



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado

**EL ESTATUTO DE LOS BIENES FAMILIARES.
ANÁLISIS CRÍTICO Y DERECHO PROYECTADO.**

Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales

CARLOS CAMILO RIQUELME RUZ
FERNANDO PATRICIO VENEGAS CALDERON

Profesor Guía: Fabiola Lathrop Gómez

Santiago, julio de 2011

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN.....	6
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES DE LOS BIENES FAMILIARES	10
1. Concepto de bien familiar.....	10
2. Antecedentes históricos de la institución.....	12
3. Antecedentes legales de la Institución.....	14
4. Situación legal actual de la Institución y regulación en el derecho comparado.	16
4.1. Historia de la Ley 19.335.	16
4.2. Breve relación de la regulación legal de los bienes familiares.....	18
4.3. Regulación en el derecho comparado.....	20
4.3.1. España.....	20
4.3.2. Francia.....	23
4.3.3. Estados Unidos.....	24
4.3.4 Perú.....	26
4.3.5 Argentina.....	27
5. Características de la institución.....	29
5.1. Las normas que rigen la institución son de orden público.....	30
5.2. Es una institución híbrida.....	31
5.3. Restringe la libre circulación de los bienes.....	34
5.4. El presupuesto fundamental de su aplicación es la existencia de matrimonio.	34
5.5. Proceden cualquiera sea el régimen de bienes del matrimonio.....	35
5.6. La afectación de un bien como familiar no opera de pleno derecho.....	35
5.7. La desafectación puede producirse por acuerdo de los cónyuges o por sentencia judicial.....	36
5.8. Los bienes que pueden afectarse deben pertenecer a cualquiera de los cónyuges.....	36
6. Problemas de Constitucionalidad de la Institución.....	37
CAPÍTULO II: FINES Y FUNDAMENTOS DE LOS BIENES FAMILIARES	40

1. Fines y fundamentos de la institución.....	40
2. Fundamentos de la institución ante la doctrina.....	40
2.1. Síntesis crítica de los fundamentos de la institución.	44
3. Fines.....	45
3.1. Fines ante la doctrina.....	45
3.2. Fines ante la jurisprudencia.	48
3.3. Síntesis crítica de los fines de la institución.	50
4. Concepto sustantivo de los bienes familiares.....	50
5. Naturaleza jurídica de la institución.....	51
5.1. Naturaleza jurídica de la institución propiamente tal.	51
5.2. Naturaleza alimenticia de la constitución de derechos sobre un inmueble declarado como bien familiar.	55
5.3. El efecto patrimonial de la constitución de los gravámenes.	59
CAPÍTULO III: BIENES QUE PUEDEN SER DECLARADOS COMO FAMILIARES. ...	61
1. Generalidades.....	61
2. El Inmueble que sirve de residencia principal a la familia.....	61
2.1. El alcance de la expresión “inmueble” contemplada por el estatuto.	62
2.2. La Posibilidad de afectación de un inmueble incorporal.....	64
2.3. La Propiedad del inmueble.	66
2.4. La unidad de la afectación del inmueble.	69
2.5. El alcance de la expresión “residencia principal de la familia”.....	71
2.5.1. El concepto de familia.	71
2.5.1.1. Primer elemento: El núcleo del concepto. La familia debe fundarse en el matrimonio.....	71
2.5.1.2. Segundo elemento: La extensión de la familia protegida por el estatuto.	75
2.5.2. La residencia principal de la familia: Concepto.....	77
2.5.3. La residencia principal de la familia: casos problemáticos.....	79
2.5.4. La residencia principal de la familia: Síntesis crítica.	91
2.6. Posibilidad de la afectación parcial.	92
3. Los muebles que guarnecen la residencia principal de la familia.....	94
3.1. Los bienes muebles cobijados por la institución.....	95

3.2. ¿Es accesoria la afectación de los muebles?.....	100
3.3. La necesidad de inventario.	102
3.4. La afectación parcial de muebles.....	104
4. Derechos o acciones.....	104
CAPÍTULO IV: LA CONSTITUCIÓN DE LOS BIENES FAMILIARES	106
1. Generalidades.....	106
2. La afectación sobre el inmueble que sirva de residencia principal de la familia y de los muebles que guarnecen el hogar.....	106
2.1. Legitimación activa.	109
2.2. Procedimiento aplicable y tribunal competente.	112
2.3. Imperatividad de la declaración.....	112
2.4. Afectación Provisoria.	114
2.4.1. Afectación Provisoria de los inmuebles.	115
2.4.2. Afectación provisoria de los muebles.	119
2.4.3. Naturaleza jurídica de la afectación provisoria.....	120
2.5. Afectación definitiva.....	120
2.6. Fraude en la afectación.	121
3. Afectación sobre derechos y acciones.	122
CAPITULO V: EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE LOS BIENES FAMILIARES ...	127
1. Generalidades.....	127
2. Limitaciones a la facultad de disposición del cónyuge propietario.	127
2.1. Existencia de cogestión o coadministración.....	128
2.2. Actos que requieren autorización del cónyuge no propietario.	130
2.3. Particularidad de los derechos o acciones sociales.	132
2.4. Modo de manifestación de la autorización.	133
2.4.1. Autorización directa o propia del cónyuge no propietario.....	134
2.4.2. Autorización Judicial Subsidiaria.	135
2.5. Sanción frente a la falta de autorización del cónyuge no propietario.....	137
3. Constitución de derechos reales de goce sobre un bien familiar.	140
3.1. Derechos que pueden constituirse sobre un bien declarado como familiar. .	142
3.2. Oportunidad para solicitar su constitución.....	145
3.3. Beneficiario.....	145

3.4. Bienes sobre los cuales pueden constituirse estos derechos.....	146
3.5. ¿Es la constitución de estos derechos una facultad del tribunal?	146
3.6. Factores que inciden en la constitución de estos derechos.....	147
3.6.1. El Interés de los hijos, cuando los haya.....	148
3.6.2. Las fuerzas patrimoniales de los cónyuges.	149
3.7. Inscripción registral.....	149
3.8. Modalidades y limitaciones.	150
3.9. Situación de los acreedores.....	151
4. El Beneficio de excusión.	152
4.1. Naturaleza del beneficio.	153
4.2. Notificación al cónyuge no propietario.	153
CAPÍTULO VI: DESAFECTACIÓN DE LOS BIENES FAMILIARES.....	156
1. Generalidades.....	156
2. Desafectación de común acuerdo.	157
2.1. Desafectación de común acuerdo para los inmuebles.....	158
2.2. Desafectación de común acuerdo para los bienes muebles.	158
2.3. Desafectación de común acuerdo para los derechos o acciones en sociedades.	159
3. Desafectación judicial.....	159
3.1. Problemas de la desafectación judicial.	161
3.2. Desafectación judicial de derechos o acciones.	164
3.3. Procedimiento aplicable.....	165
3.4. Necesidad de anotaciones.....	165
4. Desafectación tácita o legal.....	166
5. La legitimación activa para solicitar la desafectación. Problemas de la jurisprudencia.....	168
6. Reafectación.	172
CAPITULO VII: REFORMAS LEGALES Y DERECHO PROYECTADO.....	173
1. Generalidades.....	173
2. Modificaciones legislativas de los bienes familiares.	174
2.1. Modificaciones directas.....	174
2.1.1. Decreto con Fuerza de Ley N° 2 de 1995.....	174

2.1.2. Ley 19.585.	176
2.1.3. Ley 19.947.	177
2.1.4. Ley 19.968.	177
2.2. Modificaciones Indirectas.....	178
2.2.1. Ley 19.471.	178
3. La Indicación que modificaba el estatuto de los bienes familiares introducida en el Proyecto de Ley que regulaba la comunidad de gananciales.....	179
3.1. Bienes que pueden afectarse como familiares.....	180
3.2. Constitución de bienes familiares.....	182
3.3. Afectación de los bienes familiares.	184
3.4. Protección del bien familiar.	185
4. Problemas no resueltos a la luz de los proyectos de ley analizados.....	189
CONCLUSIONES	193
ÍNDICE TEMÁTICO DE FALLOS CITADOS	201
BIBLIOGRAFÍA.....	205

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar críticamente la institución de los bienes familiares incorporada a nuestra legislación por medio de la Ley 19.335 del año 1994. A su vez, busca develar la naturaleza contradictoria de la institución, lo cual se manifiesta tanto en el objeto de protección del estatuto así como en la relación de los intereses que resguarda con otros concomitantes.

Para todo ello, este trabajo recorrerá los puntos nodales de la institución, planteando soluciones a los distintos problemas que se presentan, con miras a una futura reforma. De esta manera, se hará énfasis en las dimensiones que la doctrina ha incorporado a los puntos nodales ya mencionados.

Para comprender la complejidad del estatuto objeto de nuestro estudio, se analizará y comentará la nutrida jurisprudencia de los bienes familiares, atendiendo particularmente a los casos problemáticos.

A su vez, contemplará la evolución legal que ha tenido la institución, mediante las reformas que ha sufrido, enfocándonos especialmente en la Indicación al Proyecto de Ley del año 1995, que buscaba implementar la comunidad de gananciales. En base a ello, analizaremos a fondo las modificaciones propuestas por esta Indicación, destacando los problemas no resueltos por ella.

INTRODUCCIÓN.

Nuestra sociedad ha sufrido grandes cambios a lo largo de los dos últimos siglos, y así ha ocurrido también con nuestro Derecho de Familia. Si durante el siglo XIX, instituciones como el matrimonio se insertaban en un modelo de sociedad de una estructura económica eminentemente agrícola y de una visión marcadamente católica¹, durante el siglo XX asistimos a un cúmulo de alteraciones de orden económico, social y moral que las influyeron sensiblemente.

Fueron precisamente esos “grandes cambios” los que determinaron importantes reformas legislativas en materia de familia. Dentro de ellas, y sólo para mencionar las más recientes, encontramos la Ley 18.802 del año 1989, que otorgó capacidad a la mujer casada en sociedad conyugal, la Ley 19.585 del año 1998, que apuntó a terminar con la odiosa discriminación de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, y la nueva Ley de Matrimonio Civil (Ley 19.947) del año 2004, que introdujo el divorcio vincular en Chile.

En dicho contexto, se incorporó en nuestro país la institución de los bienes familiares a través de una modificación sustantiva del régimen de bienes del matrimonio contenida en la Ley 19.335 del año 1994. Así, el estatuto adquirió vida propia y quedó regulado por tan sólo nueve artículos los que han causado un sinnúmero de problemas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Dichos problemas resultan particularmente graves si se tiene a la vista que el fin del estatuto es eminentemente protector y que apunta a que la familia cuente con los bienes necesarios para que desarrolle su vida con relativa normalidad.

El objeto del presente trabajo consiste en develar la naturaleza eminentemente contradictoria de la institución de los bienes familiares. Para el efecto, nos nutriremos de la abundante jurisprudencia existente en la materia y de la no menos prolífica

¹ Cfr., TAPIA Rodríguez, Mauricio. Código Civil. 1855-2005. Evolución y perspectivas. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 103.

literatura nacional. Asimismo, este trabajo persigue analizar, de manera crítica, los puntos nodales del estatuto ya mencionado con miras a una futura reforma.

Así las cosas, dividiremos esta memoria de prueba en siete capítulos. El Primer Capítulo, introduce el concepto de bien familiar, aborda brevemente los antecedentes históricos de la institución así como la regulación de la materia en el Derecho comparado. A su vez, se encarga de efectuar una breve relación de su regulación vigente, así como de sus principales características y de la discusión relativa a su constitucionalidad.

El Segundo Capítulo aborda críticamente los fines y fundamentos de la institución ante la doctrina y la jurisprudencia nacional. Junto a ello, trata también de la naturaleza jurídica del estatuto y de los gravámenes que sobre los bienes familiares pueden constituirse.

El Tercer Capítulo comprende los bienes que pueden ser objeto de protección del estatuto y aproxima una reflexión crítica acerca de conceptos fundamentales para éste, como son la “familia” y su “residencia principal”. A su vez, incorpora elementos del Derecho comparado.

El Cuarto Capítulo trata de la afectación de los bienes familiares, destacando los problemas relativos a la legitimación activa y al procedimiento aplicable. Resalta también las diversas formas de afectación. Todo ello a la luz de la doctrina y jurisprudencia nacional.

El Quinto Capítulo aborda los efectos de la afectación y construye los tres ejes centrales del estatuto sobre los cuales descansa la protección de la familia: la limitación de la facultad de disposición, la posibilidad de constitución de ciertos gravámenes sobre los bienes familiares y el beneficio de excusión.

El Sexto Capítulo comprende la desafectación de los bienes familiares, donde se destacan las distintas formas que el legislador ha reservado para el efecto. A su vez, resalta los problemas de los cuales se ha hecho cargo la jurisprudencia.

El Séptimo y último Capítulo trata de las diversas modificaciones que el estatuto ha sufrido a lo largo de su vigencia. A su vez, analiza críticamente las iniciativas de reforma que pretendieron re-escribir el articulado de los bienes familiares. Destaca, asimismo, los problemas que persistían en ellas y la manera en que estos podrían ser solucionados.

En la parte conclusiva del presente trabajo, se expone una síntesis crítica del análisis del estatuto y se proponen líneas para una futura investigación. Finalmente, se agrega un índice de fallos citados en este trabajo.

CAPÍTULO I ASPECTOS GENERALES DE LOS BIENES FAMILIARES

1. Concepto de bien familiar.

Como es sabido, la Ley 19.335 del año 1994 que incorporó la institución de los bienes familiares a nuestra legislación no se encargó de definirlos. A su vez, la doctrina, incluso aquella que la trata en profundidad, no siempre se ha ocupado de ello. Como se verá en uno de los Capítulos de este trabajo, estimamos que una de las razones de su no conceptualización radica en la complejidad de sus fines y fundamentos. No obstante, cierto sector de la doctrina nacional aproxima las siguientes definiciones.

La primera, es la presentada por los profesores Ana María Hübner, Pablo Rodríguez y Carlos Peña y se caracteriza por ser marcadamente *formal*, limitándose a incorporar en ella ciertos elementos aportados por las normas, prescindiendo de los fines y fundamentos de la institución.

Así, plantea la profesora Hübner que: “Es bien familiar el inmueble que, siendo de propiedad de ambos cónyuges o de alguno de ellos, sirva de residencia principal de la familia, incluyéndose en el concepto los muebles que guarnecen el hogar”².

A su vez, Pablo Rodríguez, distingue entre bienes familiares corporales e incorporales, indicando respecto de los primeros que: “Son bienes familiares el inmueble de propiedad de ambos cónyuges o de uno de ellos, que sirva de residencia principal a la familia, y los muebles que guarnecen el hogar, y que han sido objeto de una declaración judicial en tal sentido (afectación)”³.

² HÜBNER Guzmán, Ana María. Los bienes familiares en la legislación chilena. Problemas y atisbos de soluciones. Cuadernos de Extensión Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, (2): 101-145, 1998, p. 107.

³ RODRÍGUEZ Grez, Pablo. Regímenes Patrimoniales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, pp. 281-282.

Por su parte, el profesor Peña señala que los bienes familiares “equivalen a un conjunto de cosas corporales e incorpóreas que, por hallarse destinadas a la vida cotidiana y a la residencia principal de la familia, se encuentran sometidas, dentro de ciertos límites, a la administración conjunta de los cónyuges”⁴.

La segunda manera de aproximarse al concepto de bienes familiares viene dada por el profesor Juan Andrés Orrego y por el profesor Hernán Corral. Su fórmula está marcada por un carácter *sustantivo* pues, además de incorporar los elementos propios de la regulación legal del estatuto, se encarga de introducir en la definición alguna de las dimensiones de sus *finés*.

Así, los bienes familiares son – dice el profesor Orrego - “(...) aquellos bienes corporales o incorpóreas, de propiedad de uno o de ambos cónyuges, que, en ciertas circunstancias, pueden ser considerados esenciales para la adecuada subsistencia de la familia, restringiéndose los derechos que sobre ellos corresponden a su titular; sea por una resolución judicial, sea por un acto unilateral de uno de los cónyuges”⁵.

Del mismo modo, el profesor Corral indica que “(...) con el nombre de “bienes familiares” se designan ciertas cosas inmuebles o muebles que cumplen una función familiar directa al permitir y favorecer la convivencia de la familia, y a las que, por ello, la Ley somete a un estatuto normativo especial, con independencia del régimen económico elegido por los cónyuges”⁶.

Por nuestra parte, y por la razón ya esgrimida, estimamos más prudente definir la institución desde un punto de vista formal en primer término, para luego, una vez analizados críticamente sus fines y fundamentos, proseguir a incorporar una definición sustantiva. Así, podría esbozarse una definición de los bienes familiares distinguiendo

⁴ PEÑA González, Carlos. Reforma al estatuto matrimonial: El Régimen de participación en los gananciales. *Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales*. (28): 155-173, 1993, p. 162.

⁵ ORREGO Acuña, Juan Andrés. *Temas de derecho de familia*. Santiago, Metropolitana, 2007, pp. 323-324.

⁶ CORRAL Talciani, Hernán. *Bienes familiares y participación en los gananciales*. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 53.

entre aquellos bienes familiares *corporales e incorporales* (tal y como hace el profesor Rodríguez) e incluyendo sus presupuestos y efectos principales.

De esta manera, por *bien familiar corporal*, se entiende el inmueble que sirve de residencia principal de la familia, así como los muebles que la guarnecen; que son objeto de una declaración judicial que les otorga tal carácter, siempre y cuando sean de propiedad de cualquiera de los cónyuges. Por su parte, por *bien familiar incorporal*, se entiende los derechos o acciones que tienen los cónyuges sobre sociedades propietarias del inmueble que sirve de residencia principal de la familia, mediando declaración unilateral de ellos. Ambos tienen por efecto principal la necesidad de intervención del cónyuge no propietario en la ejecución de determinados actos.

2. Antecedentes históricos de la institución.

Dos son los antecedentes históricos de la institución incorporada por el legislador en la Ley 19.335: El patrimonio familiar y la institución de protección legal de los bienes de carácter familiar⁷.

En primer lugar, el patrimonio familiar se define como el “estatuto jurídico que regla los intereses pecuniarios de los cónyuges entre sí, y en sus relaciones con terceros, consistente en afectar bienes de un patrimonio separado, con efectos jurídicos que le son propios y con miras a la protección, mantención y seguridad de la familia”⁸. En un sentido más concreto, el profesor Corral define esta institución como “un conjunto de bienes, generalmente inmuebles (la casa habitación y una extensión de tierra para cultivar o predio para explotar), que se destinan mediante intervención del juez, a satisfacer las necesidades básicas del grupo familiar”⁹.

⁷ Los conceptos en comento fueron acuñados por Gian Franco Rosso dada la heterogeneidad de la regulación en el derecho comparado. Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. Régimen jurídico de los bienes familiares. Santiago, Metropolitana Ediciones, 1998, p. 29.

⁸ ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 21.

⁹ CORRAL Talciani, Hernán. *Op. Cit.*, p. 50.

Conforme a ambas definiciones, resulta evidente que la finalidad de la institución del patrimonio familiar se remite al sustento y satisfacción de las necesidades de la familia mediante la formación de un patrimonio de afectación que puede llegar a comprender bienes de uno o ambos cónyuges y cuya regulación queda supeditada a un estatuto jurídico especial. Para alcanzar dicha finalidad, los bienes que integran el patrimonio familiar presentan características específicas que se expresan en su *inembargabilidad, inalienabilidad e indivisibilidad*.

En segundo lugar, resalta como antecedente histórico de la Ley 19.335, lo que el profesor Rosso denomina “institución de protección legal de los bienes de carácter familiar”. Ésta comprende un conjunto de normas cuyo elemento común y característico apunta a la “protección de la vivienda familiar que ocupa la familia y del mobiliario que normalmente se encuentra en aquella al servicio de las distintas necesidades del grupo familiar”¹⁰.

Como salta a la vista, el denominador común de ambas formas de regular la materia corresponde a los fines perseguidos, esto es, proteger a la familia. Sin embargo, estas formas de regulación se diferencian sustantivamente. Sólo a modo de ejemplo, la “institución de la protección legal de los bienes de carácter familiar” busca equilibrar dos intereses jurídicos diferentes: la necesidad de asegurar a la familia la tenencia de ciertas cosas para permitir su desarrollo y coexistencia y la libertad en el tráfico jurídico. Es precisamente en el afán de conciliar dichos intereses que se evidencian sus principales diferencias con el patrimonio familiar, ya que la institución de protección legal de los bienes de carácter familiar no contempla la *inembargabilidad*, la *indivisibilidad* y la *inalienabilidad* (sólo se limita la plena libertad de enajenar, pero no se excluye) de los bienes que la conforman.

De acuerdo a lo dicho, y en virtud de los conceptos señalados en el primer acápite de este Capítulo, bien puede notarse que nuestra institución de los bienes familiares presenta similitudes con ambos estatutos, tanto desde un punto de vista formal, dado los bienes que son objeto de declaración, como desde un punto de vista

¹⁰ ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 29.

sustancial en lo que apunta a su finalidad y efectos. En razón de lo anterior, consideramos que en ambas instituciones se encuentran los precedentes directos de la regulación legal de los bienes familiares en Chile. A su vez, es esta misma circunstancia la que ha determinado que la unanimidad de la doctrina resalte el carácter híbrido de la institución en comento, cuestión que será analizada en el punto tocante a sus características.

3. Antecedentes legales de la Institución.

Una parte importante de la doctrina nacional plantea que previo a la dictación de la Ley 19.335, existía en nuestro ordenamiento jurídico una regulación (tanto constitucional como legal) de lo que hoy se conoce como patrimonio familiar¹¹. Estimamos que dicha afirmación debe ser morigerada a la luz de la falta de concreción de las iniciativas legales impulsadas al respecto, así como por la carencia de organicidad de las normas que pretendieron regular la materia. Por otro lado, cabe destacar que ni siquiera la Ley 19.335 se sirvió exclusivamente de dicho modelo para configurar el estatuto vigente actualmente. Tal y como señala el profesor Rosso, lo que sí se manifestó con anterioridad a la Ley 19.335 fue el interés de que en nuestro país se otorgase seguridad y estabilidad a la familia en materia de habitación y demás bienes requeridos para la satisfacción de sus necesidades¹².

Como ya se dijo, los antecedentes jurídicos en la materia son de dos tipos: constitucionales y legales. En primer término, cabe destacar que tanto en la Constitución de 1925 como en la de 1980, es posible encontrar preceptos que se refieren a la cuestión. Así, el artículo 10 N° 14 de la Constitución de 1925 indicaba que

¹¹ Al respecto, la profesora Hübner plantea que “la protección del patrimonio familiar en Chile no había estado del todo ausente, y así encontramos su presencia en diversos cuerpos legales”. HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 102. En la misma línea, el profesor Corral señala que “en nuestra legislación no ha estado el todo ausente el tema de la protección de un patrimonio familiar. Ha tenido cierta presencia en relación con la estructura de la propiedad agraria y la protección del campesinado”. CORRAL Talciani, Hernán. *Op. Cit.*, p. 51. Por su parte, Rosso sin ser tan categórico ha postulado que, previo a la ley 19.335 “es posible encontrar en el ordenamiento jurídico chileno antecedentes relativos al tema”. ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 39.

¹² Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 39.

“el Estado propenderá a la conveniente división de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar”. A pesar de la existencia de este precepto explícito, “nunca demostró el legislador real interés por materializar el mandato constitucional. De hecho, no obstante presentarse algunos proyectos al respecto, jamás se cumplió con la disposición aludida”¹³. Es más, creemos que, con el tiempo, la regulación inicial en la Constitución de 1925 -sumado a los preceptos legales de ese periodo que buscaban ese propósito- se fue disipando, lo que se refleja, en forma clara, en la Constitución de 1980, donde no se habla ya de propiedad familiar, sino que, indirectamente, se aborda el tema en el artículo 1° inciso 5° que plantea el deber del Estado de dar protección a la familia.

Por otro lado, y desde un punto de vista legal, estas materias fueron consideradas por medio de Leyes que regularon los bienes raíces urbanos y rurales.

De esta forma, respecto a la legislación en materia de inmuebles urbanos, podemos destacar la Ley 1.838 de 1906 que consagró la protección del hogar obrero, estableciendo la indivisión del inmueble hereditario en caso de existir descendientes menores de edad, así como la consecuente inembargabilidad del inmueble durante el estado de indivisión. A su vez, destacamos la Ley 7.600 del año 1943, que prohibió enajenar las casas adquiridas a través de la Caja de Habitación Popular y que estableció su inembargabilidad en determinadas condiciones¹⁴. Cabe señalar al respecto, que esta normativa cambió la orientación del denominado *hogar obrero* señalado anteriormente, ya que más que proteger a la familia, fundaba su interés en resguardar el patrimonio de la Caja de la Habitación Popular.

