emanada del matrimonio<sup>17</sup>.

Otros, en cambio, piensan que nuestra Carta Magna tutela tanto la familia matrimonial como la no matrimonial. Entre ellos, Gonzalo Figueroa Yáñez, quien postula que “es deber del Estado dar protección y propender al fortalecimiento de una y otra”<sup>18</sup>. En el mismo sentido, se pronuncia Mario Verdugo, quien, al comentar un fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Concepción, señala: “La sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción (4 de febrero de 2000), incide en un juicio de indemnización de perjuicios, pero su interés mayor reside en cuanto ordena indemnizar el daño moral experimentado por el conviviente de una mujer que falleció en un accidente, originado por falta de servicio de una Municipalidad. Ésta, al igual que el voto de minoría del fallo del tribunal de alzada, sostuvo la tesis de que el conviviente no tenía derecho a percibir indemnización. Decimos que el fallo presenta singular interés por cuanto implica interpretar la norma constitucional en el sentido de que la protección de la familia no

---

<sup>16</sup> Ibídem, pp. 29–30.

<sup>17</sup> SOTO KLOSS, Eduardo, *La familia en la Constitución Política*, en *Revista Chilena de Derecho*, 1994, pp. 224–225.

<sup>18</sup> FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, *Persona, pareja y familia*, Santiago, 1995, pp. 70–72.

sólo debe comprenderse referida a la familia derivada del matrimonio, sino que a las uniones de hecho o concubinarias e, incluso, a la formada por madres solteras que engendran hijos. Se trata de un ejemplo expresivo de cómo los tribunales pueden dar real eficiencia a los derechos fundamentales asegurados por la Constitución y los tratados internacionales”<sup>19</sup>.

La tesis defendida por Figueroa y Verdugo, entre otros, concuerda con el informe de la Comisión Nacional de la Familia, que, en relación con el artículo 1º de la Constitución, expresa en el párrafo denominado *Marco constitucional* del capítulo III: “El constituyente deja abierta la posibilidad de que sea la sociedad, en cada momento histórico, la que defina qué entiende por familia y cómo se harán efectivas muchas de las aspiraciones programáticas consagradas por la Constitución”, añadiendo que “el constituyente no identifica necesariamente familia con matrimonio”. Finaliza afirmando que de ello se infiere que no es solamente la familia que nace del matrimonio la protegida constitucionalmente, sino, también, otros tipos de familia.

Sin embargo, la discusión persiste, existiendo sólidos argumentos para una y otra postura, pudiendo esgrimirse a favor de la segunda, la entrada en vigencia de la Ley de Filiación –Nº 19.585– que, estableciendo la igualdad de todos los hijos ante la ley, extendió a los padres no matrimoniales facultades que antes eran privativas de los padres de hijos de filiación matrimonial, como la patria potestad, lo que podría estimarse como un reconocimiento de la familia extramatrimonial. También, la Ley de Matrimonio Civil –Nº 19.947– que declara “El matrimonio es la base principal de la familia”, aceptando, por ende, implícitamente, que el matrimonio no es su fuente exclusiva, aunque sí la más importante.

## 6. EL CÓDIGO CIVIL Y EL CONCEPTO LEGAL DE FAMILIA

En párrafos anteriores lo afirmaba, en nuestra legislación civil, la única referencia a la familia la encontramos en el artículo 815, que esboza una definición de familia fundada en el matrimonio, apuntando a una noción descriptiva de ella: “La familia comprende al cónyuge y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución.

Comprende asimismo el número de sirvientes necesarios para la familia.

Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivían con el habitador o usua-

---

<sup>19</sup> VERDUGO MARINKOVIC, Mario, *La familia en la Constitución*, en *Semana Jurídica*, 25 al 31 de marzo de 2002.

rio y a costa de estos; y las personas a quienes estos deben alimentos”.

Dado que para don Andrés Bello, el matrimonio constituía la base de la familia, lo reguló, indicando sus efectos y consecuencias y guardando silencio respecto de las situaciones paralelas.

