

María Soledad Quintana Villar

Derecho *de* Familia

—
TERCERA EDICIÓN

Actualizada y ampliada

50
AÑOS
1970-2020



EDICIONES
UNIVERSITARIAS
DE VALPARAÍSO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE VALPARAÍSO

© María Soledad Quintana Villar, 2020

DERECHO DE FAMILIA

Tercera edición. Actualizada y ampliada

Registro de Propiedad Intelectual N° 2020-A-3022

ISBN: 978-956-17-0872-3

Derechos Reservados

Tirada: 500 ejemplares

Ediciones Universitarias de Valparaíso

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Calle Doce de Febrero 21, Valparaíso

Mail: euvs@pucv.cl

www.euv.cl

Diseño: Paulina Segura P.

Impresión: Salesianos S.A.

HECHO EN CHILE

A Sol, Gonzalo, Manuel y Maru, cuyas existencias han enriquecido la mía

A modo de presentación de esta tercera edición

Esta tercera edición me fue solicitada hace ya tiempo, dada la acogida de las anteriores en los diferentes ámbitos a que va destinada la obra. Mi demora en cumplir el encargo se debió a que efectué una revisión completa de ella con el afán de ampliarla, perfeccionarla y actualizarla con nueva jurisprudencia y bibliografía tanto nacional como internacional. Además, incluí legislación de reciente data que se inserta en lo tratado, así como proyectos de ley sobre temas atinentes que se encuentran en diversos estadios de elaboración.

Los largos años de estudio y dedicación me han permitido aprehender la materia de un modo más personal y profundo, provocando un cambio de nivel en el presente libro, nivel que se puede llamar de explicitación de sus fundamentos. En efecto, hay una nueva visión que se refleja en la manera como se exponen los distintos capítulos, constituyendo, así, una perspectiva que pretende clarificar las bases que permiten comprender por qué el Derecho de familia es una rama básica, insoslayable y determinante de nuestra sociedad.

Con cierto orgullo, pero también esperanza, presento esta tercera edición, confiando que, como las anteriores, sea útil a todos aquellos que trabajan con el apasionante tema que ha llegado a ser el Derecho de familia. Este fue mi deseo de hace ya diez años cuando comencé a elaborar la primera obra y continúa siéndolo ahora que entrego esta versión.

Abreviaturas

art.	artículo
arts.	artículos
Bs. As.	Buenos Aires
CC	Código Civil
CCArg	Código Civil y Comercial 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.F.L.	Decreto con Fuerza de Ley
D.L.	Decreto Ley
D.S.	Decreto Supremo
ed.	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
N^{os}	números
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 PRIMERO

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, dado que la familia está inserta en una sociedad, por lo que en ella estarán subsumidas las características de su idiosincrasia.

I. 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.

Nuestro Código Civil, en el artículo 815, cuando trata los derechos reales de uso y habitación, alude a una familia patriarcal, en la cual se encuentran incluidos los criados.

II. 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 *dbá*, asentar y *dbaman*, 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 es-

clavos. 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, habitación¹.

Aunque no existe un criterio 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 mentado.

III. 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”².

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, entendiéndolo por tal, ahora, no el que le da el Diccionario de la Lengua Española, sino una comunidad determinada.

IV. ACEPCIONES JURÍDICAS

Se puede estudiar la familia desde diferentes perspectivas, entre otras, como institución natural, social y jurídica; teniendo 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 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.

¹ Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Derecho y derechos de la familia*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2005, pp. 21-22.
² Diccionario de la Lengua Española, 22ª ed.

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”³. 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”⁴.

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”⁵.

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.”⁶.

Esta acepción, que peca por su excesiva extensión, tiene, no obstante, el mérito de explicitar los efectos jurídicos resultantes del matrimonio o del parentesco. Tal como 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”⁷; Zannoni manifiesta que la familia es “un régimen de relaciones sociales que se determina mediante pautas institucionalizadas relativas a la unión intersexual, la procreación y el parentesco”⁸. Ambas definiciones, aunque integran los elementos principales, no incluyen la adopción.

Por su parte, la mayoría de los autores chilenos que se ha dedicado al estudio del Derecho de familia, ha pretendido conceptualizarla.

3 PARTIDAS 7.31.6.

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

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

6 CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español común y foral*, Madrid, Editorial Reus S.A., 1976, t. V, vol. I, p. 28.