A su vez, en lo que respecta a la legislación referida a bienes rurales, podemos destacar la Ley 15.020 del año 1962, que implantó el concepto de propiedad familiar agrícola. Bajo este cuerpo normativo, se prescribió la indivisibilidad de la misma, aun en caso de sucesión por causa de muerte. Sin embargo, no consideró la inalienabilidad

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ Se estableció la inembargabilidad por terceros de este tipo de inmuebles mientras estuvieran en poder de su primer adquirente o de sus herederos.

de la propiedad familiar agrícola, lo que presupone una menor protección que la Ley 4.496 del año 1928¹⁵. Por otro lado, cabe destacar al respecto la Ley 16.040 del año 1967, que estableció el proceso de expropiación de predios, con el objeto de entregarlos en propiedad al campesinado, configurando así la unidad agrícola familiar. Aquí se establecieron normas de inalienabilidad (salvo con la autorización correspondiente) e indivisibilidad.

Creemos que si bien se intentó consagrar, indirectamente, la idea de patrimonio familiar –a través de conceptos como propiedad familiar, hogar obrero, propiedad familiar agrícola o unidad agrícola familiar- ello se vio mermado durante el transcurso del tiempo, ya que tal como plantea Rosso, en relación a estas normas “se infiere fácilmente que la protección dispensada por ellas va disminuyendo con el paso del tiempo, a la vez que cambia su orientación: de protección de la familia, tiende a la seguridad del patrimonio del órgano estatal comprometido”¹⁶.

4. Situación legal actual de la Institución y regulación en el derecho comparado.

4.1. Historia de la Ley 19.335.

La institución de los bienes familiares jugó un papel secundario en la tramitación de la Ley 19.335, toda vez que su proyecto tenía por objeto incorporar y consagrar, en nuestro país, el régimen de participación en los gananciales como régimen legal y supletorio. En dicho contexto, la inclusión de los bienes familiares tenía por propósito “paliar los inconvenientes que presenta el régimen de participación en los gananciales, en lo que se refiere a que durante su vigencia no existe un patrimonio común familiar”¹⁷. Sin embargo, y dado que el régimen de participación en los gananciales no sustituyó a la sociedad conyugal, sino que se configuró como un régimen alternativo,

¹⁵ La ley 4.496, que creó la Caja de Colonización, se orientaba a impulsar la subdivisión de la propiedad agrícola y fomentar la colonización. Para ello, consagraba normas de comunidad en caso de fallecimiento de los colonos para así, proteger a la viuda y los hijos. A su vez, dispuso la inembargabilidad de ciertos bienes, salvo en caso de deudas contraídas con la Caja de Colonización o derivadas de contribuciones.

¹⁶ ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 45.

¹⁷ HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 103.

convencional y reglado, la institución de los bienes familiares se hizo común a todos los regímenes matrimoniales.

Lo anterior, repercutió, fundamentalmente, en la ubicación de las normas que reglaban el estatuto de los bienes familiares, ya que de su ubicación original en los artículos 1719 y siguientes del Código Civil –donde se trataría el régimen de participación en los gananciales-, se pasó al párrafo 2° del Título VI del Libro I (artículos 141 a 149 del mismo cuerpo legal). Sin embargo, este no fue el único cambio que sufrió el Proyecto de Ley durante su tramitación, destacándose, entre otros, la incorporación de la necesidad de la afectación por declaración judicial a propósito de los inmuebles y de los muebles que guarnecen la residencia principal de la familia. En relación a los efectos de la institución, se estableció la manera en que el cónyuge no propietario debe manifestar su voluntad para los actos que señala la Ley y se realizaron modificaciones en torno a los elementos a considerar a la hora de constituir derechos de usufructo, uso o habitación sobre bienes familiares, así como los alcances que la constitución de estos derechos reales tiene sobre acreedores posteriores.

De acuerdo a lo señalado por la profesora Hübner, durante la tramitación de la Ley se discutieron fundamentalmente tres aspectos, que dicen relación con la necesidad de la institución, con sus problemas de constitucionalidad y con el derecho de prenda general de los acreedores¹⁸.

Sobre el primer punto, se discutió la utilidad de la institución a la luz del régimen de sociedad conyugal y, en particular, en lo que respecta a sus normas de administración. De esta forma, se argumentó que la sociedad conyugal disponía, expresamente, en el artículo 1749 del Código Civil, la necesidad de la concurrencia de la voluntad conjunta de los cónyuges al momento de disponer de algún bien raíz. Sin embargo, dicha argumentación no prosperó toda vez que las normas de la sociedad conyugal excluían de la reglamentación a los bienes muebles. Asimismo, se destacó que las normas de este régimen matrimonial nada decían al respecto en relación a los bienes pertenecientes al patrimonio reservado de la mujer ni a los bienes propios de

¹⁸ Cfr., HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, pp. 104-105.

cada cónyuge. También relacionado a este punto, se planteó que, en el caso de separación de bienes, la institución vulneraba la voluntad expresa de los cónyuges.

En lo tocante al derecho de prenda general de los acreedores, la discusión se centró en uno de los efectos de la declaración de los bienes familiares: el beneficio de excusión. Se argumentó que, al poseer este un carácter legal (a diferencia del propio de la fianza), se estaría atentando en contra de los intereses de los acreedores. Cabe destacar que el argumento en contra a dicha postura, se centró en que los acreedores anteriores a la declaración de bien familiar no se verían afectados de manera alguna.

Finalmente, se discutió en torno a la constitucionalidad de la institución, principalmente, en lo atingente al derecho de propiedad garantizado por nuestro texto constitucional. En esta sede, se indicó que se privaba al dominio de sus facultades esenciales¹⁹.

4.2. Breve relación de la regulación legal de los bienes familiares.

Los elementos centrales de la institución de los bienes familiares, introducida por la Ley 19.335, son los siguientes.

En primer lugar, de acuerdo a nuestro Código Civil, el inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges que sirva de residencia principal de la familia, así como los muebles que la guarnecen, podrán ser declarados judicialmente bienes familiares cualquiera sea el régimen de bienes del matrimonio. A su vez, el legislador reserva para los bienes incorporales (derechos o acciones que cualquiera de los cónyuges tengan en sociedades propietarias de un inmueble que sirva de residencia principal de la familia) una forma distinta de afectación. En efecto, en este caso, la constitución se efectúa por medio de declaración unilateral solemne de cualquiera de los cónyuges.

¹⁹ Cabe señalar que abordaremos profundamente el tema de la constitucionalidad de la institución en el acápite final de este Capítulo.

En segundo lugar, destaca que la “sola interposición de la demanda” transformará provisoriamente los bienes en familiares, lo que, a primera vista, supone que todos los efectos propios de la institución se manifestarán desde tal momento. La doctrina indica que estos efectos son principalmente tres: La restricción de la facultad de disposición del cónyuge propietario sobre el bien o bienes afectados; la posibilidad de que el cónyuge no propietario solicite la constitución de derechos reales sobre los bienes y, finalmente, la posibilidad de interponer el beneficio de excusión ante la acción de los acreedores del cónyuge propietario.

En lo que respecta al primer efecto de la declaración de los bienes familiares, el profesor Corral plantea que la institución en comento “restringe el derecho de disposición y gestión del cónyuge propietario sobre los bienes familiares” e “impone la necesidad de contar con la autorización del cónyuge no propietario, o del juez en subsidio, para enajenar o gravar, prometer enajenar o gravar o celebrar contratos de arrendamiento, comodato o cualesquiera otros que concedan derechos personales de uso o goce”²⁰. Siendo ésta la principal característica del estatuto, éste fue objeto de una profunda discusión en torno a su constitucionalidad, ya que, supuestamente, afectaría el derecho de propiedad consagrado en la Constitución Política de la República²¹.

El segundo efecto de la institución se remite a lo establecido por el artículo 147 de nuestro Código Civil, el cual permite la constitución de derechos reales sobre los bienes familiares a favor del cónyuge no propietario. La doctrina y la jurisprudencia han discutido latamente acerca de la naturaleza jurídica de la constitución de estos gravámenes, lo que será analizado en el siguiente Capítulo. Con todo, de acuerdo a Corral, la manera como los comentaristas se han aproximado al efecto en comento es bastante dudosa, pues suelen partir de la base de que “la sola afectación concede una especie de derecho al cónyuge no propietario a usar la vivienda y los muebles que son bienes familiares. Por ello, son escasas las demandas de que se constituyan estos

²⁰CORRAL Talciani, Hernán. El estatuto de los bienes familiares: charla dictada el martes 20 de octubre de 2009. Santiago, Colegio de Abogados de Chile A.G., 2009, p. 4.

²¹ Al respecto nos pronunciaremos en el acápite final de este capítulo.

derechos y los jueces suelen partir de la base de que la afectación asegura al no propietario la facultad de residir de manera indefinida en el inmueble familiar. Si se leen bien los textos legales, se observará que este supuesto derecho de habitar la vivienda por el sólo hecho de la afectación no existe²².

Finalmente, se establece un beneficio de excusión, el cual presenta características propias distintas al establecido a propósito de la fianza. Mediante éste, los cónyuges pueden exigir que se persigan los créditos en otros bienes del deudor y sólo subsidiariamente sobre los bienes declarados como familiares.

4.3. Regulación en el derecho comparado.

Tal como señalamos en el acápite anterior, los antecedentes históricos próximos de los bienes familiares reglados en nuestro país son el patrimonio familiar y la “institución de protección legal de los bienes de carácter familiar”. Como es natural, ambos estatutos también han cumplido el mismo rol en el derecho comparado.

En razón de lo anterior, a continuación expondremos la regulación legal de esta institución en otros ordenamientos jurídicos:

4.3.1. España.

La reforma al régimen económico matrimonial español del año 1981, y la consecuente introducción de la institución de protección de la vivienda familiar, fue crucial en la discusión de la Ley 19.335²³. Así, el proyecto de Ley consideró, como punto de partida, lo dispuesto en el artículo 1.320 del Código Civil español, en el que

²² CORRAL Talciani, Hernán. *El Estatuto...* *Op. Cit.*, p. 4.

²³ La reforma española de 1981 al sistema jurídico familiar (conocida como “ley de divorcio”) supuso modificaciones sustantivas a la mayor parte de los elementos que comprenden la vida en familia. En particular, respecto de la ordenación patrimonial del matrimonio, introdujo una importante colección de reglas generales comprendidas dentro del denominado “régimen matrimonial primario”. Cfr., SERRANO Alonso, Eduardo. Una evaluación de la reforma del régimen económico del matrimonio de 1981 y la protección de la vivienda familiar en España. Cuadernos de Extensión Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. (2): 15-45, 1998, p. 16.

aún se lee: “Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o en su caso, la autorización judicial. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe”.

Asimismo, cabe destacar que la doctrina de ese país sostiene de manera unánime que debido a la ubicación de las normas de la protección de la vivienda familiar (Capítulo I del Título III del Libro IV del Código Civil español, dedicado al régimen económico matrimonial), éstas forman parte integrante del régimen matrimonial primario en conjunto con otras disposiciones que regulan la contribución al levantamiento de cargas del matrimonio, derecho a las litis expensas, potestades domésticas, derechos sobre el ajuar familiar, libertad de contratación entre los cónyuges, la determinación del carácter privativo de los bienes y el trabajo en el hogar como aportación al sostenimiento de las cargas del matrimonio²⁴.

Junto a ello, resalta el hecho que su regulación “es contemplada partiendo casi siempre de situaciones anómalas del matrimonio como consecuencia de situaciones de crisis o en la liquidación del régimen económico”²⁵. Así, su principal propósito, es determinar quien continuará ocupando la vivienda familiar una vez que la vida en común se ha vuelto intolerable.

Clave de la institución que comentamos, y que se desprende de su presupuesto básico señalado en el artículo 1.320 del Código Civil español, es la limitación de los actos de disposición ya que se requiere la voluntad de ambos cónyuges tanto para los actos de enajenación como de gravamen, sean gratuitos u onerosos.

Finalmente, tras señalar las características principales de la “protección de la vivienda familiar” en el derecho español, procederemos a efectuar una breve comparación con el estatuto de los bienes familiares reglado en nuestro país. A nuestro

²⁴ Cfr., SERRANO Alonso, Eduardo. *Op. Cit.*, pp. 18-21.

²⁵ SERRANO Alonso, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 35.

juicio, las principales diferencias entre ambos radican en lo tocante a la propiedad de los bienes, a la forma de constitución, a las sanciones aplicables en caso de contravención del estatuto y a los tipos de bienes cobijados por el mismo.

En lo que respecta a la titularidad de los bienes, destaca la doctrina que “la Ley española dice residencia habitual de la familia, no especificando quién es el titular del derecho de propiedad. Podría ser el bien de un tercero y tener uno de los cónyuges derecho de uso y goce, y sería necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de ese derecho”²⁶. Así las cosas, la Ley española establece la posibilidad de brindar protección a la vivienda donde resida la familia, aun cuando ninguno de los cónyuges sea su propietario. En este sentido, señala el profesor Serrano que “la ley distingue dos tipos de titularidades sobre la vivienda: una que contempla el dominio o titularidad plena sobre la misma y otra la titularidad de uso que puede corresponder al cónyuge que no sea dueño de la vivienda, dando lugar a graves problemas de coexistencia de ambas titularidades”²⁷.

En cuanto a la constitución de los bienes familiares, en el caso español, los bienes “son” familiares, a diferencia de la situación nacional, donde los bienes familiares “pueden ser” declarados como tales. Por ende, en España, los bienes se transforman en familiares por el sólo hecho del matrimonio y por el cumplimiento de los demás supuestos, no requiriéndose inscripción o declaración judicial alguna. Creemos que este elemento - junto a la forma en que la Ley española limita la facultad de disposición de los bienes- configura la institución de la protección legal de los bienes de carácter familiar y no el patrimonio familiar²⁸. Así, los bienes protegidos por el legislador español no son inembargables y, además, no se forma un patrimonio separado.

En relación a las sanciones frente a un incumplimiento de la forma de disposición de los bienes familiares y la vivienda familiar, también encontramos

²⁶ HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 139.

²⁷ SERRANO Alonso, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 35.

²⁸ Ambas instituciones fueron definidas en acápite anterior.

sensibles diferencias en ambas instituciones. En España, se distinguen los actos de disposición gratuitos y onerosos²⁹. Respecto de los primeros, la sanción aplicable es la nulidad, la que opera de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial. En el caso de los actos de disposición onerosos, la Ley española señala que éstos son anulables. Nuestro legislador no efectúa tal distinción y, a su vez, la sanción propia de la ejecución de actos sin voluntad del cónyuge no propietario es la nulidad relativa.

También encontramos diferencias en cuanto al catálogo de bienes protegidos por el estatuto. En efecto, la legislación española indica que estos corresponden a los de “uso ordinario de la familia”, vale decir, engloba aquellos bienes que sirven para el desarrollo normal de la familia. Al respecto, la profesora Hübner destaca que la legislación nacional contiene un espectro algo más amplio, en tanto protege no solo estos bienes, sino a todos “los muebles que guarnecen el hogar”, sean o no de uso habitual³⁰.

En último término, resalta que la legislación española no limita la afectación a una sola vivienda, de manera tal, que bien podría resguardarse más de una, lo que en ningún caso podría ocurrir en el derecho nacional.

4.3.2. Francia.

El estatuto de los bienes familiares chileno tiene también antecedentes en la institución de la vivienda familiar francesa. Esta figura fue introducida en dicho país mediante la Ley 65-570 del año 1965, la cual, además, modificó el régimen matrimonial. Cabe señalar que esta institución presenta claras similitudes con la regulación española ya analizada.

²⁹ El artículo 1322 del Código Civil español dispone que: “Cuando la ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos. No obstante, serán nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge”.

³⁰ Cfr., HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 139.

El fundamento del estatuto en comento se encuentra “en la comunidad de vida a que obliga la vida matrimonial, y en las cargas matrimoniales, a las cuales deben contribuir ambos cónyuges en proporción a sus facultades”³¹.

En lo que respecta a su regulación legal, destacamos el artículo 215 inciso 3° del Código Civil francés, el cual dispone que “los cónyuges no pueden uno sin el otro disponer de los derechos por los cuales se asegura el alojamiento familiar, ni de los muebles que contiene”³².

Así las cosas, al igual que en el derecho español, el legislador francés se limita a señalar que para ejercer actos de disposición sobre la vivienda familiar o del mobiliario que lo guarnece, se requiere la voluntad de ambos cónyuges, independiente de la titularidad de éstos. Además, y tal como lo regulan otras legislaciones europeas – Código Civil portugués, español, belga- la institución de la vivienda familiar no configura un patrimonio familiar, ya que no presenta sus características esenciales (*inembargabilidad, inalienabilidad e indivisibilidad*). Es más, en lo que respecta a la indivisibilidad de la vivienda familiar frente a la muerte del cónyuge titular de los bienes, el legislador somete dicha situación a las reglas generales sobre indivisión sucesoral del Código Civil³³.

4.3.3. Estados Unidos.

Los comentaristas están contestes en que el origen histórico de la protección de los bienes familiares se encuentra en el *Homestead Norteamericano* (Ley del Estado de Texas del año 1839). De acuerdo a Benjamín Aguilar “(...) el término homestead (casa-hogar-domicilio) significa en su acepción más alta los bienes de familia y en

³¹ HÜBNER GUZMÁN, Ana María. *Op. Cit.*, p. 101.

³² Código Civil Francés traducido al español, [en línea] <<http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=esp&c=41>> [consulta: 21 junio 2011].

³³ Al respecto, Rosso plantea que el Código Civil francés, ante su preocupación por la situación de cónyuge sobreviviente y por los descendientes comunes, “establece la posibilidad, cuando el difunto deje uno o más descendientes menores, que el cónyuge sobreviviente, todo heredero o el representante legal de los menores, demanden la mantención de la indivisión ante la justicia”. ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 33.

Estados Unidos de Norteamérica sirve para definir dos instituciones distintas, el homestead lowe y el homestead exception”³⁴.

Cabe destacar, que el “homestead lowe” tenía por objeto “(...) estimular y lograr el asentamiento de colonos en las nuevas tierras logrando la expansión territorial” para lo que se establecía “la inviolabilidad de la morada”. Por su parte, la “homestead exception”, nació como complemento del primero, y consistía “(...) en el domicilio de un ciudadano y su familia que por mérito de una declaración (la ley consignaba tal exigencia), la propiedad de ese inmueble quedaba exento de ser embargada civilmente (...) (SIC)”³⁵.

Tanto en el caso de los bienes raíces rurales, como en el propio de los urbanos, la ley establecía un límite relativo al valor de los inmuebles que podían protegerse. Asimismo, es necesario subrayar que la “homestead exception” tenía por objeto propender a la protección, seguridad y estabilidad económica de la familia, frente a una deficiente administración de los bienes por parte su jefe o a una crisis económica general. Por ello, estableció el legislador norteamericano la inembargabilidad, inalienabilidad e indivisibilidad de los bienes a los que hacía referencia.

El profesor Rosso destaca, en lo tocante a la inembargabilidad, que “(...) la institución norteamericana permitía al jefe de familia oponerse al embargo o ejecución de los bienes que constituían el homestead por parte de sus acreedores, salvo que éstos estuvieran cobran el saldo insoluto del precio del inmueble, de trabajo realizados o materiales incorporados en él, o impuestos sobre el homestead adeudados”³⁶.

Finalmente, cabe señalar que la institución estadounidense no requería que el jefe de la familia fuese el propietario de los bienes a proteger. Bastaba, para el efecto,

³⁴ AGUILAR Llanos, Benjamín. Patrimonio familiar. [en línea] *Revista Ámbito Jurídico*. <<http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/667.pdf>> [consulta: 21 junio 2011].

³⁵ *Ibíd.*

³⁶ ROSSO ELORRIAGA, Gian Franco. *Op. Cit.*, pp. 19-20.

que éste fuese usufructuario, usuario o mero arrendador. Sin embargo, requería que la familia ocupase, de manera habitual, el inmueble³⁷.

4.3.4 Perú.

A nivel latinoamericano, la Institución de los bienes familiares también ha sido abordada en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales. Destacamos la regulación que sobre la materia se ha hecho en legislaciones como la boliviana, mexicana y peruana, las que consagran el denominado patrimonio familiar.

A diferencia de la regulación legal en Chile, el Código Civil peruano señala, en su artículo 488 que “el patrimonio familiar es inembargable, inalienable y transmisible por herencia”. A su vez, el artículo 489 de dicho cuerpo legal indica los bienes que pueden ser objeto de patrimonio familiar: la casa habitación de la familia y/o un predio destinado a la agricultura, artesanía, industria o comercio. Agrega el inciso final de la última disposición citada que “el patrimonio familiar no puede exceder de lo necesario para la morada o el sustento de los beneficiarios”.

De esta manera, salta a la vista que la opción seguida por el legislador peruano a la hora de proteger los bienes familiares es la del patrimonio familiar. Así, estableció la inembargabilidad de los bienes ya mencionados, su inalienabilidad, y la imposibilidad de darlos en arriendo (con algunas excepciones).

Con todo, cabe destacar también que la institución peruana exige una solicitud para la constitución del patrimonio familiar. Ésta, puede formularse ante un notario (artículo 24 de la Ley 26.662 del año 1996), o bien ante un tribunal (artículos 493 y siguientes del Código Civil peruano). Es necesario hacer énfasis en que la gestión voluntaria notarial se seguirá únicamente en el caso en que no exista oposición³⁸.

³⁷ Cfr., ROSSO ELORRIAGA, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 20.

³⁸ Cfr., SALAZAR Puente De la Vega, Mercedes. *Patrimonio familiar. La Notaría (desde 1995)*. (57-58): 29-48, 2008, p. 30.

Otro elemento de la regulación del Perú que no puede pasarse por alto corresponde a que la institución no se limita a las familias fundadas en el matrimonio. Así, dentro de las personas que pueden constituir el patrimonio familiar, el artículo 493 del Código Civil peruano incluye expresamente a los padres o madres solteros.

En suma, y siguiendo a la profesora Hübner, los principales efectos de la institución peruana son: “1) los beneficiarios quedan obligados a habitar la vivienda o a trabajar en el predio agrícola, artesanal, industrial o comercial durante un año continuo, salvo los casos en que el juez lo permita temporalmente y por justo motivo y 2) el bien pasa a ser inembargable, inalienable y transmisible por herencia. O sea, se limita la facultad de disposición del propio dueño e impide la realización del bien por parte de los acreedores”³⁹.

4.3.5 Argentina.

En lo que respecta a la protección de la familia, el ordenamiento jurídico argentino es quizás uno de los más completos, ya que, a partir del concepto de bien de familia y determinados preceptos de su Código Civil, conviven tanto la institución del patrimonio familiar como la institución de la protección legal de los bienes de carácter familiar⁴⁰.

Así, la Ley 14.394 introdujo al sistema jurídico argentino la institución del bien de familia, que según Zannoni, “consiste en la afectación de un inmueble urbano o rural a la satisfacción de las necesidades de sustento y de la vivienda del titular y su familia y, en consecuencia se lo sustrae a las contingencias económicas que pudieran provocar, en lo sucesivo, su embargo o enajenación”⁴¹. Respecto al alcance de la institución, el propio Zannoni plantea que “el bien de familia constituye una auténtica

³⁹ HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 141.

⁴⁰ Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 36.

⁴¹ ZANNONI, Eduardo. *Derecho civil. Derecho de familia*. 5ª ed. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2006, p. 640.

institución especial que puede coexistir con el régimen patrimonial del matrimonio, aunque, en puridad, opera autónomamente y se rige por normas propias⁴².

En el marco de su regulación, evidenciamos como efectos fundamentales de dicha institución, su indisponibilidad relativa e inembargabilidad⁴³.

Sobre el primer punto, debe distinguirse entre los actos de enajenación y los de gravamen, ya que sólo respecto a los actos de enajenación, la indisponibilidad es absoluta, salvo que medie la desafectación del bien. Respecto a la constitución de gravámenes, se asemeja a la situación nacional, ya que se requiere la voluntad conjunta de los cónyuges.

Por su parte, en cuanto a la inembargabilidad de los bienes, ésta opera sólo respecto a los acreedores posteriores a la constitución del bien de familia, siendo inoponible la institución a los acreedores de deudas contraídas con anterioridad a la declaración. Asimismo, destaca cierta doctrina de ese país que “en Argentina, la inejecutabilidad sólo alcanza al inmueble. La protección es insuficiente, por lo que se ha aconsejado extender ese régimen al llamado ajuar familiar⁴⁴”.

Por lo dicho anteriormente, podría pensarse que la institución argentina sigue exclusivamente el camino propio del patrimonio familiar. Sin embargo, si se añade al punto lo dispuesto por su Código Civil, y en particular por el inciso tercero del artículo 1.277, salta a la vista que la legislación trasandina sigue también el camino de la institución de protección de legal de los bienes de carácter familiar. En efecto, la disposición invocada establece que: “será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que está radicado el hogar conyugal si hubiese hijos menores o incapaces”. Así las cosas, la inalienabilidad argentina no es, en ningún caso, absoluta.