El Código primitivo, puesto que la disposición en comento señalaba que la familia comprendía “su mujer...”, permitía defender la tesis que no restringía los derechos del usuario y habitador a los de la familia matrimonial. Empero, el legislador de la Ley N° 18.802, en su afán no discriminador, reemplazó el término *mujer* por *cónyuge*, no percatándose de que, si bien, por una parte, ampliaba los derechos al hacerlos extensivos a la mujer titular del derecho real de uso y habitación, por otra, los limitaba a la familia derivada del matrimonio.

En tanto, en el artículo 15 N° 2 CC, norma de aplicación extraterritorial, se declara el sometimiento de los chilenos, “no obstante su residencia o domicilio en país extranjero”, a las leyes patrias en lo relativo a “las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero solamente respecto de sus cónyuges y parientes chilenos”. Su alusión al *cónyuge* –curiosamente dice *cónyuges*– es una demostración más de la protección preferente que se brinda a la familia que emana del matrimonio.

En el mismo sentido, el artículo 42 CC prescribe: “En los casos que la ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderán comprendidos en esa denominación el cónyuge de ésta y sus consanguíneos de uno y otro sexo, mayores de edad...”.

No podemos sino criticar la imprecisión de la norma al considerar pariente al cónyuge. La *ratio legis*, sin duda, es evidente; si bien el cónyuge no es pariente, es –o debiera ser– la persona más cercana de aquella que requiere especial protección.

## 7. CLASES DE FAMILIA

### 7.1. CLASIFICACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU EXTENSIÓN

#### a) *Familia extensa*

Constituida por ambos progenitores y sus hijos, además de los parientes consanguíneos, tanto en la línea recta como en la colateral y, si existe vínculo matrimonial entre los padres, conformada, también, por los afines.

La familia extensa originada en el matrimonio es la del Chile colonial y decimonónico y la que aparece reflejada no solo en la novelística de la época, sino, de algún modo, en el artículo 815 CC ya varias veces nombrado.

*b) Familia nuclear*

Integrada por los progenitores y los hijos comunes que con ellos viven.

*c) Familia monoparental*

Compuesta por un progenitor y los hijos. Familia que ha ido en aumento creciente con el devenir del tiempo. Las razones son variadas. Entre ellas, el mayor índice de niños nacidos fuera del matrimonio, el alto porcentaje de separación y divorcio entre los padres, así como la posibilidad de adopción de un menor por parte de una persona viuda, soltera o divorciada.

*d) Familia ensamblada o reconstituida*<sup>20</sup>

Formada por familias cuyos progenitores tienen hijos de precedente matrimonio o de una unión extramatrimonial anterior. Es una situación de ocurrencia frecuente en la actualidad. Ello tiene trascendencia desde varias perspectivas: sociológica, psicológica y jurídica. Esto último lo podemos apreciar, a vía ejemplar, en el impedimento de parentesco para contraer matrimonio que rige para todos los parientes en la línea recta ya sea por consanguinidad o por afinidad.

## 7.2. CLASIFICACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU FORMACIÓN

*a) Familia matrimonial o legítima*

Se funda en el matrimonio.

*b) Familia no matrimonial o natural*

Aquella en que no hay matrimonio, sino lazos de unión sexual y/o de procreación.

*c) Familia adoptiva*

Nace de una sentencia judicial mediante la cual una persona adquiere el estado civil de hijo del adoptante, constituyéndose una familia entre ambos.

Hablo de adoptante como persona singular, pues si se tratase de la adopción realizada por un matrimonio, ya estaríamos frente a una familia antes que esta procediese a adoptar a un menor. Lo mismo ocurriría si el adoptante tuviese hijos anteriores.

---

<sup>20</sup> ZANNONI, ob. cit., N° 3, p. 6.



## CAPÍTULO II

### DERECHO DE FAMILIA

#### 8. CONCEPTO

Se han dado muchas definiciones del Derecho de familia, entre ellas citaré, en primer lugar, la de Belluscio, “conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares”<sup>21</sup>, que tiene el mérito de ser sintética, de referirse a lo medular, pero el defecto de no declarar todos los elementos que lo componen.

Ferrara suple el silencio de Belluscio al conceptualizarlo como “el complejo de las normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los pertenecientes a la familia entre sí y respecto de terceros”<sup>22</sup>.