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

8 ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de Familia*, 6ª ed. actualizada y ampliada, Bs. As., Editorial Astrea, 2012, t. I, N° 1, p. 3.

Para Fueyo, es aquella “institución que vincula a cónyuges y descendientes bajo fórmulas de autoridad, afecto y respeto”⁹.

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

Apreciamos 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”¹².

Ya vigente el siglo XXI, Corral da una acepción que ambiciona ser omnicompreensiva 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”¹³. Su intención no se cumplió plenamente, pues, como Díaz de Guíjarro y Zannoni, dejó fuera la filiación adoptiva.

V. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

La Constitución Política de la República, si bien no define familia, sí se preocupa de brindarle su amparo desde el primero de sus artículos, cuyo inciso 2° 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 3° de la misma disposición, le otorga una

⁹ FUEYO LANERI, Fernando, *Derecho Civil*, Santiago, Universo, 1959, t. VI, vol. I, p. 17.

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

¹¹ ROSSEL SAAVEDRA, Enrique, *Manual de Derecho de Familia*, 7ª ed. actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, N° 1, p. 1.

¹² Informe de la Comisión Nacional de Familia, Servicio Nacional de la Mujer, Santiago, Chile, 1994.

¹³ Ob. cit., p. 32.

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. Añade 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 5° de la Constitución, 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, preguntémonos, ¿a qué familia protege el constituyente?

Nuestros autores no están contestes y esta discrepancia de opiniones tiene su base en la historia del establecimiento del texto constitucional, específicamente en la sesión 191^a de la Comisión Ortúzar, en la que se debatió ampliamente acerca de la protección a la familia y sobre el alcance de dicha protección¹⁴.

Algunos piensan que es la familia matrimonial la amparada por el constituyente. En este sentido, 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 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 matrimonio¹⁵.

Por su parte, 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

14 Sesión N° 191 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, 19 de marzo de 1976.

15 SOTO KLOSS, Eduardo, “La familia en la Constitución Política”, *Revista Chilena de Derecho*, 1994, pp. 224-225.

sociedad, es la familia edificada sobre la base de la unión personal de los cónyuges”. 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 explicitación¹⁶.

El mismo autor, años más tarde, y en torno al tema, manifiesta “(...) la palabra familia asume un contenido preponderantemente axiológico y normativo (del deber ser), no meramente sociológico o fáctico ni tampoco meramente psicológico o afectivo. Si se esclarece así el contexto de significado, pienso que podría haber bastante consenso en que la familia que puede calificarse de ‘núcleo fundamental de la sociedad’ (artículo 1° CPR) o el ‘elemento natural y fundamental de la sociedad’ (artículo 17.1 Convención Americana de Derechos Humanos) es aquella comunidad de personas que se funda en la unión entre hombre y mujer que se comprometen pública y jurídicamente a compartir la plenitud de sus vidas y establecer así un hogar adecuado para recibir, criar y educar a los hijos.

Otras relaciones de parentesco o de convivencia podrán merecer efectos jurídicos, para evitar abusos o para fines asistenciales, pero eso no significa que sean equiparables al modelo sobre el cual el sistema jurídico incentiva y propone la constitución y desarrollo de la familia, como realidad social fundamental para el bien personal y para el bienestar público”¹⁷.

La familia acogida por el constituyente sería aquella institución esencial vinculada estrechamente al derecho de las personas de fundarla mediante el acto matrimonial. El autor no ignora la existencia de familias no matrimoniales, simplemente postula que la Constitución le brinda privilegios especiales a las instituidas por el vínculo matrimonial¹⁸.

En sentido contrario, la tesis defendida por Figueroa y Verdugo¹⁹, entre otros, que argumentan que, al no distinguir el constituyente, todo tipo de familia estaría protegida.

Tesis que concuerda con el informe de la Comisión Nacional de la Familia, que, en relación con el artículo 1° de la Constitución, expresa en el párrafo denominado *Marco constitucional* del capí-

16 CORRAL TALCIANI, Hernán, “Familia y Derecho”, en *Colección Jurídica*, Santiago, Universidad de los Andes, 1994, pp. 29-30.

17 CORRAL TALCIANI, Hernán, “Matrimonio entre parejas de un mismo sexo”, Respuestas a un Simposio, en *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago, Universidad de Chile, 2011, pp. 67-68. También, en su artículo “Matrimonio, parejas del mismo sexo y Derecho de Familia”, en *Matrimonio en conflicto*, Santiago, Editorial Cuarto Propio, 2015, pp. 187-208.