⁴² *Ibíd.*

⁴³ Cfr., ZANNONI, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 646.

⁴⁴ KEMELMAJER De Carlucci, Aida. *Protección Jurídica de la vivienda familiar*. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1995, p. 75.

Cabe destacar también, que el legislador argentino exige que cualquiera de los cónyuges sea propietario del bien a afectar⁴⁵. Sin embargo, contempla expresamente la posibilidad de que el inmueble en cuestión se tenga en co-propiedad con un tercero, caso en el cual será necesario que la gestión sea también efectuada por ellos⁴⁶.

Finalmente, y en cuanto a la constitución del bien de familia, es necesario señalar que ésta “(...) puede hacerse por acto entre vivos o por acto de última voluntad”⁴⁷, sin que medie intervención de la justicia. Así las cosas, la doctrina destaca que la constitución de un bien de familia y su desafectación corresponden a “actos jurídicos familiares patrimoniales”⁴⁸.

5. Características de la institución.

La doctrina nacional destaca las siguientes características de la institución de los bienes familiares:

- i. Las normas que rigen la institución son de orden público.
- ii. Es una institución híbrida.
- iii. Restringe la libre circulación de los bienes.
- iv. El presupuesto fundamental de su aplicación es la existencia de matrimonio.
- v. Proceden cualquiera sea el régimen de bienes del matrimonio.
- vi. La afectación de un bien como familiar no opera de pleno derecho.
- vii. La desafectación puede producirse por acuerdo de los cónyuges o por sentencia judicial.
- viii. Los bienes que pueden afectarse deben pertenecer a cualquiera de los cónyuges.

⁴⁵ En efecto, el artículo 34 de la Ley 14.934 dispone que: “Toda persona puede constituir en “bien de familia” un inmueble urbano o rural de su propiedad cuyo valor no exceda las necesidades de sustento y vivienda de su familia, según normas que se establecerán reglamentariamente”.

⁴⁶ Cfr., ZANNONI, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 642.

⁴⁷ ZANNONI, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 648.

⁴⁸ Cfr., BELLUSCO, Augusto César. *Manual de derecho de familia*. 7ª ed. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004, p. 116.

A continuación, procederemos a analizar cada una de ellas.

5.1. Las normas que rigen la institución son de orden público.

Si bien es cierto, y tal como señala el profesor Rosso, no existe disposición alguna en la regulación de la institución que declare que sus normas son de orden público⁴⁹, el artículo 149 de nuestro Código Civil señala que: “Es nula cualquiera estipulación que contravenga las disposiciones de este párrafo”. Por ende, es la sanción ante la contravención del estatuto la que fija tal carácter.

No obstante, la norma en cuestión no aclara si la nulidad invocada es de carácter absoluto o relativo. Como es sabido, sólo la primera sanción es propia del orden público en tanto mira al interés general de la sociedad. Por su parte, la nulidad relativa mira al estado o calidad de las partes que ejecutan o acuerdan un acto determinado.

Para determinar el carácter específico de la sanción, así como la naturaleza de orden público del estatuto que regula la institución, el profesor Rosso esgrime los siguientes argumentos⁵⁰:

- a. La institución está establecida a favor del interés general de la sociedad y no de los propios de los cónyuges.
- b. Si se invoca la historia fidedigna de la Ley es posible encontrar que al presentar el proyecto en la Cámara de Diputados, doña Soledad Alvear señaló que “el proyecto propone el patrimonio familiar como una institución de orden público vinculada a la protección de la familia, en su conjunto, por sobre el interés de cada uno de los miembros que la componen”.
- c. Los cónyuges no pueden alterar ni derogar la regulación de los bienes familiares precisamente por la naturaleza prohibitiva del artículo 149 del Código

⁴⁹ Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 49.

⁵⁰ Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, pp. 49-51.

Civil. Así, vinculando la disposición ya señalada con los artículos 1.466, 10 y 1.682 del mismo cuerpo normativo, las convenciones que alteraren o derogaren la regulación legal adolecerían de objeto ilícito y serían sancionadas con la nulidad absoluta.

De esta manera, los derechos que confiere la institución son irrenunciables y no sería posible que los cónyuges los alterasen, por ejemplo, por medio de capitulaciones matrimoniales. Estimamos que la institución, al aplicarse a todos los matrimonios indistintamente de su régimen matrimonial y al tener una finalidad protectora respecto de la familia, es claramente de orden público y la sanción a las convenciones que la contravengan será necesariamente la de la nulidad absoluta. Por lo demás, en este sentido se pronuncia la unanimidad de la doctrina⁵¹.

Lo anterior no resulta extraño toda vez que el derecho de familia se caracteriza precisamente por una marcada limitación de la autonomía de la voluntad, restringiendo su flexibilidad hasta la libertad de conclusión, por regla general⁵².

5.2. Es una institución híbrida.

La doctrina está conteste en que la institución incorporada mediante la Ley 19.335 a nuestra legislación no corresponde a ninguno de los dos modelos centrales construidos en los sistemas jurídicos extranjeros (ni al modelo de patrimonio familiar ni al de la “institución de protección legal de los bienes de carácter familiar”). Empero, los comentaristas advierten también que el estatuto nacional de los bienes familiares incorporó algunas de las características de las instituciones ya señaladas, e introdujo algunas nuevas. Por ello concluyen que se trata de una institución híbrida⁵³.

⁵¹ Así opinan por ejemplo: Hübner. Cfr., HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 107; Corral. Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. *Bienes Familiares... Op. Cit.*, p. 56; Court. Cfr., COURT Murasso, Eduardo. *Los bienes familiares en el código civil. Cuadernos Jurídicos, Universidad Adolfo Ibañez, Facultad de Derecho.* (2): 1-47, 1995, pp. 8-9.

⁵² Cfr., RAMOS PAZOS, René. *Derecho de Familia.* Tomo I. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 16.

⁵³ En este sentido se pronuncia Rosso. Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, pp. 52-56. De igual manera lo hace la profesora Hübner. Cfr., HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 107.

Como señalamos anteriormente, el patrimonio familiar presenta una serie de características particulares, que no fueron consideradas durante la tramitación de la Ley 19.335, a pesar de que, en diferentes oportunidades, se señaló que uno de los objetivos primordiales de la Ley era introducir esta institución. Uno de los efectos claves de esta última, consiste en transformar los bienes que son objeto de afectación en inembargables, lo que no ocurre en nuestro país, ya que los bienes familiares pueden ser objeto del derecho de prenda general y al respecto sólo se confiere la posibilidad de ejercer el beneficio de excusión.

A su vez, la institución del patrimonio familiar, con el objeto de proteger a la familia tras la muerte del cónyuge propietario, establece la indivisión forzosa de los bienes. Esto no ocurre en nuestra legislación.

En lo que respecta a la inalienabilidad, la institución de los bienes familiares no prohíbe la enajenación, sino que solamente limita la facultad de disposición, requiriendo la voluntad conjunta de los cónyuges o autorización judicial en subsidio al momento de realizar un acto de enajenación o gravamen.

Tampoco se forma un patrimonio separado o de afectación, como ocurre en el patrimonio familiar. La administración de los bienes familiares sigue recayendo en el titular de los bienes familiares; el cónyuge no propietario no coadministra, sólo asiente o disiente respecto a la realización de los actos señalados en el artículo 142 del Código Civil⁵⁴. A su vez, los bienes afectados como familiares siguen formando parte del patrimonio del cónyuge propietario.

Al igual que en el caso del patrimonio familiar, la institución de protección de los bienes de carácter familiar también presenta una serie de características particulares que no fueron consideradas por nuestro legislador; lo que nos lleva a concluir que el modelo chileno no configura dicha institución, a pesar de que, dentro de los antecedentes tenidos en cuenta a la hora de analizar este proyecto de Ley, se encontraba el Código Civil español y el francés, entre otros.

⁵⁴ Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 53.

En primer lugar, la institución de los bienes familiares no opera de pleno derecho –características que analizaremos posteriormente-, requiriéndose por tanto, declaración judicial –cosas corporales- o declaración unilateral –cosas incorporales- para su constitución. Ello resulta inconciliable con el modelo de protección legal de los bienes de carácter familia, donde los bienes son protegidos de manera directa por la Ley.

Por otra parte, en el modelo de protección legal de los bienes de carácter familiar, no existe impedimento para que un acreedor ejerza acciones sobre dichos bienes, en virtud del derecho de prenda general. Sin embargo, en Chile se otorga, tanto al cónyuge propietario como al no propietario, la posibilidad de ejercer el beneficio de excusión.

Por todo ello concordamos con el profesor Rosso cuando indica que “se tuvo presente la finalidad de ambas instituciones, esto es, asegurar a la familia el uso de ciertos bienes y protegerla de algunas situaciones que podrían perjudicarla, mas, no se adoptó ni la una ni la otra”⁵⁵.

Así, si bien no se adoptó ningún modelo en su conjunto, se tomaron elementos de ambas figuras para configurar nuestro estatuto. Al respecto, del modelo de patrimonio familiar, el principal elemento incorporado por nuestra institución se remite a la necesidad de constitución o declaración de los bienes familiares. En lo que respecta a la inembargabilidad del patrimonio familiar –característica esencial de la institución-, cabe destacar, que ésta no es recogida por el legislador chileno, mas, contempla la posibilidad de ejercer el beneficio de excusión. En cuanto al modelo de protección legal de los bienes de carácter familiar, nuestro estatuto incorpora el requisito *sine qua non* de su existencia, esto es, la existencia de matrimonio, así como las limitaciones a las facultades de disposición del cónyuge propietario en favor del cónyuge beneficiario o no propietario del bien familiar. En este sentido, se rescata también la sanción aparejada al incumplimiento de las limitaciones a la facultad de disposición, esto es, interponer acción de nulidad del acto.

⁵⁵ ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 56.

5.3. Restringe la libre circulación de los bienes.

Como ya se ha mencionado, uno de los efectos de la afectación de un bien como familiar es la limitación del derecho de disposición que tiene el cónyuge propietario sobre el bien en cuestión. Al requerir la intervención del cónyuge no propietario en la celebración de los actos enumerados en el artículo 142 del Código Civil, lo que se ha hecho es limitar la libre circulación de los bienes⁵⁶. Como bien salta a la vista, ello no significa, en caso alguno, que el estatuto altere la titularidad del derecho de dominio, ya que los bienes siguen formando parte del patrimonio del cónyuge propietario.

En el fondo, tal como lo plantea la profesora Hübner, la constitución de bienes familiares conlleva "(...) una intervención del cónyuge no propietario en ciertos actos"⁵⁷.

5.4. El presupuesto fundamental de su aplicación es la existencia de matrimonio.

Así lo declara el artículo 141 de nuestro Código Civil en tanto establece que será el inmueble de propiedad de cualquiera de los **cónyuges** que sirva de residencia principal a la familia el que podrá ser declarado como bien familiar. El inciso cuarto de la misma norma reitera la necesidad de que se trate de cónyuges, y así lo hace el resto del articulado pertinente, tanto a propósito de los efectos de la institución como a propósito de la desafectación.

Por ello es posible afirmar que, en principio, la institución sólo protege a la familia matrimonial. A su vez, si se piensa que cierto sector de la doctrina estima que la institución forma parte del régimen matrimonial primario⁵⁸, bien puede comprenderse que ésta se circunscriba a la familia fundada en el matrimonio.

⁵⁶ Cfr., HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 107.

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ Nos referiremos a este problema en el Segundo Capítulo de este trabajo.

5.5. Proceden cualquiera sea el régimen de bienes del matrimonio.

Al respecto, gran parte de la doctrina nacional coincide en que “los bienes familiares no constituyen en sí un régimen matrimonial autónomo, sino que una institución complementaria de los diversos regímenes matrimoniales que pueden adoptar los cónyuges”⁵⁹. Lo anterior se condice con lo presupuestado en el artículo 141 de nuestro Código Civil, el cual establece que independientemente del régimen matrimonial que rija, pueden declararse como bienes familiares los bienes que dicha norma señala.

Si bien la mayoría de la doctrina nacional ha argumentado a favor de la aplicación de la institución en cualquier régimen matrimonial, Rosso ha considerado injustificada dicha extensión, ya que para este autor, los bienes familiares no constituyen un patrimonio separado ni pertenecen al régimen matrimonial primario, dado que sólo opera cuando éstos se constituyen, no rigiendo en general para todos los matrimonios⁶⁰.

5.6. La afectación de un bien como familiar no opera de pleno derecho.

En el caso de los bienes muebles e inmuebles que sean de propiedad de cualquiera de los cónyuges, es necesaria la intervención de la justicia – aun cuando ambos estén de acuerdo – para que la institución opere. Por su parte, en el caso de derechos o acciones que los cónyuges tengan sobre sociedades propietarias de inmuebles, la afectación será producto de una declaración unilateral solemne de cualquiera de ellos.

⁵⁹ COURT Murasso, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 7.

⁶⁰ Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 63.

5.7. La desafectación puede producirse por acuerdo de los cónyuges o por sentencia judicial.

Así como la declaración de bien familiar no opera de pleno derecho, tampoco lo hace su desafectación, aun cuando no existan ya los supuestos que la posibilitan (existencia del vínculo matrimonial o que el inmueble sirva en la actualidad de residencia principal de la familia, por ejemplo). Para que el estatuto deje de proteger a los bienes en cuestión, es necesario que se pronuncie la justicia (en el caso del inmueble que sirve de residencia principal a la familia como en el de los muebles que lo guarnecen) o bien que se produzca acuerdo de los cónyuges en tal sentido.

Sin embargo, existe una importante excepción a este principio: lo que la doctrina⁶¹ denomina “desafectación legal” de los bienes familiares, que se produce cuando el bien declarado como familiar ha sido enajenado cumpliendo con los requisitos ordenados por el artículo 142 CC⁶². En este caso, la desafectación se produce “ipso-iure”.

5.8. Los bienes que pueden afectarse deben pertenecer a cualquiera de los cónyuges.

Así lo declara la primera parte del artículo 141 de nuestro Código Civil. Tal y como señala la profesora Fabiola Lathrop, el texto original de la Ley 19.335, que incorporó el estatuto a nuestro sistema jurídico, indicaba que el bien cobijado por la institución podría ser de propiedad de ambos cónyuges o de uno de ellos. Agrega la citada profesora que: “Sin embargo, el D.F.L. N° 2 de 1995, que fijó el texto refundido del Código Civil, alteró dicha redacción original, reemplazándola por la que aparece en el actual artículo 141 del Código Civil, norma que sólo se refiere al inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges, que sirva de residencia principal de la

⁶¹ Cfr. CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 107.

⁶² Entre otros efectos, para enajenar voluntariamente, gravar, prometer enajenar y prometer gravar alguno de los bienes declarados como familiares, deberá contarse con la autorización del cónyuge no propietario.

familia, excluyéndose, de esta forma, aquellos inmuebles de los cuales los cónyuges son copropietarios”⁶³.

6. Problemas de Constitucionalidad de la Institución.

Uno de los problemas más controvertidos durante la discusión del proyecto de Ley 19.335 y, en particular, sobre la institución de los bienes familiares, apuntó a la constitucionalidad de la misma, dada la pugna existente entre dos intereses jurídicos resguardados por el Estado en nuestra Carta Fundamental: la protección de la familia y el derecho de propiedad.

Así, cierto sector de la doctrina sostuvo que el artículo 142 inciso 2° del Código Civil era inconstitucional, en tanto privaba, o al menos limitaba, la facultad de disposición del cónyuge propietario sobre los bienes familiares, atentando de esta manera, contra el derecho de propiedad consagrado en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República.

Court atacó la posición ya mencionada indicando que “el artículo 19 N° 24 de la Constitución permite al legislador establecer limitaciones al derecho de propiedad allí garantizado siempre que éstas deriven de la función social de la propiedad, función que comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación. Entre éstos estaría, sin duda, la protección de la familia y el fortalecimiento de ésta”⁶⁴. Es justamente la función social de la propiedad, la que justifica –para este autor- la constitucionalidad del estatuto, ya que el artículo 142 inciso 2° propende a la protección de la familia.

En un sentido similar, el profesor Corral sostiene que “no hay inconstitucionalidad por la limitación del derecho de propiedad, si se considera el deber constitucional de protección jurídica de la familia fundada en el matrimonio”⁶⁵.

⁶³ LATHROP Gómez, Fabiola. Bienes familiares situación actual y derecho proyectado: charla dictada el martes 18 de noviembre de 2008. Santiago, Colegio de Abogados de Chile A.G., 2008, p. 4.

⁶⁴ COURT Murasso, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 6.

⁶⁵ CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 58.

Si bien la doctrina nacional –en su gran mayoría- ha optado por la constitucionalidad del estatuto, los argumentos esgrimidos difieren en algunos sectores de la misma. Así, por ejemplo, Rosso sostiene que el fundamento constitucional de la institución de los bienes familiares radica “en el deber del Estado de proteger la familia más que la función social de la propiedad”⁶⁶.

Uno de los autores nacionales que ha profundizado, en mayor medida, la problemática de la constitucionalidad de los bienes familiares es el profesor Carlos Peña, quien asevera que, a la hora de interpretar la Constitución, deben considerarse los presupuestos en su conjunto y los fines declarados por el constituyente, razón por la cual el Capítulo I de la Constitución y, en particular, el artículo 1° de dicho cuerpo legal, adquieren especial relevancia. Asimismo, argumenta que la consagración de los bienes familiares no afecta el derecho de propiedad en su esencia, ya que “la única facultad inherente al dominio que se ve afectada por la institución es la facultad de disposición; pero ella se ve afectada en nada más una modalidad de su ejercicio”⁶⁷. Dichos elementos le permiten concluir, al igual que los autores anteriormente citados, la constitucionalidad de los bienes familiares.

De una opinión algo distinta es el profesor Pablo Rodríguez, quien sugiere que, para analizar el problema de constitucionalidad del estatuto, es necesario distinguir los matrimonios celebrados con anterioridad y posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 19.335⁶⁸.

En relación a los primeros, Rodríguez plantea que las restricciones presupuestadas por la institución “son sobrevinientes, no consentidas ni real ni presuntivamente y, por cierto, desconocidas y ajenas al estatuto jurídico que existía al momento de contraer matrimonio. Por ende, ellas privan a los cónyuges de atributos y

⁶⁶ ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 59.

⁶⁷ PEÑA González, Carlos. La protección de la vivienda familiar y el ordenamiento jurídico chileno: análisis del proyecto de ley que modifica el código civil en materia de régimen patrimonial. Cuadernos de Análisis Jurídicos Universidad Diego Portales. (28): 191-229, 1993, p. 223.

⁶⁸ Cfr., RODRÍGUEZ Grez, Pablo. *Op. Cit.*, p. 300.

facultades esenciales del dominio, cayendo de lleno en la infracción del artículo 19 N° 24 de la Constitución”.

En el caso de los matrimonios celebrados con posterioridad a la vigencia de la Ley, Rodríguez señala que no ocurre la misma situación ya descrita, dado que el acto del matrimonio lleva implícito el sometimiento y aceptación del estatuto jurídico que regula esta materia.

En nuestra opinión, el estatuto de los bienes familiares es de suyo constitucional. Estimamos que no se justifican las objeciones a la constitucionalidad del estatuto pues los argumentos de la doctrina que opina de manera contraria nos parecen suficientemente convincentes y los damos por enteramente reproducidos en este punto.

CAPÍTULO II FINES Y FUNDAMENTOS DE LOS BIENES FAMILIARES

1. Fines y fundamentos de la institución.

Como ya se adelantó, el problema de los fines y fundamentos de la institución de los bienes familiares es uno de los más complejos en la materia. Reflejo de ello son las diversas posiciones sostenidas al respecto tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Ahora bien, previo a tratar el problema, consideramos necesario aclarar lo que en este trabajo se va a entender por *fines* y por *fundamentos*. En primer lugar, entenderemos por *fines* de la institución, los objetivos que ella persigue. En segundo término, entenderemos por *fundamentos* aquellos principios o cimientos en los cuales descansa. Si bien es cierto no es posible establecer una división tajante entre estas dos maneras de aproximarse al estatuto, cabe destacar que ésta resulta bastante útil desde un punto de vista metodológico. Junto a ello, cabe advertir que no hemos incluido dentro de las consideraciones de los *fines*-tal y como hace el profesor Corral⁶⁹ - la problemática relativa a la *naturaleza alimenticia* de la institución, para exponer ambos con mayor soltura y darle a esta última un acápite propio.

2. Fundamentos de la institución ante la doctrina.

El problema a analizar consiste en determinar si el estatuto de los bienes familiares se funda o no en lo que la doctrina ha denominado “régimen matrimonial primario”. Dicho concepto ha sido desarrollado principalmente por los comentaristas del derecho comparado y tratado con especial acuciosidad por la doctrina española.

⁶⁹ Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. El Estatuto... *Op. Cit.*, pp. 15-17.

Así las cosas, el profesor español Lacruz define el régimen matrimonial primario como el “(...) conjunto de normas, referidas a los efectos patrimoniales del matrimonio que se aplican al mismo, independientemente de su régimen económico”⁷⁰. Este “conjunto de normas” se caracteriza, además, por recibir aplicación por el sólo hecho del matrimonio y por ser inderogables por los contrayentes.

A mayor abundamiento y de acuerdo con el profesor Serrano, los elementos que componen el régimen matrimonial primario son: la contribución a las cargas del matrimonio, el derecho a la litis expensas, las potestades domésticas, los derechos sobre el ajuar familiar, la vivienda familiar, la libertad de contratación entre los cónyuges, la determinación del carácter privativo de los bienes y, finalmente, el trabajo en el hogar como aportación al sostenimiento de las cargas del matrimonio⁷¹.

Todos estos elementos— salvo el último - fueron recogidos por el legislador español en el Capítulo I del Título III del Libro IV del Código Civil, bajo el título de “Disposiciones Generales”. Cabe destacar que aunque no fueron consagrados legalmente bajo la denominación de régimen económico primario, la doctrina encuentra en dichas normas su fundamento.

Por su parte, los comentaristas patrios han construido el régimen matrimonial primario nacional, principalmente, a partir de las normas del párrafo 1° del Título VI del Libro I del Código Civil chileno. Son estas disposiciones las que, para nuestra doctrina, configuran la plataforma legal básica que regula las relaciones patrimoniales de los cónyuges entre sí y respecto a la familia común⁷². Asimismo, se encuentra conteste en que la columna vertebral del régimen se constituye a partir de los artículos 131 y 134 del mismo cuerpo legal, los cuales establecen el deber de socorro entre los cónyuges y la obligación de proveer a las necesidades de la familia común, atendiendo a las facultades económicas de éstos y al régimen matrimonial que entre ellos impere. Junto con sentar los presupuestos legales de la constitución del régimen matrimonial

⁷⁰ DERECHO de Familia por LACRUZ Berdejo, José “et al”. 3ª ed. Barcelona, Bosch, 1989-1990, p. 279.

⁷¹ Cfr., SERRANO Alonso, Eduardo. *Op. Cit.*, pp. 18-21.

⁷² Cfr., HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, pp. 105-106.

primario, los autores nacionales postulan que éste descansa en lo que la doctrina comparada denomina “levantamiento de las cargas del matrimonio”.

Dicho esto, encontramos que la doctrina se encuentra dividida a la hora de determinar si el estatuto de los bienes familiares se funda o no en el régimen matrimonial primario.

En primer lugar, los profesores Carlos Peña, Ana María Hübner, René Ramos Pazos y Leslie Tomasello, se pronuncian por la afirmativa. El primer profesor funda su posición indicando que el estatuto de los bienes familiares es impuesto heterónomamente a los cónyuges, que es imperativo, y además que es común a todos los regímenes matrimoniales. En lo que respecta a las cargas del matrimonio –o levantamiento de las cargas del matrimonio según la doctrina española-, Peña sostiene que éstas constituyen el fundamento del régimen patrimonial primario. Comprende dicho concepto “el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia”⁷³. En este sentido, la institución de los bienes familiares no agrega a dicho estatuto ninguna carga distinta a las ya existentes, sino que “lo que hace, cosa distinta, es prever una nueva forma de asegurar o garantizar su cumplimiento”⁷⁴.

En otras palabras, el profesor Peña concluye que las normas de los bienes familiares integran el régimen matrimonial primario, en tanto el fundamento de éste se encuentra en las denominadas cargas familiares, y el estatuto en comento no es más que una forma de garantizar el cumplimiento de las cargas ya existentes.

En el mismo sentido se pronuncian los profesores Ana María Hübner y Leslie Tomasello. Ambos indican que los cimientos del estatuto de los bienes familiares se encuentran en el régimen matrimonial primario, el que, a su vez, se fundamenta en el levantamiento de las cargas del matrimonio. Por otra parte, convienen en que “los

⁷³ PEÑA González, Carlos. Reforma al estatuto matrimonial... *Op. Cit.*, p. 166.