En tanto, Castán Tobeñas señala que es “el conjunto de normas y preceptos que regulan esas mismas relaciones que mantienen entre sí los miembros de la familia”<sup>23</sup>.

Por su parte, Rossel dice que son “derechos de familia las vinculaciones jurídicas establecidas por la ley, respecto de los individuos que han contraído matrimonio o que se han conocido carnalmente o que están unidos por parentesco”<sup>24</sup>.

Siguiendo a Ferrara, me inclino por definir el Derecho de familia como aquel conjunto de normas y principios jurídicos –personales y patrimoniales– que regula la familia matrimonial y no matrimonial, tanto en lo referente a las relaciones de sus miembros entre sí, como respecto de terceros.

---

<sup>21</sup> BELLUSCIO, Augusto, *Derecho de Familia*, Bs. Aires, Depalma, 1974, t. I, N° 8, p. 29.

<sup>22</sup> Citado por RAMOS PAZOS, René, *Derecho de Familia*, 7ª edic. actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, N° 5, p. 14.

<sup>23</sup> Ob. cit., p. 44.

<sup>24</sup> Ob. cit., N° 7, p. 5.

## 9. ¿ES DERECHO PÚBLICO O PRIVADO?

Desde la época romana, se han distinguido dos áreas en el Derecho, la pública y la privada. Debido a las peculiares características del Derecho de familia, han existido interesantes discusiones sobre su inclusión, ya en el Derecho público, ya en el privado. Así, Cicu, jurista de la Universidad de Bolonia de principios del siglo recién pasado, en un comienzo afirmó que la familia era una estructura orgánica similar a la del Estado. Más adelante, modificó su planteamiento primitivo, aduciendo que no cabía establecer una analogía entre familia y Estado, puesto que la primera carece de soberanía, no pudiendo, entonces, ser subsumida en el Derecho público<sup>25</sup>.

Se puede afirmar que el Derecho de familia pertenece al Derecho privado, debido a que regula situaciones propias de la esfera íntima de cada persona, aunque la mayoría de sus disposiciones son de orden público –característica del Derecho público– y no supletorias de la voluntad de las partes, como ocurre con la generalidad de las normas del Derecho privado. Es, por ende, una rama del Derecho con particularidades que la diferencia de las demás.

La razón por la cual los preceptos de familia son principalmente de orden público, se debe a que el legislador tuvo que reconocer que la familia, núcleo básico de la sociedad, requiere ser especialmente protegida no pudiendo ser dejada al arbitrio de los particulares.

En la normativa nacional no existe duda en relación con la inserción del Derecho de familia en el Derecho privado, en particular, en el Derecho civil, dado que la mayoría de sus disposiciones las encontramos en el Código Civil y en su Apéndice.

Se afirma, por tanto, que, en el Derecho civil, coexisten normas patrimoniales y extrapatrimoniales o de familia. Ahora bien, es necesario precisar que esta distinción no es de manera alguna categórica, pues encontramos en los preceptos de familia disposiciones patrimoniales, como pudimos advertir en algunas de las definiciones dadas, estando las primeras, indubitadamente, en situación de preeminencia respecto de las segundas.

## 10. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE FAMILIA

### *1ª La mayoría de sus disposiciones son de orden público*

En atención al interés protegido –la familia–, sus normas se imponen a los particulares, relegando su voluntad solamente a la constitución de la relación familiar.

<sup>25</sup> CICU, *El Derecho de Familia*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Bs. Aires, Ediar S.A. Editores, 1947, p. 119 y *Principi Generali del Diritto di Famiglia*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1955, p. 1.



Existe, en Derecho, un viejo adagio, según el cual *las cosas se deshacen como se hacen*, afirmación que tiene una validez general, mas no absoluta, siendo su relatividad mayor todavía en el ámbito familiar, porque sus consecuencias, como indicaba, trascienden el interés de los particulares.

Anterior a la Ley N° 19.947 se daban como ejemplos paradigmáticos de la contraposición, en esta materia, entre el derecho patrimonial y el familiar, los artículos 1567 y 102 CC, respectivamente. Mientras el primero consagra el mutuo disenso, el segundo, a pesar de definir el matrimonio como un contrato, continúa aseverando su indisolubilidad.