18 En el mismo sentido, RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, *Manual de Derecho de Familia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2017, p. 25.

19 FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, *Persona, pareja y familia*, Santiago, 1995, pp. 70-72 y VERDUGO MARINKOVIC, Mario, “La familia en la Constitución”, en *Semana Jurídica*, 25 al 31 de marzo de 2002.

tulo 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 “el constituyente no identifica necesariamente familia con matrimonio”.

La discusión persiste, existiendo argumentos para una y otra postura; sin embargo, me inclino por la primera. Al respecto, y recién promulgada la Ley N° 20.830 que crea el acuerdo de unión civil, manifesté la conveniencia de corregir sus errores, planteando que podría llegar a ser una adecuada opción para las parejas homosexuales y para aquellas que prefieren una convivencia normada antes que un matrimonio, el que, me parecía en ese entonces —y me parece ahora—, debe continuar manteniendo sus elementos esenciales, que merecen la pena de ser preservados de manera especial.

VI. CONCEPTO DE FAMILIA EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil, en el artículo 815 ya mentado, esboza una definición de familia fundada en el matrimonio, apuntando a una noción descriptiva: “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 usuario y a costa de estos; y las personas a quienes estos deben alimentos”.

El matrimonio, base de la familia, fue regulado por el legislador civil, indicándose sus efectos y consecuencias.

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*, con lo que si bien, por una parte, amplió los derechos al hacerlos extensivos al marido de la mujer titular del derecho real de uso y habitación y a sus hijos, los limitó, por otra, 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.

VII. CLASIFICACIÓN

1. DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU EXTENSIÓN

i) 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 —o acuerdo de unión civil vigente—, conformada, también, por los afines.

ii) Familia nuclear

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

iii) 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.

iv) Familia ensamblada o reconstituida²⁰

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.

2. DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU FORMACIÓN

i) Familia matrimonial

Se funda en el matrimonio.

ii) Familia originada en el acuerdo de unión civil

Sustentada en el acuerdo de unión civil.

20 Cfr. ZANNONI, ob. cit., N° 3, p. 6.

iii) Familia natural

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

iv) 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.

CAPÍTULO SEGUNDO

Derecho de Familia

I. CONCEPTO

Se han dado muchas definiciones de Derecho de familia, entre ellas citaré, en primer lugar, la de Belluscio, “conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares”²¹, 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”²².

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”²³.

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”²⁴.

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.

21 BELLUSCIO, Augusto, *Derecho de Familia*, Bs. As., Depalma, 1974, t. I, N° 8, p. 29.

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

23 Ob. cit., p. 44.

24 Ob. cit., N° 7, p. 5.

II. ¿ES DERECHO PÚBLICO O PRIVADO?

Desde la época romana, se han distinguido dos áreas en el Derecho, la pública y la privada. Por 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 la primera mitad del siglo recién pasado, en un comienzo sostuvo 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 público²⁵.

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. La mayoría de sus disposiciones las encontramos en el Código Civil y en su Apéndice.

Se afirma 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 las disposiciones de familia normas patrimoniales, como se advierte en algunas de las definiciones dadas, estando aquellas —las de familia—, indudablemente, en situación de preeminencia.

III. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE FAMILIA

1ª La mayoría de sus disposiciones son de orden público

En atención al interés protegido —la familia—, sus normas, por regla general, se imponen a los particulares.

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

Existe, en Derecho, un viejo adagio, según el cual *las cosas se deshacen como se hacen*, máxima que tiene una validez general, mas no absoluta, siendo su relatividad mayor todavía en el ámbito familiar, por que 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 entre el derecho patrimonial y el familiar, los artículos 1567 y 102 CC, respectivamente. Mientras el primero consigna 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 actual Ley de Matrimonio Civil, dicha contraposición sería aparente debido a 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. Postularon que el matrimonio no se disuelve, sino termina por las causas 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 cónyuges²⁶.

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:

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

26 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, p. 91.

- ii) 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 no existe igualdad entre sus miembros

Así, la autoridad parental, 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, no admiten modalidades

Los artículos 102, 189 y 1723 CC manifiestan esta característica. Una excepción la constituye la condición impuesta por un tercero como la expresada 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.

Esta es una enumeración de las características del Derecho de familia a vía ejemplar, no las agota.