⁷⁴ PEÑA González, Carlos. La protección de la vivienda familiar... *Op. Cit.*, p. 195.

bienes familiares constituyen una carga más de aquellas que impone el matrimonio, lo que es independiente del régimen patrimonial que rija entre los cónyuges”⁷⁵.

De la misma posición es el profesor Ramos Pazos, aunque no esgrime argumento alguno para fundarla⁷⁶.

La postura contraria es la sostenida por los profesores Hernán Corral y Gian Franco Rosso. A juicio del primero, desde un punto de vista técnico resulta “excesivo” y “poco feliz” ubicar la institución de los bienes familiares en el régimen matrimonial primario; sin embargo, no esgrime argumentos al respecto. En lo que referente al fundamento del estatuto, concuerda, en cierto sentido con la doctrina, en que la institución se basa en el “deber general de los cónyuges de subvenir a las necesidades de la familia”, pero agrega, inmediatamente, que dicha explicación debe ser complementada con otro fundamento que apunta a “la protección pública a la familia fundada en el matrimonio, que en nuestro orden constitucional es un deber del Estado (art. 1º Const)”⁷⁷.

Estimamos que el nuevo argumento señalado por Corral es correcto, sin embargo discrepamos en su aseveración acerca de la “exclusividad” de la familia protegida por nuestra Carta Fundamental (la familia matrimonial). Con todo, Corral parece haber cambiado de opinión con el curso de los años. Así, en una publicación del año 2009 indica que “las normas pertenecen a una especie de régimen económico primario, es decir, como un estatuto legal que impera para todos los matrimonios cualesquiera fuera el régimen de bienes que les sea aplicable”⁷⁸.

De opinión similar es el profesor Gian Franco Rosso quien, al referirse al régimen primario, afirma que “estas obligaciones patrimoniales de los cónyuges, en cuanto a su naturaleza, son siempre las mismas, cualquiera que sea el régimen

⁷⁵ TOMASELLO Hart, Leslie. El régimen de participación en los gananciales: la reforma de la ley No. 19.335. Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur, 1994, p. 146.

⁷⁶ Cfr., RAMOS Pazos, René, *Op. Cit.*, p. 350.

⁷⁷ CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 53.

⁷⁸ CORRAL Talciani, Hernán. El Estatuto... *Op. Cit.*, p. 3.

matrimonial. Sólo varía la forma en que se contribuye a ellas, y la cantidad, lo que estará íntimamente relacionado con el caudal del patrimonio personal de los cónyuges”⁷⁹.

En consideración a lo anterior, este autor diferencia el régimen matrimonial primario propiamente tal de las “cargas de familia”. Es justamente en esta sede – de las cargas familiares-, donde el profesor fundamenta el estatuto de los bienes familiares. Al respecto, plantea que los bienes familiares no son más que “una suerte de medida precautoria a favor del cónyuge no propietario respecto al inmueble que cumple la función de residencia principal de la familia. Ello en razón de que su objeto es asegurar el cumplimiento de aquella carga consistente en proveer a la familia común de la habitación necesaria”⁸⁰.

Consideramos bastante débil el argumento de Rosso para situar la institución en comento en las denominadas cargas familiares, ya que en su tratamiento no se hace cargo del postulado que señala que las bases del régimen matrimonial primario radican, precisamente, en las cargas del matrimonio. En este sentido, sólo distingue entre ambos sin mayor análisis ni profundización. Es más, su principal argumento para sustraer al estatuto del régimen primario apunta al hecho de que este operará sólo cuando los bienes en cuestión sean afectados “por lo que no rige en general para todos los matrimonios”⁸¹.

2.1. Síntesis crítica de los fundamentos de la institución.

En nuestra opinión, es la posición mayoritaria la que presenta mejores argumentos. Así, si se considera que las normas que reglan el estatuto son heterónomas, comunes a todo régimen matrimonial e inderogables por los contrayentes, no cabe sino concluir que forman parte del “régimen matrimonial primario”. Por lo demás, es necesario tener conciencia de que todo el entramado

⁷⁹ ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 57.

⁸⁰ ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, pp. 58-59.

⁸¹ ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 63.

jurídico que forma dicho régimen sirve de vehículo para su fundamento último: lo que la doctrina española denomina el levantamiento de las cargas del matrimonio.

3. Fines.

3.1. Fines ante la doctrina.

Consideraremos en este acápite como *fin*es del estatuto los objetivos que persigue. Este no ha sido un tema pacífico en la doctrina, debido a la deficiente estructura jurídica construida por el legislador. Así, si por un lado la mayoría de la doctrina está relativamente conteste en que el fin eminentemente protector de la institución se refiere a la *familia* y aún más, a la familia fundada en el matrimonio; es posible encontrar autores, por otro, que lo refieren específicamente al *cónyuge beneficiario (cónyuge no propietario)*.

En las filas de la doctrina mayoritaria encontramos a los profesores René Ramos Pazos⁸², Pablo Rodríguez⁸³, Hernán Corral⁸⁴, Fabiola Lathrop⁸⁵, Ana María Hübner⁸⁶ y Leslie Tomasello⁸⁷. En síntesis, las opiniones de este sector de profesores pueden resumirse como sigue:

⁸² De acuerdo al profesor René Ramos Pazos el fin de esta institución radica en “(...) asegurar a la familia un hogar físico estable donde sus integrantes puedan desarrollar la vida con normalidad, aún después de disuelto el matrimonio”. RAMOS Pazos, René, *Op. Cit.*, p. 350.

⁸³ Para Pablo Rodríguez, la institución en comento se establece para la protección de la familia. Cfr., RODRÍGUEZ Grez, Pablo, *Op. Cit.*, p. 283.

⁸⁴ De acuerdo a Corral: “La ratio legislativa varió así desde contribuir a una morigeración del individualismo del régimen de participación, a una protección jurídica de la vivienda familia, constituida por un inmueble y los muebles que le sirven de ajuar”. Además señala que: “Los bienes son calificados de familiares porque la Ley les reconoce una función esencial con la vida cotidiana de la familia y por ello los somete a una protección especial”. CORRAL Talciani, Hernán. *El Estatuto... Op. Cit.*, p. 3.

⁸⁵ La profesora Fabiola Lathrop señala: “(...) se trata de una institución encaminada a garantizar la estabilidad de la vivienda familiar y, en definitiva, la incolumidad del grupo familiar”. LATHROP Gómez, Fabiola. *Bienes familiares... Op. Cit.*, p. 5.

⁸⁶ Indica la profesora Ana María Hübner que: “En último término, su fundamento es garantizar una vivienda estable para el grupo familiar”. HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 106.

⁸⁷ Leslie Tomasello señala: “(...) el legislador ha establecido la institución de los bienes familiares precisamente con el propósito de proteger a la familia, cualquiera sea el régimen patrimonial del matrimonio y, por lo mismo, la normativa correspondiente es imperativa, o lo que

El estatuto de los bienes familiares es esencialmente protector. Busca proteger a la familia fundada en el matrimonio, asegurando, en último término, la incolumidad del grupo familiar. Para el efecto, la institución protege bienes a los cuales la Ley les reconoce una función esencial en la vida cotidiana de la familia. Así las cosas, se persigue que el grupo familiar pueda contar con un hogar físico estable, con una vivienda estable, o con los bienes asociados a la vida en el hogar.

Por otro lado, la doctrina minoritaria también resalta el rol protector de la institución. Sin embargo, no lo refiere necesariamente a la familia considerada en su conjunto, sino que tiende a domiciliarlo en el cónyuge no propietario. Entre los autores que sostienen este punto de vista destacan los argumentos de los profesores Eduardo Court, Enrique Barros y Gian Franco Rosso.

La posición más “radical” es la del primero, quien parece circunscribir la protección del estatuto exclusivamente al cónyuge beneficiario. Así, señala que con los bienes familiares se persigue una “triple finalidad”; a saber:

“a) Proteger al cónyuge no propietario de la vivienda familiar. Para ello, la Ley limita las facultades de disposición e, incluso, de simple administración del cónyuge propietario, supeditando la realización de ciertos actos a la voluntad del cónyuge no propietario;

“b) proteger al cónyuge a quien se haya confiado el cuidado personal de los hijos en caso de divorcio, de nulidad del matrimonio, o de separación de hecho; y

“c) Proteger al cónyuge sobreviviente en caso de fallecimiento del cónyuge propietario de la vivienda familiar”⁸⁸.

Enrique Barros, por su parte, resalta el rol protector respecto del cónyuge no propietario pero no lo circunscribe a éste como parece hacer Eduardo Court. Así señala que: “la introducción del patrimonio familiar es una fuerte garantía para el

es igual, el legislador prohíbe cualquiera estipulación que la contravenga”. TOMASELLO Hart, Leslie. *Op. Cit.*, p. 146.

⁸⁸ COURT Murasso, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 3.

cónyuge que tenga el cuidado de los hijos, en casos de separación de hecho o de disolución de matrimonio, y para el cónyuge sobreviviente, en caso de muerte” (...). Para agregar más adelante que: “La institución que estamos tratando evita que las disputas patrimoniales entre los cónyuges o entre el sobreviviente y los herederos del otro cónyuge, concluyan con el desarraigo de la residencia habitual de la familia y es una garantía mínima de estabilidad para el cónyuge patrimonialmente más débil”⁸⁹.

Finalmente, Gian Franco Rosso, desde un punto de vista eminentemente crítico, indica que podría suponerse (por la denominación de la institución) que esta protege a la familia. Sin embargo, y tras analizar los efectos del estatuto, destaca:

- a) Que sólo los cónyuges pueden solicitar la constitución de los bienes familiares.
- b) Que si bien se provee al cónyuge no propietario de la posibilidad de oponerse a los actos enumerados en el artículo 142 del Código Civil fundado exclusivamente en el “interés de la familia”; no se requiere fundamento alguno a la hora de manifestar la anuencia a los mismos;
- c) Que los derechos reales que pueden establecerse sobre los bienes familiares sólo pueden constituirse respecto del cónyuge no propietario y no respecto de los hijos; y
- d) Que sólo los cónyuges pueden hacer valer el beneficio de excusión⁹⁰.

De esta manera, pone de relieve una conclusión que es bastante evidente: los intereses del cónyuge no propietario no son exactamente iguales a los de la familia y, aún más, muchas veces pueden ser divergentes⁹¹.

Asimismo, para tratar de dilucidar la tensión existente entre el interés de la familia y el interés del cónyuge no propietario, Rosso apunta al proyecto de Ley que introdujo la institución de los bienes familiares a nuestro sistema jurídico. Así indica que “el mensaje acompañado al proyecto comienza diciendo que se “considera un

⁸⁹ BARROS Bourie, Enrique. “Familia y personas”. En: Leonor Etcheverry Court “et al”. Familia y personas, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991. p. 130.

⁹⁰ Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 69.

⁹¹ ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, pp. 70-71.

deber ineludible proponer modificaciones legales que permitan la efectiva vigencia, dentro del ordenamiento jurídico chileno, del principio constitucional de igualdad ante la Ley referido a la mujer, con la finalidad de establecer el completo respecto a su dignidad ciudadana y proteger, *de este modo*, la estabilidad de la familia”. Y por tanto concluye: “(...) pensamos firmemente que en la discusión del proyecto no se tuvieron presente los problemas de la familia, sino los de la mujer o de la mujer que se queda con los hijos en situaciones de crisis matrimonial. De haberse realmente tenido en cuenta los intereses de los hijos, existirían normas en su favor, lo que no ocurre”⁹².

3.2. Fines ante la jurisprudencia.

Como es natural, la gran mayoría de los fallos se inclinan por la misma posición dominante en la doctrina. Para el grueso de nuestra jurisprudencia, la institución de los bienes familiares tiene por objeto proteger a la familia amparando su hogar⁹³. De esta manera, por ejemplo, la I. Corte de Apelaciones de Concepción en fallo de fecha 24 de Mayo de 2010 destaca en su Considerando Primero que con el estatuto en comento: “(...) se persigue asegurar a la familia un hogar físico estable donde sus integrantes puedan desarrollar su vida con normalidad, aún después de disuelto el matrimonio”⁹⁴.

Sin embargo, es posible encontrar determinadas decisiones judiciales que hacen eje en la protección del cónyuge no propietario a la hora de resolver las causas sometidas a su conocimiento. Por ejemplo, conociendo de un recurso de casación en la forma y en el fondo en causa que llevó por carátula Luque con Bobadilla, nuestra Excelentísima Corte Suprema parece haber seguido tal camino. En la especie, la cónyuge – quien estaba separada de su marido – demandó ante el 2º Juzgado Civil de

⁹² *Ibíd.*

⁹³ En este sentido se ha pronunciado nuestra Excelentísima Corte Suprema en Sentencia de fecha 31 de Mayo de 2007, en causa Rol 1245-2007, Considerando Tercero; también en sentencia fechada a 21 de Septiembre de 2009 en causa Rol 5275-2009, Considerando Quinto; así como en sentencia que lleva por fecha 4 de Mayo de 2009 en causa Rol 1968-2009, Considerando Primero; como, finalmente, en sentencia de 15 de Abril de 2009, en causa rol 1086-09 Considerando Séptimo.

⁹⁴ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, González con Rojas, Recurso de Apelación, Rol n° 98-2010, 24.05.2010.

Arica la declaración de bien familiar sobre el inmueble de propiedad de su marido y que a la postre habitaba sola. El matrimonio no tenía hijos. En primera instancia, la demanda fue rechazada, siendo revocada tal decisión por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de la misma ciudad. Contra tal decisión se alzó el demandado, como ya se adelantó, con recursos de casación en la forma y en el fondo.

El recurrente alegaba que la circunstancia de no haber tenido hijos implicaba la inexistencia de la familia, toda vez que los cónyuges se encontraban separados de hecho. Por su parte, la Excelentísima Corte Suprema, citando con aprobación un Considerando de la sentencia de la Corte de Arica, indicó que para definir tal no era necesaria la existencia de hijos. Sin embargo, a la hora de decidir señaló también, en el Considerando Décimo primero que:

“(…) la finalidad de esta institución – la de los bienes familiares – es la de proteger al cónyuge no propietario de las eventuales enajenaciones o gravámenes que el dueño pueda hacer del bien que sirve de residencia principal a la familia”.

“La misma idea de protección al cónyuge se encuentra en la regla 10ª del artículo 1337 del Código Civil, a propósito de la partición de bienes, en virtud de la cual el cónyuge sobreviviente tiene derecho a que su cuota hereditaria se entere con preferencia mediante la adjudicación a favor suyo de la propiedad del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como la del mobiliario que lo guarnece, siempre que ellos formen parte, del patrimonio del difunto. Con la misma finalidad, la Ley permite establecer a favor del cónyuge, haya o no hijos, derechos de usufructo, uso o habitación (artículo 147 del Código Civil y artículo 9º de la Ley 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias)”⁹⁵.

Como bien puede notarse, no existe una posición tan radical como la sostenida por autores como Court o Rosso, en tanto la E. Corte intentó fundar su decisión en la familia, argumentando que la falta de hijos no supone la inexistencia de la misma. Sin

⁹⁵ Excelentísima Corte Suprema, Luque con Bobadilla, Recurso de Casación en la forma y en el fondo, 31.5.2004, RDJ, T.CI (2004), sec. 1ª, 131-134.

embargo, a la hora de resolver el asunto indicó expresamente que el fin general de la institución es el de proteger al “cónyuge no propietario” y no a la familia considerada en su conjunto. Ahora bien, a favor de la decisión de la Corte es necesario señalar que la familia en el caso concreto se identificaba con el cónyuge no propietario, por lo que no parece prudente extremar su posición hacia el sector de los autores ya indicados.

Precisamente, esta decisión manifiesta la complejidad y la contradictoriedad que presenta la regulación legal de la institución en nuestro país: la tensión existente entre la protección del cónyuge no propietario y la de la familia.

3.3. Síntesis crítica de los fines de la institución.

De la exposición del problema precedentemente señalado, se vuelve evidente la necesidad de una reforma legal en la materia. Estimamos que el fin del legislador reside precisamente en la protección de la familia considerada como un todo. Si bien es cierto que el resguardo específico en cuanto a los efectos del estatuto se radica en el cónyuge no propietario, no es menos cierto también que los presupuestos básicos para que determinado bien pueda ser declarado familiar se relacionan ineludiblemente con la familia y con el inmueble que le sirve de residencia principal. Así las cosas, proteger la incolumidad del grupo familiar por medio de la limitación de las facultades de disposición que el propietario tiene sobre un bien declarado como familiar, aparece como la gran columna vertebral de la institución.

Por ello, es necesario que dentro de los efectos ya señalados se incorporen a los hijos como titulares de derechos dentro del núcleo familiar, toda vez que los intereses del cónyuge no propietario no necesariamente coinciden con los de la familia.

4. Concepto sustantivo de los bienes familiares.

Una vez ya analizados críticamente los fines y fundamentos de los bienes familiares es posible introducir una definición sustantiva de los mismos. Así las cosas, los bienes familiares son aquellos bienes a los cuales el legislador les asigna una

función específica dentro de la vida familiar, lo que se desprende de que son absolutamente necesarios para el adecuado desarrollo de este grupo. Por esta razón, el estatuto en comento tiene una finalidad eminentemente protectora, manifestándose dicha protección en la limitación a la facultad de disposición y de celebración de determinados actos jurídicos que establece el legislador sobre el cónyuge propietario y en el beneficio de excusión. Sin embargo, la mera declaración de bien familiar, no otorga el derecho ni al cónyuge no propietario ni a los hijos, de habitar el inmueble en cuestión. En virtud de lo anterior, el legislador establece la posibilidad de constituir gravámenes de usufructo, uso o habitación sobre estos bienes y, de esta manera, se protege tanto la titularidad matrimonial de los bienes y se satisfacen las necesidades de habitación del grupo familiar.

5. Naturaleza jurídica de la institución.

Se ha discutido en la doctrina y en la jurisprudencia si la institución tiene o no una naturaleza alimenticia. Para analizar el problema es necesario dividirlo en tres niveles. El primero, se refiere específicamente a la naturaleza jurídica de la institución propiamente tal. El segundo, se refiere a la naturaleza jurídica de los derechos reales que pueden constituirse sobre los bienes familiares. El tercero los engloba a ambos, ya que aun en el caso en que se considerase que la respuesta es negativa en los dos niveles ya señalados; ¿podría argumentarse que las facultades económicas del cónyuge propietario del bien familiar se han visto disminuidas producto de la declaración/constitución? ¿Es éste un elemento a considerar a la hora de determinar las capacidades económicas con miras a futuras demandas de alimentos?

5.1. Naturaleza jurídica de la institución propiamente tal.

Al respecto, cabe destacar que los bienes familiares comparten con los alimentos que se deben su fundamento último: “el levantamiento de las cargas de familia”. Sin embargo, la doctrina ha destacado que el estatuto analizado no tiene propiamente una naturaleza alimenticia. Por ende, como señaló pertinentemente la

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, se trata de “instituciones distintas pero relacionadas”⁹⁶.

De esta opinión es el profesor Corral quien indica, a su vez, que a la institución de los bienes familiares no “(...) deben añadirse requisitos no establecidos en las normas propias y que provienen del estatuto de los alimentos legales”⁹⁷. En este sentido se inclina también la mayor parte de la jurisprudencia.

Como bien puede notarse, la respuesta a la pregunta formulada es fundamental, toda vez que de ella depende muchas veces la concesión o denegación de las demandas de declaración de bienes familiares que se interponen ante nuestros Tribunales de Familia. Debido a esta importancia práctica, el problema ha tenido una praxis jurisprudencial bastante nutrida.

En este sentido, los fallos que se refieren al problema pueden agruparse entre aquellos que lo hacen directamente y aquellos que lo hacen indirectamente. Los primeros toman partido explícitamente por una posición (para ellos, los bienes familiares tienen o no naturaleza alimenticia). Los segundos, por su parte, tratan el problema indicando que cuestiones como el “estado de necesidad” o “la capacidad económica de las partes” resultan o no relevantes a la hora de pronunciarse acerca de la afectación.

Dentro del primer grupo de fallos, cabe resaltar el siguiente, que encontró criterios dispares en segundo grado y en sede de casación.

En efecto, en la sentencia recaída en causa caratulada McRostie con Abarzúa⁹⁸, la I. Corte de Apelaciones de Santiago destacó la institución de los bienes familiares tiene “un carácter alimenticio especialmente de protección de la familia frente

⁹⁶ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, Munilla con Rossi, Apelación Sentencia definitiva, Rol N° 941-2001, 9.9.2004, Considerando primero.

⁹⁷ CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 57.

⁹⁸ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, McRostie con Abarzúa, Recurso de Casación en la forma y apelación, Rol N° 7818-1999, 10.10.2001.

a terceros acreedores (...)” (Considerando Sexto). Dilucidada la naturaleza jurídica del estatuto, el Tribunal procedió a analizar la situación patrimonial de los cónyuges (Considerando Séptimo). En dicho momento, estimó especialmente relevante que la cónyuge no propietaria recibía una pensión de alimentos de su marido (bastante abultada) y que, además, habitaba el inmueble cuya afectación se solicitaba con dos hijos mayores de edad que tenían ingresos propios. Por dichas consideraciones, la Corte rechazó la demanda.

Contra tal decisión, se alzó la demandante con recurso de casación en el fondo. Conociendo del mismo, la E. Corte Suprema se dio a la tarea de dilucidar la naturaleza jurídica de la institución de los bienes familiares mediante el análisis del artículo 141 del Código Civil. Al efecto, indicó en el Considerando Tercero del fallo, que:

“(...) lo que exige esta norma para la procedencia de la declaración de bien familiar es la existencia de un inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges, y que éste sirva de residencia principal de la familia, no siendo necesario analizar la situación patrimonial de los componentes de la familia, ni otros aspectos relacionados con ella, como la edad de los hijos que habitan la propiedad demandada como bien familiar”.

Haciendo eje en los elementos considerados por la sentencia de segundo grado (la capacidad económica de la demandante, así como de los hijos que habitaban el inmueble junto a ella) destacó, en su Considerando Quinto:

“Que, al razonar en la forma antes señalada, la sentencia ha cometido errores de derecho, infringiendo el artículo 141 del Código Civil, pues ha incorporado elementos no contemplados en dicha disposición para la declaración de bien familiar, exigiendo la concurrencia de requisitos que el legislador no estableció, y que son propios de otra institución como son los alimentos, con los cuales el bien familiar tiene cierta relación y cercanía, pero sin confundirse con ellos, ni mucho menos para establecer a su respecto exigencias que la Ley no ha contemplado (...)”.

Por dichas razones, acogió el recurso de la demandante y dio curso a la demanda de declaración de bien familiar. El argumento central de nuestro Tribunal Supremo a la hora de determinar la naturaleza jurídica de la institución, consistió en destacar que el legislador no exigió ninguno de los requisitos propios del derecho de alimentos a la hora de reglar el estatuto de los bienes familiares. Precisamente por ello estimó que el estatuto de los bienes familiares no tiene un carácter alimenticio.

Por otro lado, dentro del segundo grupo de fallos, destacamos dos; los cuales sin referirse expresamente a la naturaleza jurídica de la institución, determinan que no es necesario analizar la situación patrimonial de las partes para decidir si el bien es o no afectado como familiar.

Así, en causa caratulada Rodríguez con Galleguillos⁹⁹, la I.Corte de Apelaciones de Santiago destacó, en su Considerando Quinto:

“Que no es óbice para solicitar semejante declaración el hecho de que la actora sea titular de un derecho de usufructo sobre un inmueble que se encuentra en otra ciudad, porque las normas jurídicas que reglamentan esta institución no establecen tal impedimento, y tratándose de disposiciones de orden público, su interpretación es restrictiva”.

El mismo criterio fue seguido por nuestra E. Corte Suprema, en causa caratulada Luque con Bobadilla¹⁰⁰. Refiriéndose al artículo 141 de nuestro Código Civil, nuestro Tribunal Supremo indicó, en su Considerando Décimo:

“(…) lo que exige esta norma para la procedencia de la declaración de bien familiar es la existencia de un inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges, y que este sirva de residencia principal de la familia, no siendo necesario analizar la

⁹⁹ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rodríguez con Galleguillos, Recurso Apelación Sentencia definitiva, Rol N° 1124-1999, 11.5.2000.

¹⁰⁰ Excelentísima Corte Suprema, Luque con Bobadilla, Recurso de Casación en la forma y en el fondo, 31.5.2004, RDJ, T.CI (2004), sec. 1ª, 131-134.

situación patrimonial de los componentes de la familia, ni otros aspectos relacionados con ella, como la ausencia de hijos”.

En suma, la jurisprudencia y la doctrina rechazan el supuesto carácter alimenticio de la institución al analizar el articulado que regula los bienes familiares. De esta manera – concluyen – que el legislador no exigió ninguno de los elementos que son propios de la obligación alimenticia a la hora de configurar el estatuto. No podemos sino manifestar nuestro acuerdo con dichas posiciones.

Cuestión distinta resulta considerar si esta posición es la correcta a la luz de una futura reforma de la institución. En nuestra opinión, éste es uno de los puntos en los cuales el legislador no se ha equivocado.