Muchos piensan que, desde la entrada en vigor de la nueva Ley de Matrimonio Civil, dicha contraposición sería aparente dada la consagración del divorcio por mutuo acuerdo y, aún, por voluntad unilateral de uno de los cónyuges. Se puede responder con la argumentación de los parlamentarios que defendieron la mantención del vocablo indisoluble en el artículo 102 CC. Afirmaron que el matrimonio no se disuelve, sino termina por las causales taxativamente enumeradas por la ley –entre ellas no se menciona el mutuo disenso– y siempre que se cumpla con los requisitos exigidos por ella. En consecuencia, la disolubilidad del vínculo matrimonial es extrínseca y no intrínseca, no procede por la mera voluntad de los cónyuges<sup>26</sup>.

Si bien a la sola dictación del Código Civil, la limitación a la autonomía de la voluntad era casi absoluta, con el transcurso del tiempo se ha ido matizando. Actualmente, se ha flexibilizado la visión paternalista en la regulación de la familia, privilegiando el acuerdo de los particulares, en ciertas materias, en aras de propender a la armonía familiar y, de paso, evitar la excesiva judicialización de los asuntos familiares. El Derecho español ha denominado *contractualización* esta forma de regular materias propias del Derecho de familia. En nuestro ordenamiento jurídico, son ejemplos de ello: los artículos 225 CC, relativo al cuidado personal; 244 CC, referente a la patria potestad, y 21 y siguientes LMC, en lo tocante a la separación de hecho.

*2ª Existe un importante rol de la ética que advertimos subyacente en muchas de sus disposiciones*

Esta característica del Derecho de familia acarrea como consecuencias:

- a) Que, en él, es preferible y más preciso hablar de deberes y no de obligaciones, por cuanto su cumplimiento –el de los deberes– está entregado, con frecuencia, a la

---

<sup>26</sup> QUINTANA VILLAR, María Soledad, con la colaboración de Ana Gómez Calderón, *La separación y el divorcio en la Ley de Matrimonio Civil*. Homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvalho, Ediciones Universitarias de Valparaíso, PUCV, 2008, pp. 77–100.

conciencia de sus destinatarios y no es posible, por regla general, respecto de ellos, la compulsión.

- b) Que en los actos patrimoniales, al referirnos a los efectos, aludimos a derechos y obligaciones, existiendo una correlación entre unos y otros; en el Derecho de familia, en cambio, priman los deberes sobre los derechos. Además, cuando se conceden derechos, es en miras de un objetivo que los trasciende, el interés familiar.

### *3ª Los actos de familia son, generalmente, solemnes*

Es otra diferencia con el resto de los actos jurídicos en los que prima el consensualismo y es una característica que deriva de la especial importancia de esta rama del Derecho.

Se pueden citar, entre otros, los artículos 102 CC, que define el matrimonio; 187 CC, acerca del reconocimiento de un hijo, y 1723 CC, sobre las convenciones concernientes a los regímenes matrimoniales.

### *4ª En las relaciones de familia existe jerarquía entre sus miembros*

Así, la autoridad paterna, la patria potestad y el régimen matrimonial de la sociedad conyugal,...

Leemos en el segundo inciso del artículo 222 CC: “Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres”. En este precepto no existe límite de edad.

### *5ª Los derechos de familia se encuentran fuera del comercio humano, son indisponibles*

Por tanto, son, por regla general, irrenunciables, intransmisibles, imprescriptibles e inalienables.

La irrenunciabilidad no significa que el titular del derecho deba, necesariamente, ejercerlo, pues es diferente su no ejercicio –que cabe– de la renuncia –que está prohibida–.

En relación con el ejercicio de las acciones, la mayoría son imprescriptibles, pero algunas caducan, aunque el legislador ocupó, me parece que de manera no del todo precisa, la forma verbal *prescribir*.

### *6ª La generalidad de los actos de familia son puros y simples*

Los artículos 102, 189 y 1723 CC explicitan esta característica. La representación viene a ser una excepción, siendo acogida por esta rama del Derecho para ciertos actos. Otras excepciones las constituyen la condición impuesta por un tercero como las expresadas en los artículos 166, 1724 y 250 N° 2 CC, relativos los dos primeros a la sociedad conyugal y el tercero a la patria potestad.