5.2. Naturaleza alimenticia de la constitución de derechos sobre un inmueble declarado como bien familiar.

Resulta más complejo analizar la situación de los derechos de usufructo que pueden constituirse sobre los bienes familiares. Previo a tratar el problema, es necesario atender a lo dispuesto por el inciso primero del artículo 147 de nuestro Código Civil:

“Durante el matrimonio el juez podrá constituir, prudencialmente, a favor del cónyuge no propietario, derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares. En la constitución de esos derechos y en la fijación del plazo que les pone término, el juez tomará especialmente en cuenta el interés de los hijos, cuando los haya, y las fuerzas patrimoniales de los cónyuges”.

De este modo, el legislador exige que para constituir dichos derechos, el juez tome en consideración tanto el interés de los hijos (cuando los haya) como las fuerzas patrimoniales de los cónyuges. Precisamente por este último elemento (y por otras razones) cierto sector de la doctrina indica que la constitución de los derechos contemplados en la norma ya mencionada tiene una naturaleza alimenticia.

En este sentido se pronuncian los profesores Ramos Pazos y Pablo Rodríguez. El primero sostiene que ello no puede desconocerse en tanto “el tribunal para su constitución debe considerar las fuerzas patrimoniales de los cónyuges”, así como lo confirma el hecho “que los acreedores del cónyuge beneficiado no los puedan embargar (...)”¹⁰¹. Por su parte, el profesor Rodríguez indica que la institución no solo tiene dicha naturaleza sino que, aún más, el legislador debió haber incorporado expresamente el contenido de los artículos 329, 134 y 160 del Código Civil a la regulación de estos gravámenes¹⁰².

De opinión distinta es Hernán Corral, ya que da a entender que opinar de otra forma supondría tornar la norma innecesaria, toda vez que la “constitución de derechos reales” de naturaleza alimenticia se encuentra reglada por el artículo 9 de la Ley N° 14.908, disposición que no fue derogada por la Ley 19.335¹⁰³.

En efecto, la norma en comento dispone que:

“El juez podrá también fijar o aprobar que la pensión alimenticia se impute total o parcialmente a un derecho de usufructo, uso o habitación sobre bienes del alimentante, quien no podrá enajenarlos ni gravarlos sin autorización del juez”.

Vale decir, nuestro ordenamiento jurídico habría considerado expresamente en otro lugar, la constitución de gravámenes de carácter alimenticio. En dicho caso, deberán analizarse los requisitos propios de tal institución, a saber; la capacidad económica del alimentario y del alimentante, el título y el estado de necesidad.

El profesor Corral indica también que el inciso quinto del mismo artículo (modificado por la Ley 19.947) entrega más luces en la materia:

¹⁰¹ RAMOS Pazos, René. *Op. Cit.*, p. 367.

¹⁰² Cfr., RODRÍGUEZ Grez, Pablo. *Op. Cit.*, p. 297.

¹⁰³ Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. *Bienes Familiares... Op. Cit.*, p. 91.

“Cuando el cónyuge alimentario tenga derecho a solicitar, para sí o para sus hijos menores, la constitución de un usufructo, uso o habitación en conformidad a este artículo, no podrá pedir la que establece el artículo 147 del Código Civil respecto de los mismos bienes”.

De esta manera, la norma parece indicar que en la medida que exista título, que exista estado de necesidad y que el alimentante se encuentre en condiciones de satisfacer las necesidades del alimentario, lo que procede es que se soliciten los gravámenes establecidos en la Ley N° 14.908 y no los propios del artículo 147 del Código Civil.

Estimamos correcta la posición del profesor Corral. En primer término, porque la Ley no exige todos y cada uno de los requisitos propios de los alimentos para la constitución de usufructos o derechos de uso y habitación sobre bienes familiares. Aún más, la fórmula de la Ley es genérica y se refiere únicamente a las “fuerzas patrimoniales de los cónyuges” lo que no es sinónimo necesariamente de “estado de necesidad” ni de “capacidad económica del alimentante”. A ello cabe agregar, por cierto, que los derechos del artículo 147 del Código Civil pueden constituirse sólo respecto del cónyuge no propietario (y no de los hijos); así como que también, requieren para su aplicación la existencia de un bien inmueble declarado como familiar¹⁰⁴.

Esta ha sido la posición mayoritaria presentada por nuestra jurisprudencia. Empero, cabe reconocer que existen casos en los cuales nuestros Tribunales han tomado el camino seguido por los profesores Ramos y Rodríguez.

¹⁰⁴ Cabe destacar, que una discusión similar se ha dado respecto a la naturaleza jurídica de la compensación económica. En efecto, los puntos de contacto entre esta institución y el derecho de alimentos, existen, al igual que en los bienes familiares. De esta manera, el inciso primero del artículo 62 de la Ley 19.947 del año 2004, considera apropiado del cálculo y la existencia del menoscabo económico (presupuesto fundamental de la compensación económica) entre otros elementos, la situación patrimonial de ambos cónyuges. La doctrina mayoritaria señala que la institución en comento no tiene una naturaleza alimenticia. Cfr. RAMOS Pazos, René. *Op. cit.*, pp. 123-124.

Así lo hizo la I. Corte de Apelaciones de Concepción, en fallo fechado a 24 de Mayo de 2010¹⁰⁵. En la especie, el Tribunal de Segundo grado siguió exactamente los mismos argumentos sostenidos por el profesor Ramos Pazos, pero agregó además, en su Considerando Noveno:

“Que, es un hecho de la causa que se reguló una pensión de alimentos a favor de la actora y sus hijos, acordada por las partes en julio de 2009, y que la petición de constitución del usufructo persigue un aumento de la referida pensión que no puede intentarse por esta vía y por esa razón no puede accederse a la demanda en los términos planteados. De este modo, carece de trascendencia la prueba aportada sobre el punto”. Por ello rechazó la solicitud del usufructo.

Resulta realmente sorprendente la posición del citado tribunal pues parece indicar que la solicitud de constitución de usufructo sobre un bien declarado como familiar debería efectuarse no en el mismo procedimiento de afectación sino que en un procedimiento de “aumento de pensión de alimentos”. A nuestro juicio, la decisión anterior carece de toda lógica.

Como ya indicamos, la jurisprudencia mayoritaria declara que la constitución de los gravámenes del artículo 147 CC no tiene una naturaleza alimenticia. Así, por ejemplo, nuestra E. Corte Suprema en fallo fechado a 16 de Agosto del año 2000¹⁰⁶, señaló en su Considerando Cuarto:

“Que de la norma transcrita se desprende que ella no es de naturaleza propiamente alimenticia y no constituye tampoco una simple repetición del artículo 11 de la Ley N° 14.908, pues mientras esta última tiene como fin asegurar el pago de una pensión de alimentos, aquélla, en cambio, se ha establecido en beneficio de la familia, aun cuando no exista discusión acerca de las necesidades económicas del cónyuge (...)”.

¹⁰⁵ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, González con Rojas, Recurso de Apelación, Rol n° 98-2010, 24.05.2010.

¹⁰⁶ Excelentísima Corte Suprema, Morales con Lizama, Recurso de Casación en el fondo, Rol N° 3871-1999, 16.8.2000.

Agregó a su vez, en el Considerando Quinto:

“Que en consecuencia, al no tener el artículo 147 del Código Civil un fundamento de carácter alimenticio, como si lo tiene el artículo 11 de la Ley N° 14.908, y ser, además, distintos sus objetivos, no es aplicable al caso de autos la limitación que contiene el artículo 10 de esta última Ley, lo que no impide al alimentante ejercer el derecho que le otorga el inciso final de la misma disposición legal, de pedir, en la sede que corresponda, la reducción del monto de la pensión alimenticia a que está obligado, si estima que han variado las circunstancias existentes al momento en que ésta fue fijada” (énfasis agregado).

Tal y como salta a la vista, la Corte no sólo se limitó a indicar que la institución analizada no tiene una naturaleza alimenticia, sino que introdujo también un nuevo elemento; lo que denominamos el “efecto patrimonial” de la constitución de derechos de usufructo o de uso habitación sobre un bien raíz declarado como familiar.

5.3. El efecto patrimonial de la constitución de los gravámenes.

En nuestra opinión, la constitución de los gravámenes del artículo 147 del Código Civil supone, en determinados casos, un deterioro de las facultades económicas del cónyuge propietario. Ello, claro está, si éste no habita el inmueble afectado como familiar. Pero aún más, la circunstancia en cuestión supone también un beneficio para el cónyuge no propietario, así como para los hijos comunes, que despunta de la satisfacción de sus necesidades de vivienda. En este sentido, lo que suele ser una ganancia para uno, suele, a su vez, ser una pérdida para otro.

Por estas razones, y pese a que no estimamos que estos gravámenes tengan naturaleza alimenticia en caso alguno, consideramos que su constitución tendrá un efecto patrimonial directo el que se verá reflejado tanto en el estado de necesidad del alimentario como en las capacidades económicas del alimentante. Por lo tanto, influirá, en definitiva, en la fijación del monto de la pensión de alimentos que, en su caso, se deba y decrete.

En este sentido no sólo se ha pronunciado nuestra E. Corte Suprema en la sentencia ya indicada al final del acápite anterior, sino también la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta, en fallo fechado a 13 de Agosto de 2.010¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Cfr., Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta, Astudillo con Araya, Recurso de Apelación Sentencia definitiva, Rol N° 158-2010, 13.8.2010.

CAPÍTULO III. BIENES QUE PUEDEN SER DECLARADOS COMO FAMILIARES.

1. Generalidades.

Los bienes susceptibles de ser declarados familiares son el inmueble que sirve de residencia principal de la familia, los muebles que la guarnecen y los derechos o acciones de los cónyuges en sociedades propietarias del inmueble que sirva de residencia principal a la familia.

En cuanto al catálogo precedente, la profesora Fabiola Lathrop, considera que éste es bastante restringido. Ello tiene que ver – indica – con el fin que el legislador imprimió en el estatuto: resguardar el *hogar físico* de la familia, “(...) descartándose, sin embargo, la hipótesis de que el bien objeto de declaración sirva, por ejemplo, de sustento para la familia”¹⁰⁸.

En este capítulo analizaremos la situación de cada uno de los bienes que puede ser objeto de afectación.

2. El Inmueble que sirve de residencia principal a la familia.

El inciso primero del artículo 141 de nuestro Código Civil dispone que:

“El inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges que sirva de residencia principal de la familia, y los muebles que la guarnecen, podrán ser declarados bienes familiares y se regirán por las normas de este párrafo, cualquiera sea el régimen de bienes del matrimonio”.

Los elementos que se desprenden de esta disposición, así como los problemas de los cuales se ha hecho cargo la doctrina y la jurisprudencia se refieren a:

¹⁰⁸ LATHROP Gómez, Fabiola. Bienes familiares... *Op. Cit.*, p. 4.

- a. El alcance de la expresión “inmueble” contemplada por el estatuto.
- b. La posibilidad de afectación de un bien inmueble incorporal.
- c. La propiedad del inmueble.
- d. La unidad de la afectación del inmueble.
- e. El alcance de la expresión “residencia principal de la familia”.
- f. La posibilidad de afectación parcial del inmueble.

2.1. El alcance de la expresión “inmueble” contemplada por el estatuto.

El problema se presenta al considerar los bienes que caben dentro de la expresión “inmuebles” utilizada por el legislador en el artículo 141 del Código Civil.

De acuerdo al profesor René Ramos Pazos, el inmueble que podrá ser afectado deberá serlo necesariamente por naturaleza. Así, cita con aprobación un fallo de la I. Corte de Apelaciones de Concepción el cual determinó que no es posible afectar una vivienda (inmueble por adherencia) construida en sitio ajeno. De esta manera concluye el autor ya mencionado que “dicho fallo se funda en lo dispuesto en los artículos 141 y 145, que establecen la necesidad de practicar anotaciones al “margen de la inscripción respectiva”, lo que sólo es posible cumplir tratándose de inmuebles por naturaleza”¹⁰⁹. Dicho de otro modo, la propiedad del terreno en el cual se construye la edificación que servirá efectivamente de residencia principal a la familia, debe necesariamente estar radicada en el patrimonio de cualquiera de los cónyuges.

Algo más exigente es la posición del profesor Gian Franco Rosso. De acuerdo a éste, la expresión “inmueble” contemplada en el artículo 141 de nuestro Código Civil debe ser entendida en un sentido “vulgar” y no legal. Así, en su opinión, los inmuebles cobijados por el estatuto se restringen, específicamente, a aquellos inmuebles por adherencia que estén “naturalmente” (por sus propias características) destinados a la habitación¹¹⁰. De esta manera, no basta un inmueble por naturaleza, sino que debe

¹⁰⁹ RAMOS Pazos, René. *Op. Cit.*, p. 352.

¹¹⁰ Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.* pp. 79-80.

haberse construido necesariamente uno por adherencia con las características específicas ya indicadas. Así las cosas, descarta aquellos que no estén naturalmente destinados a servir de habitación, como un contenedor, un garaje, un establo o un galpón, todos acondicionados como vivienda¹¹¹.

El profesor Gian Franco Rosso funda su opinión en que el legislador, al haber utilizado la expresión “inmueble”, quiso eliminar el problema existente en el derecho comparado, “(...) en cuanto a determinar si los muebles que sirven de habitación también están protegidos por el legislador. Ello porque en España, Francia, Bélgica, Quebec (Canadá), etc., la Ley utiliza la expresión vivienda familiar, en virtud de la cual es posible que se encuentren comprendidos los muebles que son utilizados como tal”¹¹². Así, concluye que “(...) con el fin de dejar en claro que en nuestro ordenamiento jurídico se excluyen de la protección los muebles habitables, se empleó la expresión inmueble, sin que se reparara en que pueden haber bienes que naturalmente son muebles, pero que jurídicamente, por su destinación, adquieren el carácter de inmuebles, lo que podría dar lugar a que se piense que dichos objetos pueden ser declarados como familiares”¹¹³. Como bien señala la profesora Hübner, en nuestro ordenamiento jurídico quedaría excluida de esta manera gran parte de la población gitana¹¹⁴.

Haciendo una síntesis de las dos posiciones centrales comentadas, es posible concluir que la propiedad sobre el inmueble que sirve de residencia principal a la familia es una condición necesaria pero no suficiente para la afectación. A ello cabría agregar que se requiere que ese inmueble por naturaleza cuente con una edificación (inmueble por adherencia) que por sus propias características sea de aquellas que sirven para la habitación.

¹¹¹ Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.* p. 80. En el mismo sentido se pronuncia el profesor Corral. Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. *Bienes Familiares... Op. Cit.*, p. 59.

¹¹² ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 80.

¹¹³ *Ibíd.*

¹¹⁴ Cfr., HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 110.

2.2. La Posibilidad de afectación de un inmueble incorporal.

El profesor Hernán Corral indica que el bien inmueble a afectar, necesariamente, debe ser corporal. Para fundar su opinión apunta con aprobación un fallo de la Corte Suprema, donde se confirmó “la exigencia de que se trate de una cosa corporal, con motivo de un caso en que se pedía la afectación como familiar de un derecho real de usufructo recaído sobre un departamento (C. Sup., 12 de marzo de 2002, RDJ, t. 99, sec 1ª, p. 33)”¹¹⁵.

El mencionado profesor no indica el razonamiento seguido por nuestro Tribunal supremo en este punto. Si se consulta el fallo directamente es posible leer en su Considerando Cuarto lo que sigue:

“Que, aun cuando es cierto que en el ámbito del artículo 141 del Código Civil resulta posible afectar con la declaración de bien familiar tanto los muebles como los inmuebles, con estricto apego a su texto y sentido, lo es igualmente que en ambas situaciones es siempre necesario que se trate cosas de naturaleza corporal. En efecto, no puede ser de otra forma puesto que solo los bienes que revisten esa calidad de corporales son susceptibles de constituir "residencia principal de la familia" o de "guarnecerla", en su caso, como lo exige la disposición legal en comento”¹¹⁶.

Como salta a la vista, el argumento central de la Corte, a propósito de la exclusión del derecho real de usufructo recaído sobre un bien inmueble del listado de los bienes que pueden ser declarados como familiares, es que éste no puede servir en ningún caso de “residencia principal de la familia” en tanto es un bien de naturaleza incorporal. La decisión de nuestro Tribunal supremo nos parece bastante desafortunada pues no atiende a los fines de la institución ni al rol específico que cumple el derecho de usufructo en estos casos. Si se analiza con mayor profundidad el problema bien cabe preguntarse: ¿Qué otra función tiene el derecho de usufructo sino permitir que su titular goce de un bien determinado? Y aún más, si el bien es inmueble,

¹¹⁵ CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 59.

¹¹⁶ Excelentísima Corte Suprema, Steffen con Pérez, Casación en el fondo. 12.03.2002.

y si el titular del derecho en cuestión lo habita junto a su familia sin tener más propiedades que esa; ¿la familia quedará desprotegida aun cuando exista en el patrimonio de uno de sus miembros un derecho a gozar – en este caso a habitar - un inmueble determinado? En caso de no mediar afectación de este derecho real, su propietario no tendría inconveniente alguno en enajenarlo y en dejar así al resto de la familia en la más absoluta desprotección.

Para descartar la afectación del derecho de usufructo puede esgrimirse otro argumento más: el artículo 141 exige que la propiedad del inmueble se encuentre radicada en el patrimonio de cualquiera de los cónyuges, cuestión que, a primera vista, no se cumpliría en el caso en comento. Tampoco este segundo argumento nos parece concluyente. Ello en tanto salta a la vista que el derecho de usufructo constituido sobre un bien raíz debe considerarse también inmueble (cfr., art. 580 CC); y si es de propiedad de cualquiera de los cónyuges, nada obstaría que fuera declarado como familiar.

A mayor abundamiento, si se fuera riguroso con el tenor literal del artículo 141, habría que reconocer así sin más, que podrían afectarse *toda clase de bienes inmuebles* sin distinción. Entonces, si no se es riguroso ahí ¿Por qué serlo en esta sede? Como ya hemos señalado, la mayoría de la doctrina milita por un fin específico de la institución, el que corresponde a la protección de la familia fundada en el matrimonio, asegurando en último término la incolumidad del grupo familiar, protegiendo bienes que presentan una función esencial en la vida cotidiana de la familia. ¿No sería este el caso del derecho de usufructo constituido sobre un bien raíz?

Por todo ello, estimamos que la solución que más se aviene con los fines de la institución es aquella que permite la afectación de derechos de usufructo sobre inmuebles que sirvan de residencia principal de la familia. Sin embargo, creemos que el legislador debería resolver específicamente este punto, incorporando expresamente al catálogo de los artículos 141 y 146 del Código Civil, los derechos de usufructo ya

mencionados. Cabe destacar que el Proyecto de Ley que modificaba el régimen de bienes del matrimonio consideraba esta situación expresamente¹¹⁷.

2.3. La Propiedad del inmueble.

De acuerdo a la profesora Fabiola Lathrop el inmueble debe pertenecer, necesariamente, a uno de los cónyuges, no considerando el artículo 141 la copropiedad de los cónyuges sobre un mismo inmueble¹¹⁸. Sin embargo, cierto sector de la doctrina considera que los inmuebles tenidos en copropiedad por los cónyuges bien podrían resultar afectados¹¹⁹.

A dicho problema cabe agregar otro: el caso de un inmueble de propiedad común entre un cónyuge y un tercero ¿Podrá ser declarada la cuota del cónyuge como bien familiar? De seguirse el razonamiento de nuestro Tribunal Supremo respecto del derecho real de usufructo, forzoso sería concluir que no, toda vez que esta “cuota” no puede servir de residencia principal a la familia en tanto se trata de un bien incorporal. Tal y como señalamos en el acápite respectivo, estimamos que esta respuesta no es satisfactoria a la luz de los fines del estatuto.

La doctrina en este punto está dividida. Si bien los autores que hacen referencia al problema (entre ellos los profesores Hernán Corral¹²⁰, Ana María Hübner¹²¹ y Gian Franco Rosso¹²²) indican que en la historia de la tramitación de la Ley 19.335 se estableció que ello era posible, no todos están de acuerdo. Por ejemplo, el profesor Corral indica que: “el inmueble debe ser de propiedad de cualquiera de los cónyuges. Nos parece que no se cumpliría este requisito si se trata de un bien de propiedad

¹¹⁷ Cfr., LATHROP Gómez, Fabiola. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, pp. 4-5.

¹¹⁸ Cfr., LATHROP Gómez, Fabiola. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 4.

¹¹⁹ En este sentido, por ejemplo, Hübner indica: “Es indispensable que se trate de un bien que pertenezca a uno de los cónyuges, o a ambos, o que se tenga a través de una sociedad, o sea, a las cuotas que les corresponden en esta, protegiéndose un bien incorporal”. HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 109.

¹²⁰ Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 60.

¹²¹ Cfr., HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 108.

¹²² Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, pp. 99-101.

común entre un cónyuge y un tercero”¹²³. Cabe destacar que para fundar su posición no esgrime argumento alguno.

Quien sí se sirve de argumentos en este sentido es la jurisprudencia, la que concuerda con el profesor Corral. Así se ha pronunciado la I. Corte de Apelaciones de la Serena, en fallo fechado a 29 de noviembre de 2010¹²⁴, donde destacó que no es posible afectar la cuota de uno de los cónyuges sobre el inmueble que sirve de residencia principal a la familia en el caso de copropiedad entre uno de los cónyuges y terceros. Así, el Tribunal de segunda instancia señaló en su Considerando Cuarto:

“Que de los hechos que se han tenido por probados precedentemente no resulta acreditado el requisito en que se funda la acción en virtud de la cual se pretende que un inmueble sea declarado bien familiar, consistente en que sea un inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges; atendido que sobre el bien que sirve de residencia principal a la familia sólo le corresponde al demandado un derecho limitado como es el de comunero en una cosa en que también aparecen teniendo derechos otras dos personas. De lo dispuesto en el artículo 141 del Código Civil resulta claro que se alude a un inmueble que pertenezca a los cónyuges, lo que excluye a un bien raíz en que además de uno de los cónyuges tengan derechos terceros distintos a aquellos, como sucede en el presente caso”.

De esta manera, la Corte entendió que la expresión contenida en el artículo 141 “inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges” excluía, a su vez, aquellos casos en los que existiera copropiedad entre un cónyuge y un tercero. Sin embargo, este no fue el único argumento utilizado por el mencionado Tribunal. Señaló también en el Considerando Quinto de la citada sentencia:

“Que sin perjuicio de lo antes señalado, es el parecer de estos sentenciadores, que no resulta posible interpretar analógicamente la norma del artículo 146 del Código

¹²³ CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 60.

¹²⁴ Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, Toro con Zoffoli, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 218-2010, 29.11.2010.

Civil, que permite que también pueda ser declarado bien familiar un inmueble que sea residencia principal de la familia y que pertenezca a una sociedad en que los cónyuges tengan acciones o derechos, en atención a que al operar la partición y con ello el efecto declarativo de las adjudicaciones (artículo 1344 del Código Civil), podrá en el caso de un bien que corresponde a una comunidad, burlarse la afectación del bien. Además resulta claro que en el caso de bienes raíces que pertenezcan a sociedad a que alude la norma del artículo 146, antes citado, la afectación del bien se hace por medio de una declaración de cualquiera de los cónyuges contenida en la escritura pública, a diferencia de la regla general, contenida en el artículo 141 del Código Civil en que se hace uso del procedimiento judicial ante el juzgado de familia competente”.

En el particular, como salta a la vista, la Corte indicó que no procedía interpretar por analogía la disposición contenida en el artículo 146, que posibilita la afectación de un bien incorporal (los derechos o acciones que cualquiera de los cónyuges tenga sobre una sociedad propietaria del inmueble que sirve de residencia principal a la familia). Su argumento se fundaba en el efecto declarativo de las adjudicaciones.

Estimamos que las razones esgrimidas por el Tribunal en el fallo en comentario no son concluyentes. En primer término, porque parece ser la Corte la que exige un requisito no contemplado por el legislador: La propiedad “exclusiva” sobre el inmueble que sirve de residencia principal de la familia. Por otro lado, a propósito del efecto declarativo de las adjudicaciones, cabe destacar – como se verá más adelante – que, por ejemplo, en el caso de ventas forzadas por la justicia, se produce la desafectación del bien en cuestión, de pleno derecho, situación que, en nuestra opinión, se produciría también en el caso de la adjudicación a una persona distinta del cónyuge comunero.

Así, en este punto, estamos de acuerdo con el profesor Gian Franco Rosso, quien señala que sería perfectamente posible afectar la cuota del cónyuge sobre el inmueble que sirve de residencia principal de la familia. Para ello, el profesor señalado enarbola dos argumentos: a) en primer lugar, indica que en el caso el legislador no ha

distinguido, por lo que al intérprete no le sería lícito hacerlo; b) en segundo, apela a la ya señalada historia fidedigna de la Ley 19.335, donde se dejó abierta la posibilidad¹²⁵.

Sin embargo, advierte que: “(...) la declaración de bien familiar no puede afectar a los copropietarios de los cónyuges, pues aquélla produce sus efectos sólo en relación al dominio de estos últimos. Los bienes familiares afectan al cónyuge dueño (artículos 142 y 147 del Código Civil) o persiguen salvar ese mismo dominio en pro de la familia (artículo 148 del Código Civil)”¹²⁶.

Por lo demás, consideramos que esta solución es la que más se aviene con los fines de la institución.

La cuestión también ha sido tratada en el Derecho comparado. Así, por ejemplo, el legislador argentino lo ha hecho expresamente. Si bien, el artículo 34 de la Ley 14.394 exige que el “constituyente” sea propietario del inmueble que pasará a ser parte del “patrimonio familiar”, el artículo 1 del Decreto 2513/60 se preocupa de tratar el caso de que el constituyente tenga en copropiedad el inmueble con otra persona. Al efecto, dispone la citada norma que en ese contexto “la gestión deberá ser hecha por todos los copropietarios, justificando que existe entre ellos el parentesco requerido por el art. 36 de la Ley 14.394”. Así las cosas, sólo se aceptará la constitución del patrimonio familiar sobre un inmueble tenido en copropiedad en la medida en que los comuneros sean algunos de aquellos miembros de la familia considerada y resguardada por el estatuto.

2.4. La unidad de la afectación del inmueble.

La doctrina está conteste en que sólo podrá ser declarado como bien familiar un solo inmueble, descartándose, por ejemplo, las casas de veraneo o recreo¹²⁷. Dos son

¹²⁵ Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, pp. 99-101.

¹²⁶ ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 100.

¹²⁷ En este sentido se pronuncian: Ramos Pazos. Cfr., RAMOS PAZOS, René. *Op. Cit.*, pp. 352-353; Leslie Tomasello. Cfr., TOMASELLO Hart, Leslie. *Op. Cit.*, p. 147; Court. Cfr., COURT

los argumentos esgrimidos por los comentaristas para llegar a tal conclusión. En primer lugar, indican que la Ley utiliza la expresión “el” inmueble que sirva de residencia principal de la familia. Así las cosas, se excluiría de suyo la pluralidad. Junto a ello, resaltan el fin protector de la institución, en virtud del cual bastaría sólo un inmueble para asegurar la “existencia mínima” de la familia. A ambos argumentos cabe agregar otro también de texto: la expresión “principal” lleva en su seno cierta exclusividad necesaria del inmueble a afectar.

De esta manera, cabe destacar que considerar la posibilidad de pluralidad de inmuebles a afectar, supondría necesariamente vulnerar los cimientos que la institución recibe de nuestro derecho. Ello, en tanto la “incolumidad del grupo familiar” queda asegurada ya con la declaración de bien familiar de un solo bien raíz. Así, consideramos que las posiciones seguidas por los autores ya señalados son razonables, principalmente si se analiza el problema a la luz de los fines de la institución.

De forma similar a nuestra legislación, el Código Civil de Paraguay, de Venezuela y el Código de Familia de Bolivia han regulado la unidad de la afectación del inmueble. Al respecto, el Código Civil paraguayo en su artículo 2.072 señala que “nadie podrá constituir más de una propiedad urbana o rural como bien de familia”. Por su parte, el artículo 634 del Código Civil de Venezuela establece que “una persona no puede constituir sino un hogar, que es el suyo, y si constituyere otro u otros, éstos se regirán por las disposiciones sobre donaciones”. Finalmente, el Código de Familia boliviano, indica en su artículo 30 que “en ningún caso puede constituirse más de un patrimonio familiar en beneficio de los miembros de una familia”. A su vez, éste expresa, en su artículo 31, que “el patrimonio familiar comprende un inmueble o una parte del mismo destinado a la vivienda, pudiendo agregársele los muebles de uso ordinario”.

Murasso, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 10; Corral. Cfr. CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 59; Hübner. Cfr., HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 109.

2.5. El alcance de la expresión “residencia principal de la familia”.

Tal y como señala la doctrina, la fórmula elegida por el legislador es a su vez abierta y novedosa¹²⁸. Abierta, en tanto el legislador no se encargó de definir lo que se entiende por familia para estos efectos¹²⁹, así como tampoco lo hizo con la expresión “residencia principal”. Novedosa, pues “la residencia se predica de personas individuales, no de un grupo de personas como la familia”¹³⁰.

Así las cosas, resulta necesario detenerse en el alcance que en nuestro ordenamiento jurídico tiene la expresión “familia” en lo relativo a la institución que se analiza, así como el de su residencia principal.

2.5.1. El concepto de familia.

Para trazar las coordenadas de lo que debe entenderse por familia en los términos del estatuto, es necesario abordar dos puntos: el primero, se refiere a determinar el núcleo del concepto; el segundo, a determinar su extensión.

2.5.1.1. Primer elemento: El núcleo del concepto. La familia debe fundarse en el matrimonio.

Un primer elemento a incorporar a la hora de marcar los límites del concepto de familia del que se sirve el estatuto es el siguiente: como ya se ha destacado, en principio, la institución protege *exclusivamente* a la familia matrimonial. Así lo señala la unanimidad de la doctrina, siendo requisito indispensable para la aplicación del estatuto la existencia de matrimonio, entre otras razones, porque la institución se ubica en el título que trata de las “obligaciones y derechos entre los cónyuges”¹³¹.

¹²⁸ “Se trata de una fórmula bastante abierta y novedosa dentro de las categorías generales del Derecho Civil”. CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 60.

¹²⁹ De acuerdo a la profesora Hübner, el legislador debió de definir el concepto de familia, tal y como ocurre en el derecho comparado. Cfr., HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 111.

¹³⁰ CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 60.

¹³¹ Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 94.

Sin embargo, el fin protector del estatuto se manifiesta, sobre todo, en aquellos casos en los que media separación de hecho entre marido y mujer. O, aún más, cuando éstos se encuentran divorciados.

¿Supone la separación de hecho entre los cónyuges el fin de la familia protegida por el estatuto? Estimamos que no, en tanto subsiste el matrimonio entre los mismos. Así lo ha señalado la jurisprudencia en numerosas ocasiones. Por ejemplo, la I. Corte de Apelaciones de Arica, en causa caratulada Luque con Bobadilla¹³², señaló:

“Que se entiende que hay familia desde que se contrae el matrimonio, manteniéndose tal condición mientras el vínculo matrimonial no esté disuelto, sin que para mantener su existencia como figura legal requiera del nacimiento de hijos”.

De esta manera, en casos de separación de hecho entre los cónyuges, el no propietario siempre podría solicitar que se declararan los bienes como familiares (cumpliéndose los demás requisitos, claro está).

La situación se complica un poco más en los casos de divorcio. Como resulta claro de la sola lectura del artículo 141 del Código Civil, una vez que ha quedado firme y ejecutoriada la sentencia de divorcio entre los cónyuges, no podría solicitarse la declaración de bien familiar de propiedad de cualquiera de ellos. Sin embargo, en el caso que la declaración ya se hubiese llevado a efecto: ¿es suficiente el divorcio entre los cónyuges para que se decrete la desafectación de los bienes en cuestión?

Lo que es un presupuesto para su aplicación no parece ser un requisito para su mantención. Por lo menos este ha sido el criterio seguido por nuestra E. Corte Suprema en sentencia dictada con fecha 15 de Abril de 2009¹³³. En la especie, el ex – marido demandó la desafectación de los derechos que tenía sobre una sociedad que era propietaria del inmueble que servía de residencia principal a la familia.

¹³² Ilustrísima Corte de Apelaciones de Arica, Luque con Bobadilla, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N°8945-2003.

¹³³ Excelentísima Corte Suprema, Pascal con de la Fuente, Recurso de Casación en el fondo, Rol N° 1086-2009, 15.4.2009.

Argumentaba que, en virtud del divorcio, procedía la desafectación de sus derechos, en conformidad al artículo 145 del Código Civil. Su solicitud fue acogida por sentencia de primera instancia para luego ser revocada esta última por la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso. Esta última decisión sería confirmada posteriormente por nuestra E. Corte Suprema.

En lo pertinente, la Corte destacó que el artículo 145, a propósito de la desafectación en caso de divorcio, no sólo exige “un procedimiento de desafectación” sino que se acredite “(...) que ya no se cumplen con los fundamentos que autorizan la existencia de los bienes familiares”. Pero si, como se ha señalado más arriba, el fin protector de la institución se restringe exclusivamente a la familia matrimonial, y es precisamente esta familia y no otra la que resulta cobijada por el estatuto, no cabría sino concluir que, en caso de mediar divorcio, ya no existiría familia alguna que proteger y que aquellos que siguieren habitando el inmueble en cuestión ya no constituirían una familia resguardada por la institución.

La Corte solucionó el problema de otra forma indicando, en el Considerando Octavo de la sentencia analizada, que:

“Cabe considerar que del tenor de lo dispuesto por los artículos 141 y 146 del Código Civil, resulta evidente que la principal beneficiaria de la institución en comento es la familia; desde esta perspectiva, no puede desconocerse el hecho que si bien ella ha podido tener su origen en el matrimonio de las partes, como ha ocurrido en la especie, lo cierto es que la misma subsiste más allá de la disolución de la relación conyugal, permaneciendo vigente en relación a los hijos, a quienes en este caso la Ley busca asegurar su protección mediante la consagración de la institución en comento, con la extensión de sus efectos más allá del término del matrimonio, si se dan los presupuestos legales que justifican tal proceder” (subrayados nuestros).

El mismo criterio de la E. Corte fue seguido por la I. Corte de Apelaciones de San Miguel en causa Rol N° 673-2010¹³⁴, donde agregó como fundamento para decidir el interés superior de los hijos que vivían con la cónyuge demandante.

A nuestro entender, el razonamiento de los tribunales mencionados presenta las contradicciones básicas existentes en la regulación legal de la institución. Ello, porque como se ha visto a propósito de su finalidad, parece existir cierta tensión entre el interés del cónyuge no propietario y la familia considerada en su conjunto. Tomando la posición que, en principio, consideramos correcta, la E. Corte Suprema afirmó que el fin protector de la institución no sólo se restringe al cónyuge no propietario, sino que abarca a la familia completa. Sin embargo, para hacer tal tuvo que afirmar que la familia “subsiste más allá de la disolución de la relación conyugal”. Siguiendo dicho criterio, bien podría considerarse que la exclusión de las familias no fundadas en el matrimonio del estatuto resulta manifiestamente injusta. Lo mismo ocurre en el caso de familias post-matrimoniales: ¿Por qué excluirlas también de la posibilidad de solicitar la afectación ya señalada?

En nuestra opinión, la respuesta a dicha pregunta la tiene el legislador. La institución ha sido diseñada deficientemente y requiere una urgente modificación. En el caso en comento, la Corte tuvo que apartarse de la regulación legal para poder llegar a la solución que la justicia ameritaba.

A este respecto, cabe destacar que algunas legislaciones extranjeras se apartan del modelo seguido por el chileno. Así, por ejemplo, la legislación peruana¹³⁵,

¹³⁴ Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, Acevedo con Inostroza, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 673-2010, 20.12.2010.

¹³⁵ El Artículo 493 del Código Civil peruano dispone que, pueden constituir el patrimonio familiar, incluso los padres o madres solteros sobre bienes de su propiedad. Sin embargo, es necesario destacar que el artículo 495 del mismo Código se encarga de restringir los beneficios del estatuto, a determinadas personas, como a los cónyuges. Pero, a su vez considera también a los hijos, tengan o no filiación matrimonial.

boliviana¹³⁶ y paraguaya¹³⁷, no protegen exclusivamente a la familia matrimonial sino que la extienden a aquella que no se ha constituido en matrimonio.

En suma, para nosotros, la familia protegida por el estatuto nacional se restringe exclusivamente a la familia fundada en el matrimonio. Sin embargo, dicha conclusión constituye solamente una primera aproximación al concepto. Para determinar la extensión del mismo es necesario atender tanto a la doctrina como a la jurisprudencia.

2.5.1.2. Segundo elemento: La extensión de la familia protegida por el estatuto.

Es necesario subrayar que la familia cobijada por la institución no se restringe, en caso alguno, a los cónyuges. Sin embargo, cabe preguntarse si se extiende también a los hijos, a los colaterales o a los ascendientes.

Para responder esta pregunta, cierto sector de la doctrina echa mano del artículo 815 del Código Civil, el cual a propósito de los derechos reales de uso y habitación dispone que:

“El uso y la habitación se limitan a las necesidades personales del usuario o del habitador.

En las necesidades personales del usuario o del habitador se comprenden las de su familia.

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 el 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.

¹³⁶ El Artículo 33 N° 2 del Código de Familia boliviano señala que, pueden constituir patrimonio familiar sobre bienes que le pertenecen, el padre o la madre divorciados o separados para sí o el otro y los hijos menores, o sólo para éstos. Igualmente pueden hacerlo el padre y la madre solteros.

¹³⁷ Artículo 2072 Código Civil paraguayo: “Si el propietario no casado tuviere bajo el mismo techo su familia, pública y notoriamente conocida, podrá también constituir el bien de familia en beneficio de la madre, del hijo o hijos habidos en común, hasta la mayoría de edad de éstos”.

Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivían con el habitador o usuario y a costa de éstos; y las personas a quienes éstos deben alimentos”.

Relacionando la disposición precedente con el artículo 983 del Código Civil, Pablo Rodríguez concluye que la familia resguarda por el estatuto corresponde al “(...) grupo de personas unidas por matrimonio o parentesco y que comprende a los descendientes legítimos y naturales, los ascendientes legítimos y naturales, sus colaterales legítimos y los hermanos naturales, el cónyuges y el adoptado en su caso”¹³⁸.

Como salta a la vista, la definición de Rodríguez utiliza categorías que han quedado en la historia de nuestro sistema jurídico. A su vez, su argumento se funda en demasía en el artículo ya citado. Siguiendo al profesor Rosso, estimamos que la definición propuesta por el artículo 815 del Código Civil resulta demasiado amplia como para asociarla al estatuto de los bienes familiares¹³⁹. Por lo demás, ella es una disposición local y no se condice con la realidad actual de la mayoría de las familias en nuestro país¹⁴⁰.

De una lectura sistemática de las normas del párrafo 2° del Título VI del Libro I de nuestro Código Civil, es posible concluir que la familia protegida por la institución comprende tanto a los cónyuges como a los hijos comunes de manera exclusiva¹⁴¹. Si bien es cierto que la regulación legal presenta un desmedido énfasis en los primeros, no es menos cierto también que considera a los segundos a propósito de la

¹³⁸ RODRÍGUEZ Grez, Pablo. *Op. Cit.*, p. 285.

¹³⁹ Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 93.

¹⁴⁰ En este sentido se pronunció nuestra E. Corte Suprema: “La definición transcrita – refiriéndose al artículo 815 del Código Civil – no puede ser aplicada en términos generales por no corresponder a la realidad social y su alcance referido a una materia específica y, por otro lado, las diferentes menciones contenidas en otras disposiciones no importan un concepto jurídico obligatorio y de general aplicación”. Excelentísima Corte Suprema, Achurra con Mellafe, Recurso de Casación en la forma y en el fondo, Rol N° 5022-2004, 21.8.2006, Considerando Décimo Cuarto.

¹⁴¹ En este sentido se pronuncia también el profesor Gian Franco Rosso. Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 94.

constitución de derechos reales de usufructo o de uso o habitación sobre el inmueble que sirve de residencia principal a la familia (art. 147 CC), lo que no hace con ninguno de los otros parientes. Sin embargo, como se verá más adelante, cabe destacar que la falta de hijos no supone la inexistencia de la familia¹⁴².

Finalmente, cabe destacar que ciertas legislaciones extranjeras si se han dedicado a delimitar los contornos de la familia resguardada por sus respectivos estatutos. Así, por ejemplo, lo hace el Derecho peruano el cual extiende la institución del patrimonio familiar, en determinados casos, incluso a los ascendientes y hermanos del constituyente¹⁴³.

2.5.2. La residencia principal de la familia: Concepto.

Una vez determinado el núcleo y la extensión de la familia resguardada por el estatuto, es necesario aproximarse a lo que la doctrina y la jurisprudencia han entendido por residencia principal de la misma.

Ésta ha sido entendida como aquel lugar en el cual la familia está establecida, donde permanece físicamente y donde proyecta la vida en conjunto¹⁴⁴. Así las cosas, dos son los elementos que permiten construir este concepto. El primero es histórico y mira hacia el pasado¹⁴⁵. El segundo se centra en el presente y así mira hacia el futuro.

En efecto, el ánimo de permanencia, de residir en el inmueble en cuestión, se determina también por el tiempo que la familia efectivamente lo ha habitado. De esta manera, no serán considerados como residencia principal aquellos lugares que la

¹⁴² Cfr., ORREGO Acuña, Juan Andrés. *Op. Cit.*, 329.

¹⁴³ Cfr., Art. 495 Código Civil Peruano.

¹⁴⁴ En este sentido se pronunció la I. Corte de Apelaciones de Concepción: "Que, según el artículo 141 citado el bien debe servir de residencia principal a la familia, lo cual conlleva naturalmente (...) un ánimo de permanencia por parte de quienes residen en ella". Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, Gutiérrez con Concha, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 1965-2004, 15.7.2005, Considerando Quinto.

¹⁴⁵ Cfr., Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rodríguez con Galleguillos, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 1124-1999, 11.5.2000.

familia visite o haya visitado esporádicamente¹⁴⁶, en tanto, como ha señalado cierta jurisprudencia, es necesario que aquel sea el de “mayor importancia”, “el fundamental”¹⁴⁷. A su vez, cabe recordar que sólo un inmueble podrá ser declarado bien familiar en tanto sólo uno tendrá la calidad de “principal”.

Por otro lado, también será necesario que la familia habite efectivamente el inmueble en cuestión, a la hora de presentarse la demanda respectiva. La jurisprudencia ha abordado el problema de este modo.

Así, por ejemplo nuestra E. Corte Suprema, en causa caratulada “Jhonston con Guzmán”¹⁴⁸, señaló en el Considerando Quinto de su fallo:

“Que la institución de los bienes familiares, incorporada a nuestra legislación por la Ley 19.335, tiene por finalidad principal amparar el hogar de la familia, principalmente en caso de conflictos dentro de ella. Tal presupuesto, que ha sido el objeto de principal protección por parte del legislador, no puede entenderse que se cumple en la especie desde que es un hecho no discutido que el inmueble materia de la litis no es habitado por la cónyuge demandante, sino que solamente por el demandado, lo que demuestra que el mismo no constituye en la actualidad la residencia principal de la familia, no habiéndose establecido por lo demás, que la actora haya dejado de residir allí por las razones que la misma esgrimió en su libelo, ni que ella se encuentra en situación de ser amparada por la institución en cuestión, atendidos los objetivos y finalidad que ésta última persigue” (subrayados nuestros).

En la especie, el matrimonio no tenía hijos. Por lo tanto, habría que concluir que la familia estaba constituida únicamente por ambos cónyuges. Sin embargo, en tanto la cónyuge no propietaria no habitaba el inmueble en cuestión (quien sería la más

¹⁴⁶ En este sentido se pronuncia la profesora Hübner. Cfr., HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 110. Así también lo hace Rosso. Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 90.

¹⁴⁷ Cfr., Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, Florence Genevieve Beynet, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 2539-2008, 13.1.2009, Considerando Sexto.

¹⁴⁸ Excelentísima Corte Suprema, Jhonston con Guzmán, Recurso de Casación en el fondo, Rol N° 5275-2009, 21.9.2009.

protegida en caso de afectación), la Corte no tuvo más que acoger el recurso, revocar la sentencia del tribunal de alzada (que había dado acogido la demanda) y rechazar la demanda. Idéntico criterio fue seguido por la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso en una causa bastante similar¹⁴⁹.

Nos parece que el criterio seguido por los Tribunales en los casos señalados es correcto. Sin embargo, algo más complejo resulta ser un fallo de la I. Corte de Apelaciones de Concepción comentado por el profesor René Ramos Pazos. En la especie, la cónyuge no propietaria había hecho abandono del hogar junto a los hijos comunes en el marco de la Ley de violencia intrafamiliar. Por esa sola circunstancia, el tribunal rechazó la demanda enfatizando la necesidad de que el inmueble sirviese “actualmente” de residencia principal de la familia. De acuerdo a Ramos Pazos, “esta sentencia tiene un voto disidente, que estimó que el alejamiento de la mujer del hogar doméstico por tiempo que no aparece definido, no le quita al hogar doméstico su carácter de tal, su condición de residencia principal de la familia, considerando que la mujer apenas alejada de la fuente de origen de su conflicto pidió de inmediato la protección patrimonial-familiar que creó la Ley N° 19.335”¹⁵⁰.

No podemos sino estar de acuerdo con el voto disidente que pone en relieve la flexibilidad de la exigencia de la actualidad. En una hipótesis parecida la profesora Hübner indica que “(...) debe dársele al texto la interpretación que más cuadre con la naturaleza de la institución, permitiendo su declaración como bien familiar”¹⁵¹.

2.5.3. La residencia principal de la familia: casos problemáticos.

Si bien hasta aquí el tema en cuestión ha adquirido cierta claridad, gran parte de la doctrina indica que el mayor problema reside en determinar qué se entiende por

¹⁴⁹ Cfr. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, Florence Genevieve Beynet, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 2539-2008, 13.1.2009.

¹⁵⁰ RAMOS Pazos, René. *Op. Cit.*, p. 353.

¹⁵¹ HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 110.

familia y por su residencia principal en los casos de familias disgregadas, por ejemplo, en aquellos casos en los cuales media separación de hecho entre los cónyuges¹⁵².

En tales circunstancias, la primera pregunta a responder consiste en determinar si es posible afectar un inmueble como familiar en el caso en que la familia se haya separado. La respuesta correcta, en principio, consiste en la afirmativa. Así las cosas, si los cónyuges por ejemplo no habitan juntos el inmueble que se pretende afectar, igualmente podría declararse este como familiar, siempre y cuando se cumplieren los otros requisitos. Por lo demás, así lo ha entendido correctamente nuestra E. Corte Suprema¹⁵³.

Sin embargo, debemos reconocer que la simple separación de hecho entre los cónyuges no alcanza a aprehender la totalidad de casos de familias disgregadas. En efecto, el distanciamiento entre marido y mujer vendrá normalmente acompañado de un alejamiento físico de los hijos comunes respecto de uno de ellos. ¿Cómo deben solucionarse estos casos difíciles? Al respecto, el profesor Gian Franco Rosso enarbola un principio universal, ya que indica que la residencia principal de la familia en caso de familias disgregadas, quedará fijada por la residencia del cónyuge no propietario¹⁵⁴. No nos cabe más que rechazar dicha proposición, toda vez que estimamos que aun cuando los efectos de la institución se radican en éste, el tenor de

¹⁵² Así lo destaca el profesor Corral. Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. El Estatuto... *Ob. Cit.*, p. 14. En este mismo sentido se pronuncia también Orrego. Cfr., ORREGO Acuña, Juan Andrés. *Ob. Cit.*, p. 329.

¹⁵³ Excelentísima Corte Suprema, Quinteros con Fajardo, Recurso de Casación en el fondo, 24.6.2004, RDJ, T.CI (2004), sec. 1ª, 163-165, Considerando Cuarto: "Que en la especie los jueces del fondo han entendido, como lo señalan en el considerando octavo del fallo de primer grado hecho suyo por el de segunda instancia, que "habiéndose establecido en la causa que el inmueble que se pide ser declarado bien familiar no es residencia principal de la familia comprendiéndose en ese término a los hijos comunes y a los cónyuges, se hará procedente negar lugar a la demanda". Quinto: "Que, al razonar en la forma antes señalada, la sentencia ha cometido error de derecho, infringiendo el artículo 141 del Código Civil, pues ha incorporado un elemento no contemplado en dicha disposición para la declaración de bien familiar, esto es, que los cónyuges deban vivir juntos en el inmueble que sirve de residencia principal a la familia, lo que lleva a este tribunal a acoger el recurso deducido".

¹⁵⁴ "Más complicados serán los casos en que los cónyuges vivan separadamente, cada uno con algunos hijos. En estas situaciones: ¿cuál de los inmuebles debe declararse bien familiar?. En razón de los principios y características de la institución chilena, habría que responder: aquél en que viva el cónyuge no propietario, pues se busca su protección". ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 95.

la Ley es claro: se refiere al inmueble principal de la familia y no al de la residencia del cónyuge no propietario. A su vez, tal y como Rosso lo reconoce, “familia” y “cónyuge no propietario” no son sinónimos¹⁵⁵. En suma, aun cuando en determinados casos esa sea la solución correcta, no lo será en todos, y quizás no en la mayoría, por lo que no tiene validez como principio general.

De acuerdo al profesor Orrego, al no existir Ley que resuelva el punto, “el juez debe integrar esta laguna legal, recurriendo en último término a la equidad (artículo 170 número 5, del Código de Procedimiento Civil)”¹⁵⁶.

La jurisprudencia ha tratado estos casos difíciles de diversas maneras. Sin embargo, entendemos que las decisiones de nuestros tribunales pueden ser clasificadas dentro de los siguientes criterios:

1) La falta de hijos comunes.

¿Es necesaria la existencia de hijos comunes para que se pueda hablar de familia protegida por el estatuto? Como ya hemos señalado, estimamos que no, incluso en el caso de separación de los cónyuges. Sin embargo, la jurisprudencia no ha sido uniforme en este punto.

En primer término, conociendo de un recurso de casación en el fondo, en fallo fechado a 4 de mayo de 2009, nuestra E. Corte Suprema estimó, en el Considerando Quinto¹⁵⁷:

“Que la institución de los bienes familiares, incorporada a nuestra legislación por la Ley N° 19.335, tiene por finalidad principal amparar el hogar de la familia, principalmente en caso de conflictos dentro de ella. Tal presupuesto, que ha sido el objeto de principal protección por parte del legislador, no puede entenderse que se

¹⁵⁵ Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 95.

¹⁵⁶ ORREGO Acuña, Juan Andrés. *Op. Cit.*, 329.

¹⁵⁷ Excelentísima Corte Suprema, Catalán con Herrera, Recurso de Casación en el fondo, Rol N° 1968-2004, 4.5.2009.

cumple en la especie desde que es un hecho no discutido que el inmueble materia de la litis no es habitado por el cónyuge demandado, sino que solamente por la actora, lo que demuestra que el mismo no constituye en la actualidad la residencia de la familia, pues ha dejado de ser el hogar común”.

En la especie, el matrimonio no había tenido hijos. El inmueble cuya afectación se solicitaba era de propiedad del marido de la cónyuge demandante y era habitado únicamente por esta última. Tanto en primera como en segunda instancia se había considerado procedente la afectación. Sin embargo, como se vio, la E. Corte Suprema revocó tales decisiones y rechazó la demanda, entendiendo que en caso de separación sin que existan hijos, es necesario que el inmueble sea habitado por ambos cónyuges para que pueda considerarse familiar. No nos cabe sino lamentar dicha decisión.

El criterio que consideramos correcto es el seguido también por la E. Corte Suprema en fallo fechado a 31 de Mayo de 2004, en causa caratulada Luque con Bobadilla¹⁵⁸. En la especie, la cónyuge no propietaria demandó la declaración de bien familiar del inmueble de propiedad de su marido. El matrimonio no tuvo hijos y el inmueble era ocupado únicamente por la demandante. En primera instancia, el Tribunal rechazó la demanda. La demandante se alzó con recurso de apelación, el cual fue acogido por la I. Corte de Apelaciones de Arica, revocando la sentencia de primer grado. Contra dicha resolución, se alzó el demandado con recursos de casación en la forma y en el fondo. En el Considerando Décimo del fallo de nuestro supremo Tribunal se lee:

“Que el artículo 141 inciso 1° del Código Civil dispone que: “El inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges que sirva de residencia principal a la familia, y los muebles que la guarnecen, podrán ser declarados bienes familiares y se registrarán por las normas de este párrafo, cualquiera sea el régimen de bienes del matrimonio”. Luego, como se ha dicho por esta Corte en fallo de 19 de diciembre de 2002 en causa rol 4317-01, lo que exige esta norma para la procedencia de la declaración de bien

¹⁵⁸ Excelentísima Corte Suprema, Luque con Bobadilla, Recurso de Casación en la forma y en el fondo, 31.5.2004, RDJ, T.CI (2004), sec. 1ª, 131-134.

familiar es la existencia de un inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges, y que éste sirva de residencia principal de la familia, no siendo necesario analizar la situación patrimonial de los componentes de la familia, ni otros aspectos relacionados con ella, como la ausencia de hijos”.

Para agregar en el Considerando Undécimo:

“Que, consecuentemente, el fallo recurrido ha interpretado correctamente las normas de los artículos 141 a 149 del Código Civil, al entender que la finalidad de esta institución – la de los bienes familiares – es la de proteger al cónyuge no propietario de las eventuales enajenaciones o gravámenes que el dueño pueda hacer del bien que sirve de residencia principal a la familia (...)”.

En efecto, estimamos que el legislador en caso alguno ha exigido la existencia de hijos para que un inmueble sea declarado como familiar. Sin embargo, cabe destacar que parece complejo considerar como “familiar” el inmueble habitado por sólo uno de los cónyuges si no existen hijos. Dicha complejidad se resuelve al considerar que los efectos de la declaración se radican principalmente en el cónyuge no propietario, por lo tanto, no existiría obstáculo alguno para que se afectara como familiar el bien en cuestión.

En este mismo sentido se pronunció la I. Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo fechado a 11 de Mayo de 2000, en causa caratulada Rodríguez con Galleguillos¹⁵⁹. En la especie se discutió si podía declararse como bien familiar el inmueble de propiedad del marido que era habitado únicamente por la cónyuge demandante. El matrimonio había tenido un hijo, el que se casó, para luego fallecer. Señaló el citado Tribunal en el Considerando Tercero de su sentencia:

“Que la circunstancia que el hijo haya contraído matrimonio y fallecido con posterioridad, no es impedimento para que la cónyuge no propietaria pueda obtener tal

¹⁵⁹ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rodríguez con Galleguillos, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 1124-1999, 11.5.2000.

declaración, toda vez que dichas circunstancias no pueden privar al inmueble del atributo de haber sido residencia principal de la familia, antecedente que habilita a aquel para formular semejante petición más si se tiene en consideración que esta petición fue formulada cuando todavía no acaecía la muerte del hijo y que ésta no es causa de desafectación, la cual se produce, entre otras, por la muerte de alguno de los cónyuges o la nulidad del matrimonio y no por las circunstancias de que se trata en el caso sub lite.”

Así las cosas, entendemos que, en el evento en que el matrimonio no tenga hijos o si estos han fallecido, la principalidad exigida por el artículo 141 del Código Civil descansará en el inmueble habitado por ambos cónyuges, o bien, en caso que ellos se encuentren separados, como será lo más habitual, en aquel donde resida el cónyuge no propietario pues es en él en el cual se radican los principales efectos de la declaración. Empero, el matrimonio deberá necesariamente haber habitado conjuntamente el inmueble a afectar en el periodo de normalidad conyugal.

Si bien esto es correcto para los casos en los cuales no existen hijos en el matrimonio, algo más compleja es aquella situación en la cual el matrimonio ha tenido hijos y la familia se encuentra disgregada.

2) Familias disgregadas y existencia de hijos: El criterio numérico.

En caso de que el matrimonio haya tenido hijos, nuestros Tribunales parecen favorecer la afectación del inmueble donde resida la mayor parte de los miembros de la familia. Como es natural, se inclinan también en la mayor parte de los casos, por denegar aquellas solicitudes en las cuales, existiendo hijos, éstos no residen con el cónyuge no propietario demandante.

Tal criterio fue el seguido por la I. Corte de Apelaciones de Concepción en fallo fechado a 15 de julio de 2005¹⁶⁰. En la especie, la cónyuge no propietaria demandaba

¹⁶⁰ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, Gutiérrez con Concha, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 1965-2004, 15.7.2005.

que se afectase como familiar el inmueble de propiedad de su marido, el que habitaba. En el caso sublite, la actora no probó una de sus alegaciones, esto es, que habitaba el inmueble en compañía de su nieta y bisnieta, por lo cual la Corte rechazó la demanda. Al no probar tal circunstancia, la Corte entendió la demandante tampoco “acreditó la existencia de una familia en el inmueble sublite” (Considerando Décimo).

Así también se han pronunciado otros Tribunales, como el Juzgado de Letras de Río Negro, en sentencia de fecha 31 de octubre del año 2000¹⁶¹. En la especie, el marido demandó la declaración de bien familiar del inmueble que habitaba solo, de propiedad de su cónyuge. Los hijos del matrimonio residían en otro inmueble, junto a su madre. En el Considerando Decimocuarto de la sentencia en comento se lee:

“Que resulta indiscutible que, si se pretendiera, por una parte, que la persona del actor, aún cuando viviera con su padre, conforma una familia, y por otra, la demandada con los hijos comunes otra, la residencia principal de la familia inevitablemente ha de encontrarse en donde habita el mayor número de sus miembros, esto es, en la residencia de la demandada” (subrayados nuestros).

Fue fundamentalmente por dicha razón que el mencionado Tribunal de primera instancia rechazó la demanda. El demandante interpuso un recurso de apelación contra la sentencia citada, el cual fue rechazado por la I. Corte de Apelaciones de Valdivia. Igual suerte corrió el recurso de casación en el fondo que interpuso más tarde.

Sin embargo, es destacable que el criterio numérico descrito precedentemente ha sido también aplicado de manera flexible por nuestros tribunales. Así, por ejemplo, nuestra E. Corte Suprema conoció de una causa¹⁶² en la cual la cónyuge no propietaria habitaba el inmueble de propiedad de su marido junto a uno de los cuatro hijos que tuvo el matrimonio, el cual era mayor de edad. Los otros tres se encontraban ya

¹⁶¹ Juzgado de Letras de Río Negro, Delgado con Laguna, 17712-2000, 31.10.2000.

¹⁶² Excelentísima Corte Suprema, Miranda con Mery, Recurso de Casación en el fondo, Rol N° 386-2006, 24.5.2006.

viviendo por su cuenta y los cónyuges estaban separados de hecho hace aproximadamente veinte años.

En primera instancia, la demanda fue rechazada por un Juzgado de Letras de Valparaíso, el cual argumentó, en el Considerando Décimo Segundo, a propósito de lo que entiende el legislador por “residencia principal de la familia”:

“Que en cuanto al segundo requisito se debe analizar a qué se ha referido el legislador al establecer que dicho inmueble y los bienes que lo guarnecen, sirvan de residencia principal a la familia. Al respecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia han determinado que la familia comprende al cónyuge, descendientes y ascendientes legítimos y naturales y colaterales legítimos y hermanos naturales, tal como lo dejan ver, a través de una interpretación analógica, los artículos 815 y 993 del Código Civil. Asimismo, tanto la doctrina como la jurisprudencia se encuentran contestes en que el sentido de la institución de bien familiar tiene un carácter alimenticio especial de protección a la familia frente a los terceros acreedores, más que a las relaciones entre los cónyuges, que se encuentran reguladas en otras disposiciones, y que dicha protección se logra, además, asegurando a ésta un hogar físico estable para que pueda desarrollarse normalmente, circunstancia ésta que no se da en la especie, atendidas las especiales condiciones del grupo familiar, a saber, que la demandante y el demandado se encuentran separados de hecho, que el demandado vive en un lugar diferente del inmueble cuya declaración de bien familiar se pretende, que los hijos, todos mayores de edad viven fuera del inmueble, a excepción de Renzo Miranda Mery, quien, además, se encuentra en condiciones de desarrollar una actividad remunerada y que la demandante recibe una pensión alimenticia de su cónyuge fijada por sentencia judicial. Finalmente, cabe hacer presente, respecto de este punto, que la acción destinada a la declaración de bien familiar de un inmueble debe llevar implícita la condición de que con tal declaración se beneficiará no sólo al cónyuge peticionario, ya que es una acción de beneficio común y no para el provecho individual de alguno de los cónyuges y para su propio y exclusivo beneficio”. (Subrayados nuestros).

En primer término, salta a la vista que el Juzgado de Letras entiende que la institución de los bienes familiares tiene un “carácter alimenticio especial”, cuestión que ha sido rechazada por casi la totalidad de la doctrina y la jurisprudencia como se ha visto precedentemente¹⁶³. Esta es una de las razones principales por la cual la demanda fue rechazada en primera instancia, en tanto el Tribunal destacó, además, que el hijo común que habitaba con la cónyuge demandante se encontraba en “condiciones de desarrollar una actividad remunerada”, así como que la misma recibía una pensión alimenticia de su cónyuge. En segundo lugar, lo que podría llamarse el criterio subyacente que motivó la desacertada decisión en comento fue, en cierto sentido, numérico, en tanto la declaración – según el Tribunal – llevaba envuelta la condición de beneficiar no sólo al cónyuge peticionario sino también al común de la familia, lo que no ocurría en la especie, toda vez que beneficiaba únicamente a la cónyuge demandante y al hijo común que residía junto a ella.

Contra tal decisión se alzó la demandante en recurso de apelación, el cual fue acogido por la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso¹⁶⁴. Argumentando correctamente a nuestro juicio, el Tribunal de segunda instancia revocó la sentencia señalada e indicó en su Considerando Primero:

“Que tal como se anota en la letra d) del motivo décimo del fallo que se revisa, el inmueble cuya declaración de bien familiar se solicita es ocupado por la demandante y uno de sus hijos y, en consecuencia, no cabe duda que sirve de residencia principal a la familia”.

Así, es posible notar que el criterio seguido por la Corte es flexible respecto al número de miembros de la familia ocupantes de un inmueble para que este pueda ser considerado residencia principal. Lo anterior, sobre todo, a la luz de que los hijos que no residían con la cónyuge demandante vivían por su cuenta. Posteriormente, la Corte

¹⁶³ *Vid. sup.* Capítulo II. Punto 5.1: “Naturaleza jurídica de la institución propiamente tal”.

¹⁶⁴ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, Miranda con Mery, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 2874-2003, 29.11.2005.

va a descartar la supuesta naturaleza alimenticia de la institución, señalando en su Considerando Segundo:

“Que la circunstancia que el hijo que vive con la actora ya sea mayor de edad no obsta a que el bien inmueble, de propiedad del otro cónyuge, se declare bien familiar puesto que el legislador no ha exigido la existencia de hijos menores para tales efectos, ni de hijos de cualquier edad. Avala lo anotado el hecho que el artículo 147 del Código Civil permite constituir prudencialmente, a favor del cónyuge no propietario, derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares y añade que para ello el juez deberá considerar el interés de los hijos “cuando los haya” de forma tal que aún si no los hay la declaración de bien familiar es del todo procedente”.

Para agregar en su Considerando Tercero:

“Que tampoco obsta a lo pedido la circunstancia que la actora tenga un bien inmueble de su propiedad, ni que perciba alimentos por parte de su cónyuge, ni que se trate de un bien propio del cónyuge demandado”.

De esta manera, la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso revocó la sentencia de primera instancia, acogió el recurso de apelación deducido por la actora y también la demanda de autos. Contra esta decisión se alzó el demandado con recurso de casación en el fondo, el cual sería rechazado por nuestra E. Corte Suprema por manifiesta falta de fundamento.

Como ya hemos señalado, en el caso que el matrimonio haya tenido hijos, y éstos se encuentren bajo el cuidado personal de alguno de los padres, por lo menos alguno de ellos deberá residir en el inmueble a afectar. Este fue el criterio adoptado por nuestra Corte Suprema en fallo fechado a 26 de Septiembre de 2002¹⁶⁵. En la especie, el marido no propietario demandó la declaración de bien familiar del inmueble de propiedad de su mujer, de la cual se encontraba separado de hecho. Aun más, el

¹⁶⁵ Excelentísima Corte Suprema, Monsalve con Nieto, Recurso de Casación en el fondo, Rol N° 4639-2001, 26.9.2002.

matrimonio había tenido dos hijos los cuales no residían junto a su padre en el inmueble en cuestión, sino con su madre. El inmueble era habitado únicamente por el marido y por su actual pareja. La E. Corte Suprema declaró que no procedía en tal caso la declaración de bien familiar. Así, señaló en el Considerando Quinto de la sentencia en estudio:

“Que, en consecuencia, los antecedentes del proceso permiten establecer que el grupo familiar, conformado en este caso por los cónyuges aludidos y por sus dos hijos, se encuentra disgregado y que, todavía más, el inmueble de que se trata constituye la residencia exclusiva del cónyuge demandante, quien lo habita con su conviviente, de acuerdo con lo declarado por su propio testigo Sr. Barría Sanhueza. De este modo, resulta inconcuso que, en la actualidad, el señalado bien raíz no sirve de residencia principal de la familia, motivo por el que no puede ser aceptada la pretensión de fojas 5”.

El mismo criterio siguió la I. Corte de Apelaciones de Santiago en fallo de fecha 24 de marzo de 1998¹⁶⁶. En la especie, únicamente la cónyuge demandante habitaba el inmueble cuya afectación pretendía. Los hijos residían en otro inmueble arrendado por el marido, y este último, asimismo, en otro. La Corte indicó en el Considerando Segundo de la sentencia en comentario:

“Que fue intención clara del legislador y así quedó consignada en la disposición del citado artículo 141, que para declarar un inmueble bien familiar, debe cobijar a la familia, estar destinado a servir de residencia principal de la familia, servir de resguardo a los hijos que conviven con los padres o con alguno de ellos, de lo que se desprende que la demanda que se intenta para obtener la declaración judicial de bien familiar de un inmueble, debe llevar la acción deducida implícita la condición de que con tal declaración se beneficiará no solo al cónyuge peticionario, sino también a los hijos que viven en el inmueble y que están conviviendo con su padre o madre. Es una acción de

¹⁶⁶ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Scheel con Estevea, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 2283-1996, 24.3.1998.

beneficio común y no para provecho individual de alguno de los cónyuges y para su propio y exclusivo beneficio”.

Nos parece que la argumentación contenida en el considerando precedente es correcta. Precisamente, la Corte introduce un criterio flexible: Indica que para que el inmueble pueda ser declarado familiar debe servir de residencia principal de la familia y homologa dicho concepto que este “sirva de resguardo a los hijos que conviven con los padres”. Vale decir, no señala que perentoriamente deban existir hijos para que la institución analizada pueda operar, sino que se limita a destacar que en el caso que existan hijos que residan con alguno de los padres, el bien familiar corresponderá, en principio, al hogar habitado por los mismos. Agrega la Corte en su Considerando Cuarto:

“Que en el caso de autos, los antecedentes agregados al proceso y pruebas rendidas y que refiere el fallo en alzada, establecen que el inmueble de calle Valenzuela Castillo N° 1062 de la Comuna de Providencia, que es de propiedad del marido demandado, sólo vive en ella la demandante, estando acreditado que sus hijos todos mayores de edad, no viven en el referido inmueble ni tampoco el cónyuge demandado, constando que los hijos ocupan un departamento que les arrendó su padre (...).”.

Por dichas circunstancias, el Tribunal desestimó la demanda, en tanto el inmueble no podía constituir la residencia principal de la familia.

3) No basta probar que habita un inmueble. Es necesario probar que ese inmueble constituye la residencia principal de la familia.

Como se ha dicho, para considerar a un inmueble como residencia principal de la familia es necesario que exista un ánimo de permanencia. Dicho ánimo de permanencia, se construye tanto desde el pasado como hacia el futuro. Así las cosas, es necesario probar ambos elementos para que el inmueble pueda ser considerado como residencia principal de la familia.

Este fue el criterio seguido por nuestra E. Corte Suprema en fallo dictado con fecha 15 de Septiembre de 2008¹⁶⁷. En la especie, la cónyuge no propietaria demandó la declaración del inmueble que habitaba junto a la hija en común, de propiedad del marido. No rindió prueba alguna respecto de la circunstancia de que el inmueble fuese residencia principal de la familia. La única probanza rendida a este respecto consistió en una convención probatoria. La convención, se refería que la cónyuge no propietaria habitaba el inmueble cuya afectación se demandaba junto a su hija, desde el año 2005. Señala el Considerando Tercero de la sentencia que se comenta:

“Que el presupuesto fáctico a que se refiere la convención en cuestión y que debe tenerse por establecido corresponde al hecho que la actora y la hija de ésta, ocupan desde la fecha indicada el inmueble materia de la solicitud de autos. Pero, esta circunstancia, no permite en ningún caso como lo sostiene la recurrente tener por acreditada la exigencia legal de ser residencia principal de tales personas, de modo tal que no puede entenderse conculcada la disposición mencionada en el libelo, relativa al efecto de las convenciones probatorias”.

2.5.4. La residencia principal de la familia: Síntesis crítica.

En suma, pese a que el concepto de “residencia principal de la familia” no está definido por nuestro legislador, es posible construirlo a partir del articulado pertinente. Si por un lado señalamos que la familia protegida por el legislador es aquella fundada en el matrimonio, vale decir, exige, por lo menos, la existencia de los cónyuges, por otro, abarca a los hijos comunes y no a los ascendientes ni a otros descendientes. A este respecto, cabe destacar lo señalado por el profesor Rosso, quien indica que la presencia de cualquiera de los cónyuges es indispensable para que un inmueble sea declarado bien familiar¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Excelentísima Corte Suprema, Langlotz con Rinaldi, Recurso de Casación en el fondo, Rol N° 4900-2008, 15.9.2008.

¹⁶⁸ Cfr. ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 95.

Si con eso se dilucidó lo que el legislador ha entendido por familia, no se ha definido lo que debe comprenderse por “residencia principal” de la misma. Para ello, destacamos lo señalado por la doctrina y la jurisprudencia, en cuanto su eje articulador se identifica con el ánimo de permanencia en un lugar determinado. Dicho elemento “subjetivo” mira tanto al pasado (el inmueble “ha” servido de residencia principal a la familia) como al presente (el inmueble “sirve” de residencia principal de la familia) y al futuro (el inmueble lo “seguirá” siendo).

A su vez, señalamos que la jurisprudencia no requiere que ambos cónyuges vivan juntos para que el inmueble sea declarado familiar, aunque no existan hijos. En el caso que existan éstos, y estén bajo el cuidado personal de alguno de los padres, generalmente, la residencia principal de la familia será fijada por éstos.

2.6. Posibilidad de la afectación parcial.

La doctrina se pregunta también si es posible afectar como familiar parcialmente un inmueble. Al respecto, el profesor Rosso distingue dos casos. El primero, supone que la vivienda que sirve de residencia principal a la familia se inserta en un terreno de mayor extensión. El segundo, dice relación con un inmueble constituido por una sola construcción ocupado parcialmente por la familia.

El profesor Rosso se pronuncia a favor de la afectación parcial en ambos casos. Respecto del primero, indica que es posible en tanto:

- I. La historia de la Ley dejó abierta tal posibilidad. Así, “(...) durante la tramitación de la Ley 19.335, existió una norma expresa que permitía al juez declarar parcialmente bien familiar un inmueble cuando contemplara, además de la casa habitada por la familia, una extensión mayor de terreno. Por supuesto que la declaración afectaría sólo a la primera”¹⁶⁹. Según cuenta el citado profesor,

¹⁶⁹ ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p.83.

dicha norma se excluyó por innecesaria, argumentándose que la situación en cuestión debía resolverse según las reglas generales.

- II. El fin protector de la institución se aviene con tal interpretación: “(...) la intención del legislador al establecer la institución de los bienes familiares, fue impedir que por actos del cónyuge propietario la familia resultara privada de la vivienda, lo que se cumple declarando bien familiar sólo la construcción habitada por la familia y el terreno donde ella se levanta”¹⁷⁰.
- III. De acuerdo a la equidad debería seguirse dicha interpretación, pues, en la mayoría de los casos donde la afectación parcial pueda ser requerida, la vivienda se insertará en un espacio de explotación comercial de mayor extensión, siendo injusto afectar también aquella parte.
- IV. Si se interpreta el articulado en su conjunto, salta a la vista que al referirse el legislador a los muebles que guarnecen el hogar, indica precisamente que tales bienes deben encontrarse *dentro* del inmueble por adherencia, no pudiendo abarcar aquellos que se ubiquen fuera de la misma.

El profesor José Miguel Lecaros concuerda con el profesor Rosso, sin embargo destaca que a la falta de decisión legislativa corresponden problemas de determinación judicial. Así resalta que:

“Teóricamente el asunto es claro: la afectación solo debe alcanzar a lo que merece ser protegido: el inmueble (por adherencia) que sirve de residencia principal a la familia. El texto que se había propuesto, sin embargo, pone en evidencia la dificultad que envuelve llevar a la práctica esta afirmación teórica. Por ejemplo: con qué criterio debería el juez delimitar "los terrenos adyacentes de uso familiar"? Además, ¿cómo compatibilizar la posibilidad de incluir en la afectación "terrenos adyacentes" a la vivienda con el derecho de incluir en la afectación los muebles que guarnecen la residencia (en el texto original, "que guarnecen el hogar")? ¿Debemos entender

¹⁷⁰ ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p.84.

entonces que la residencia se extiende más allá de la vivienda? Y si es así, ¿hasta dónde?”¹⁷¹.

Por su parte, el profesor Corral estima que la ausencia del reconocimiento explícito de la posibilidad de afectación parcial por el legislador “(...) ha determinado que los tribunales terminen rechazando las demandas de afectación de predios cuya superficie exceden con mucho las necesidad de residencia familiar. Así se ha dicho que “no resulta posible extender el concepto de inmueble que sirve de residencia principal de la familia a un predio de aptitud agrícola, de 200.11 hectáreas de extensión (Tribunal de Río Negro, 31 de octubre de 2000, confirmada por C. Valdivia, 30 de enero de 2001, con casación rechazada por C. Sup. 25 de Julio de 2001, rol Nº 1337-01, Lexis Nexis, Nº 18.936)”¹⁷².

Entendemos que las prevenciones efectuadas por los dos últimos profesores son bastante razonables. Sin embargo, pese a la complejidad de la afectación parcial estimamos que los argumentos del profesor Rosso son contundentes y obligan a que los Tribunales se pronuncien acorde a su interpretación debiendo considerar la posibilidad en comento cuando fuese necesario.

3. Los muebles que guarnecen la residencia principal de la familia.

Como ya se ha señalado, es posible solicitar la afectación respecto de los bienes muebles que guarnecen la residencia principal de la familia. Los problemas tratados al respecto por los comentaristas son los siguientes:

- a. Los bienes muebles cobijados por la institución.
- b. ¿Es accesoria la afectación de los muebles?

¹⁷¹ LECAROS Sánchez, José. Algunos problemas jurisprudenciales en relación a los bienes familiares en torno al artículo 141 del código civil. [en línea] <http://www.josemiguellectaros.cl/files/josemiguellectaros.cl/file_descargas/648_896_algunos_pr oblemas_jurisprudenciales_en_relacin_a_los_bienes_familiares.doc> [consulta: 23 noviembre 2010].

¹⁷² CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 60.

- c. La necesidad de inventario.
- d. La afectación parcial de muebles.

3.1. Los bienes muebles cobijados por la institución.

La Ley no ha especificado cuáles son los bienes muebles cobijados por la institución. Por lo tanto, ¿Todos los muebles que encontramos dentro del hogar de la familia caben dentro del estatuto? ¿Existe un límite respecto del valor para los mismos? Con estos y otros problemas se ha encontrado la doctrina al dilucidar lo que se debe entender por “muebles que guarnecen la residencia principal de la familia”.

El primer lugar, de acuerdo al profesor Corral, es necesario destacar que los muebles a los que se refiere el Código son, necesariamente, corporales aun cuando la Ley no lo especifique. Ello, en atención a la función que se les exige desempeñar¹⁷³.

En segundo término, la doctrina agrega que se requiere que estos bienes muebles pertenezcan a cualquiera de los cónyuges. Si bien, la Ley no exige en parte alguna dicho presupuesto (como ocurre a propósito de los bienes raíces), es claro que ello debe ser así. Las buenas razones que esgrimen los comentaristas en este sentido son las siguientes:

- i. Porque, de otro modo, no podrían aplicarse disposiciones como la contenida en el artículo 142 del Código Civil, que parte del supuesto que uno de los cónyuges es el dueño del bien que se pretende afectar¹⁷⁴.
- ii. Porque, de no ser así, se afectarían bienes de terceros que no resultan ser parte de la familia, lo que escapa al espíritu del legislador¹⁷⁵.
- iii. En caso que los cónyuges pudieran solicitar la afectación de muebles de terceros, estos bien podrían solicitar la correspondiente constitución para bienes de los cónyuges respecto de ellos¹⁷⁶.

¹⁷³ Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 64.

¹⁷⁴ Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 64. En el mismo sentido se pronuncia Ramos. Cfr., RAMOS Pazos, René. *Op. Cit.*, p. 357. Así se pronuncia también Orrego. Cfr., ORREGO Acuña, Juan Andrés. *Op. Cit.*, p. 330.

¹⁷⁵ Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 106.

Si bien existe consenso en estas consideraciones, la situación es algo más problemática a la hora de especificar el alcance de la expresión “guarnecer” acuñada por el Código; la cual, y tal como se indicó, el legislador no definió. De acuerdo al profesor Rosso, algunos de sus sinónimos son revestir, adornar, dotar, equipar y proveer; lo que otorga a la expresión un carácter demasiado amplio, pudiendo virtualmente, cualquier mueble quedar cobijado por el estatuto¹⁷⁷.

De acuerdo al profesor antes indicado, debido a esta amplitud cierto sector de la doctrina ha intentado delimitar el catálogo de bienes, asimilando la expresión “muebles que guarnecen el hogar” al concepto de “ajuar” contenido en los artículos 574 y 1121 del Código Civil¹⁷⁸. Tanto Rosso como Corral se manifiestan contrarios a dicha interpretación por las siguientes consideraciones:

- i. El artículo 574 es una disposición de carácter “instrumental” y no de “fondo”¹⁷⁹.
- ii. Porque el artículo 574 no define lo que debe entenderse por “ajuar”, sino que indica que es lo que no debe entenderse por tal¹⁸⁰.
- iii. Porque, de acuerdo al diccionario de la RAE, la expresión ajuar es igualmente amplia y vaga e incluye “el conjunto de muebles, enseres y ropas de uso común de la casa”¹⁸¹.

Por dichas consideraciones, tanto el profesor Rosso¹⁸² como la profesora Hübner¹⁸³ concluyen que la expresión “muebles que guarnecen la residencia principal de la familia” debe entenderse en un sentido “vulgar”, como sinónimo de “amoblado” de una casa, en conformidad a la situación socioeconómica de la familia.

¹⁷⁶ Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 107.

¹⁷⁷ Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 102.

¹⁷⁸ Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 102. En este mismo sentido Tomasello señala que “entendemos que estos bienes muebles que guarnecen el hogar corresponden a lo que habitualmente se denomina el ajuar”. TOMASELLO Hart, Leslie. *Op. Cit.*, p. 147.

¹⁷⁹ Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. *Bienes Familiares...* *Op. Cit.*, p. 66.

¹⁸⁰ Cfr., ROSSO ELORRIAGA, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 102.

¹⁸¹ *Ibíd.*

¹⁸² Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, pp. 102-103.

¹⁸³ Cfr., HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 112.

Nos parece que el fin protector de la institución es el que permite determinar (dependiendo de los casos concretos) qué debe entenderse por los “muebles que guarnecen el hogar”. De esta manera, no todos los objetos que se encuentren “dentro” de la casa formarán parte de dicha expresión, sino que serán únicamente aquéllos que sean necesarios y de uso habitual de la familia, lo que dependerá, naturalmente, tanto de la evolución social como de la situación económica del grupo familiar en concreto¹⁸⁴. Ello en tanto, como dice el profesor Pablo Rodríguez, los bienes muebles en cuestión tienen una relación “unitaria” que descansa sobre un mismo centro de gravedad: “el servir a las necesidades domésticas del grupo familiar”¹⁸⁵.

De esta manera, resultan excluidos (sin necesidad de recurrir al citado artículo 574 del Código Civil) tanto los bienes de lujo (en tanto son de beneficio individual y no familiar)¹⁸⁶ como los automóviles (en tanto exceden las necesidades de habitación del grupo familiar).

Un camino algo similar ha seguido la escasa jurisprudencia en la materia. Así lo hizo nuestra E. Corte Suprema en sentencia fechada a 31 de Mayo de 2007¹⁸⁷. En la especie, se demandó la afectación tanto del inmueble que servía de residencia principal de la familia como de los muebles que lo guarnecían. El marido, allanándose a la afectación del bien raíz, se opuso únicamente a la de algunos muebles (obras de arte y mobiliario fino de la casa), cuestión en torno a la cual giró la controversia. Los Tribunales de instancia, distinguiendo entre aquellos bienes que resultaban prescindibles e imprescindibles a la familia, rechazaron la declaración respecto de los muebles ya señalados. Contra la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago se alzó la demandante con recurso de casación en el fondo.

¹⁸⁴ Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 104. En este mismo sentido se pronuncia la profesora Hübner. Cfr., HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 112.

¹⁸⁵ RODRÍGUEZ Grez, Pablo. *Op. Cit.*, p. 282.

¹⁸⁶ Cfr., HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 112.

¹⁸⁷ Excelentísima Corte Suprema, García-Huidobro con Zegers, Recurso de Casación en el fondo, Rol N° 1245-2007, 31.5.2007.

En primer lugar, cabe destacar que, para esclarecer el alcance de la expresión en comento, nuestro supremo tribunal echó mano de los artículos 574 y 1.121 del Código Civil (Considerando Sexto), para concluir en su considerando Séptimo:

“Que de las reglas transcritas se colige que los bienes muebles de una casa o los que guarnecen la residencia familiar, son aquéllos que la visten y se encuentran en ella, con excepción de los que tienen un carácter personal o profesional, que no es el caso de los que se reclaman. La misma idea se repite en el artículo 1942 del Código Civil, al prevenir que “Podrá el arrendador, para seguridad de este pago (precio o renta), y de las indemnizaciones a que tenga derecho, retener todos los frutos existentes de la cosa arrendada, y todos los objetos con que el arrendatario haya amoblado, guarnecido o previsto”. Es evidente que la institución, materia de estos autos se orienta a no privar a la familia de su vivienda y amoblado, esto es, a mantener, en la medida de lo posible la estabilidad del ambiente familiar”.

Agrega la Corte, en su Considerando Octavo:

“Que de los antecedentes se observa que los sentenciadores excluyeron de la declaración de bien familiar ciertos bienes muebles individualizados por el demandado, por estimarlos “prescindibles para el desempeño del núcleo familiar básico”.

“Si el legislador alude, a los muebles que guarnecen el hogar, no es lícito al intérprete distinguir entre los que son imprescindibles y los que no lo son”.

“Es más, si se desea restringir el concepto, entendiendo que se refiere la Ley a los que sean de ordinario uso en el hogar de que se trata, en la especie tal presupuesto se cumple plenamente, pues los bienes que se exceptúan de tal condición son, en general, muebles finos, elegantes o de estilo, adquiridos durante la vigencia de la vida conyugal, que adornan y visten la casa familiar de acuerdo al gusto y preferencia de sus integrantes. Estos son congruentes con los demás bienes muebles que alhajan el inmueble como se observa del inventario confeccionado por la Secretaría del Tribunal, que se lee a fojas 91”.

A la luz de de los considerandos precedentemente citados, resulta evidente que la Corte tomó una posición algo más amplia que la ya señalada, no sólo respecto de los muebles cuya afectación puede solicitarse, sino también respecto del rol de resguardo de la institución. Ello en tanto indica que el fin protector de la misma apunta a “mantener, en la medida de lo posible, la estabilidad del ambiente familiar”. ¿Es el ambiente familiar el que quiere proteger el legislador? Como se argumentó en el acápite pertinente, estimamos que el estatuto pretende resguardar la incolumidad del grupo familiar, asegurando un conjunto de bienes que se consideran esenciales de acuerdo a la posición socioeconómica de la familia. No es el “ambiente familiar” en sentido amplio, sino los bienes que específicamente la familia en concreto requiere para desarrollarse como tal. Un *mínimum* pensable únicamente desde el punto de vista del caso concreto. Cabe destacar que la Corte aceptó la afectación de obras de arte de gran valor pecuniario en tanto “adornaban” la residencia principal de la familia. Respecto del mobiliario fino, concordamos con la Corte, en tanto debe entenderse que éste es acorde a la posición social de la familia. El caso de las obras de arte resulta un poco más complejo.

Algo más razonable consideramos el voto disidente que recibió la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en esta misma causa, por parte de la abogado integrante Andrea Muñoz. Estimamos que este voto pone de relieve el problema en su extensión. En el Considerando Tercero del mismo se lee:

“Que, en la especie, la sentencia que se revisa ha estimado que determinados bienes del matrimonio que litiga en estos autos no merecen ser sometidos al estatuto de los bienes familiares, por considerarlos prescindibles para el desempeño del núcleo familiar, aún teniendo en consideración las condiciones sociales. Entre ellos se encuentran diferentes tipos de bienes, como son cuadros, estatuas, cómodas, alfombras, mesas, sillas, cuchillería y adornos varios, que tienen un sello común: se trata, en general, de muebles finos, o de estilo, comprados en anticuarios o en remates, o adquiridos por otras vías, durante el tiempo de convivencia del matrimonio. Sin embargo, esta condición de aquellos bienes, no resulta excepcional respecto del conjunto de los bienes que alhajan o visten el hogar de la familia Zegers García-

Huidobro, como se advierte fácilmente, del inventario de los bienes del inmueble ubicado en calle Soria 691, levantado por la secretaria del tribunal, que rola a fojas 91 y siguientes. En efecto, de su lectura se desprende que se trata de una casa elegantemente vestida, alhajada con muebles finos y antiguos, en la cual no hay otras alfombras que los tapices persas que fueron excluidos, en donde la cómoda del dormitorio principal es una cómoda francesa, cubierta de mármol " también excluida " y la silla mecedora de la salita de estar es una silla de Viena enjuncada, antigua y original, también excluida. Desde esa perspectiva, resulta difícil señalar si la cómoda, la silla, las alfombras y demás muebles que están en los distintos sectores de la casa, son objetos prescindibles o no. Resulta evidente que todos ellos pueden ser reemplazados por otros, más ordinarios o comunes, que funcionalmente habrán de cumplir el mismo rol que los existentes, sin embargo, la casa está vestida así, corresponde a los gustos y preferencias de esa familia, lo cual indica que esos bienes muebles son los que han de ser declarados familiares, en la medida que ellos guarnecen y constituyen el ajuar de la residencia familiar. Podría discutirse si los cuadros o el mueble de estilo que al parecer pertenecía a don Mateo de Toro y Zambrano se encuentran en la misma condición, o merecen un trato especial, sin embargo, en el contexto que se ha establecido, no hay una diferencia sustancial, son parte del mobiliario y su valor "según dan cuenta los recibos acompañados en autos" no resulta exorbitante. Tampoco se ha alegado ni acreditado que éstos tengan un valor de afección especial, sino más que nada son del gusto del matrimonio y se puede presumir que, en especial, del demandado" (Subrayados nuestros).

De esta manera, el voto disidente pone en alerta al intérprete: no se trata siempre de una inclusión o exclusión en abstracto; en lo que respecta a los muebles considerados "lujosos", ambos se hunden en las determinaciones del caso concreto y en las características específicas de la familia.

3.2. ¿Es accesoria la afectación de los muebles?

La doctrina ha discutido si la afectación de los bienes muebles es accesoria a la de los inmuebles. Unánimemente, indica que la afectación de los muebles no guarda

una relación accesoria respecto de la del inmueble que sirve de residencia principal a la familia¹⁸⁸. De esta manera, bien podría solicitarse que se declaren como familiares los bienes muebles de manera exclusiva. Sin embargo, resalta también que, desde el punto de vista de la historia fidedigna de la Ley, la interpretación en comento no sería la correcta. Así, por ejemplo, el profesor Corral señala que “hay indicios (...) de que en la mente de los legisladores estaba la idea de que los muebles resultaran afectados consecucionalmente por la afectación del inmueble familiar. Así se deduce, por ejemplo, de las razones esgrimidas para rechazar una indicación del senador Sr. Cantuarias que pretendía agregar una norma para disponer que la desafectación del inmueble implicaba la de los bienes muebles. La indicación es rechazada con la siguiente argumentación: “Tuvo presente la Comisión que, al afectarse el inmueble, sólo se afectan por vía consecucional los muebles que lo guarnecen, pero no se inventarían los bienes muebles, lo que sería muy engorroso”¹⁸⁹.

Para probar su punto, la doctrina funda su opinión en:

- i. La finalidad del estatuto. En caso de opinarse de manera diferente, sería imposible solicitar la afectación de bienes muebles que guarnecen la residencia principal de la familia establecida en un inmueble de propiedad de un tercero. Así las cosas, se excluiría de protección al sector de familias que arriendan, lo que resultaría manifiestamente injusto¹⁹⁰.
- ii. Un argumento de texto. De acuerdo al profesor Corral: “Los bienes muebles deben guarnecer “la residencia principal de la familia”, y no necesariamente el inmueble de propiedad de los cónyuges que desempeña dicha función”¹⁹¹.

¹⁸⁸ En este sentido se pronuncia, por ejemplo, el profesor Corral. Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 64. Así también lo hace la profesora Hübner. Cfr., HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 113.

¹⁸⁹ CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 64. En el mismo sentido se pronuncia el profesor Orrego. Cfr., ORREGO Acuña, Juan Andrés. *Op. Cit.*, p. 330. Así también lo hace la profesora Hübner. HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 113.

¹⁹⁰ Cfr., HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 113. En el mismo sentido Rosso. Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 109.

¹⁹¹ CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 64. En el mismo sentido Orrego. Cfr., ORREGO Acuña, Juan Andrés. *Op. Cit.*, p. 330.

Concordamos con la doctrina en este punto y, por lo tanto, la afectación de los muebles resulta ser independiente de la del inmueble. Las consecuencias de ello son claras:

- a. Es necesario solicitar la afectación de los muebles, expresamente, si se persigue la declaración de éstos como familiares. La sola afectación del inmueble no implica la afectación de los muebles.
- b. Puede solicitarse exclusivamente la afectación de los muebles.
- c. La desafectación del inmueble no implica la desafectación de los muebles.

3.3. La necesidad de inventario.

En este punto, la doctrina se encuentra dividida entre aquellos que indican que es necesario especificar los muebles a afectar y así recomiendan la confección de un inventario de los mismos; y entre quienes sostienen que ello no es requerido. Empero, todos destacan que la Ley no ha establecido dicho requisito.

Las posiciones que indican que no es necesario especificar los bienes a afectar (ni menos confeccionar un inventario) esgrimen los siguientes argumentos en su favor:

- a. En primer lugar, el ya señalado, en cuanto la Ley no ha exigido dicho presupuesto.
- b. En segundo lugar, señalan que entre los muebles que guarnecen el inmueble que sirven de residencia principal a la familia existiría una especie de “universalidad de hecho”, lo que sería acompañado de cierto grado de flexibilidad en la afectación de los mismos. Así indica el profesor Ramos Pazos: “Por mi parte, antes de resolver lo del inventario, creo pertinente formular una pregunta previa. Cuando el artículo 141 habla de los bienes que guarnecen el hogar, ¿se está refiriendo a bienes muebles perfectamente individualizados, existentes en el momento en que se pide la declaración o se está pensando en una universalidad de hecho, de tal suerte que si los bienes muebles originarios

se enajenan, puedan ser reemplazados por los que el cónyuge propietario vaya adquiriendo en su reemplazo? Personalmente, me parece mejor solución la segunda, pues lo contrario implicaría hacer un inventario al momento de producirse la afectación y posteriormente tener que estar concurriendo a los tribunales cada vez que se adquiriera un nuevo bien para pedir que se le considerare bien familiar¹⁹² (énfasis agregado).

- c. En tercer lugar, destacan que esta es la interpretación que más se aviene con el fin protector de la institución.

Ello despunta en que no es necesario individualizar los bienes muebles a afectar en la demanda que se interponga, ni tampoco en la sentencia que lo decrete. Rosso, quien tiene una opinión bastante próxima al profesor Ramos Pazos, concluye: “Como no hay precisión respecto a cuáles son los muebles afectados, desde el instante mismo en que se produzca la declaración judicial será posible que bienes que guarnecían el hogar al momento de la presentación de la solicitud respectiva, dejen de tener dicha calidad por haber salido de la casa, piso o departamento; a su vez, otros que no estaban originalmente, pueden incorporarse con tal carácter a posteriori”¹⁹³.

Los profesores Court¹⁹⁴, Corral¹⁹⁵ y Orrego¹⁹⁶ opinan distinto. Esta segunda posición toma en consideración un elemento que, creemos, la primera posición pasa por alto, esto es, el necesario equilibrio que debe existir entre el régimen de bienes del matrimonio y los intereses de los terceros; vale decir, fundan su argumentación en la seguridad jurídica¹⁹⁷. De esta manera, cada vez que se demandase la declaración de bienes muebles debería especificarse cuáles son aquellos que se pretende afectar, especificación que tendría que ser recogida por la respectiva sentencia.

En efecto, estimamos que ésta es la posición correcta. Ello en tanto de seguirse las posiciones de los profesores Ramos Pazos y Gian Franco Rosso, habría

¹⁹² RAMOS Pazos, René. *Op. Cit.*, p. 356.

¹⁹³ ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, pp. 105-106.

¹⁹⁴ Cfr., COURT Murasso, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 11.

¹⁹⁵ Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. *Bienes familiares... Op. Cit.*, p. 66.

¹⁹⁶ Cfr., ORREGO Acuña, Juan Andrés. *Op. Cit.*, p. 333.

¹⁹⁷ Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. *Bienes Familiares... Op. Cit.*, p. 66.

que reconocer que el legislador reservó un estatuto específico para la afectación de muebles, cosa que no parece ser cierta. En este sentido, afirman que la “desafectación” operaría de pleno derecho, tan sólo al retirar un bien mueble de la residencia principal de la familia; cosa que, en ningún caso, podría ocurrir respecto de los bienes raíces. A ello se suma la destacable desprotección e inseguridad que sufrirían los terceros, a la hora de celebrar actos jurídicos sobre bienes muebles, toda vez que ellos no están sujetos a registro.

Finalmente, el profesor Corral destaca que: “La Corte Suprema, dictando sentencia de reemplazo después de anular la de apelación, ha señalado que si bien da lugar a la afectación del inmueble como familiar debe eliminarse de la sentencia de primera instancia confirmada la expresión “y los muebles que lo guarnecen “porque” no se les incluyó en la demanda de autos” (C. Sup. 19 de diciembre de 2002, RDJ, t. 99. Sec 1ª, p. 307)”¹⁹⁸.

3.4. La afectación parcial de muebles.

De acuerdo a los profesores Corral¹⁹⁹ y Orrego²⁰⁰ es perfectamente posible que se solicite la afectación de sólo algunos de los muebles que guarnecen la residencia principal de la familia. Ello en tanto la Ley no prohíbe dicha circunstancia. Consideramos correcta esta posición, toda vez que nos manifestamos a favor de la afectación parcial de los inmuebles.

4. Derechos o acciones.

Indica el inciso primero del artículo 146 del Código Civil que “lo previsto en este párrafo se aplica a los derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias de un inmueble que sea residencia principal de la familia”.

¹⁹⁸ CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 67.

¹⁹⁹ Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 65.

²⁰⁰ Cfr., ORREGO Acuña, Juan Andrés. *Op. Cit.*, p. 331.

Dos son los elementos que se desprenden de esta disposición. En primer término, indica que el objeto de afectación en estos casos serán los “derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias de un inmueble que sea residencia principal de la familia” y no el inmueble propiamente tal. Por dicha circunstancia el profesor Rosso afirma que los derechos y acciones tienen un carácter “directo” como objeto de afectación y uno “indirecto” como objeto de protección. Ello en tanto “(...) la intención de la Ley no es asegurar en el patrimonio de los cónyuges tales derechos o acciones, sino que proteger la permanencia de la familia en el inmueble que le sirve en un momento dado de residencia principal”²⁰¹. En segundo lugar, la norma parece excluir la afectación de los muebles que guarnecen el hogar, que son de propiedad de una sociedad sobre la cual cualquiera de los cónyuges tenga derechos o acciones²⁰².

La Corte de Apelaciones de Concepción, ha indicado que con esta forma de afectación se “(...) pretende evitar que por medio de una propiedad indirecta, a través de formas societarias, se eluda el estatuto de los bienes familiares”²⁰³.

Cabe destacar que la afectación en estos casos puede efectuarse sin consideración al valor o cuantía de los derechos o de las acciones²⁰⁴, a diferencia de lo que ocurría con el proyecto de la Ley que exigía interés mayoritario²⁰⁵. A ello cabe agregar, que “esta normativa no distingue de qué sociedad debe tratarse, razón por la cual quedan comprendidas todas ellas, cualquiera sea su naturaleza”²⁰⁶.

Finalmente, resulta igualmente importante señalar que la forma de afectación respecto de estos bienes incorporales es distinta de la prevista para los corporales. Esta situación será analizada en el Capítulo siguiente.

²⁰¹ ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 113.

²⁰² Cfr., RODRÍGUEZ Grez, Pablo. *Op. Cit.*, p. 293. Así también se pronuncia Tomasello. Cfr., TOMASELLO Hart, Leslie. *Op. Cit.*, p. 147.

²⁰³ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, Cuevas con Becerra, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 192-2009, 25.6.2009. Considerando Sexto.

²⁰⁴ Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. *Bienes Familiares... Ob. Cit.*, p. 68.

²⁰⁵ Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 110.

²⁰⁶ RODRÍGUEZ Grez, Pablo. *Op. Cit.*, p. 293.

CAPÍTULO IV LA CONSTITUCIÓN DE LOS BIENES FAMILIARES.

1. Generalidades.

Para abordar el problema de la constitución de los bienes en familiares es necesario distinguir la afectación de los inmuebles y muebles; de la de los derechos o acciones que los cónyuges tengan sobre la sociedad propietaria del inmueble que sirve de residencia principal a la familia. Ello en tanto el estatuto contempla dos regímenes distintos de afectación. Para los primeros, ha reservado la intervención de la justicia, mientras que, para los segundos, no la ha requerido.

La doctrina explica este desajuste a partir de la historia fidedigna de la Ley²⁰⁷. Así, indica que la idea original del proyecto presentado por El Ejecutivo contemplaba una sola forma de afectación: la declaración unilateral de uno de los cónyuges mediante escritura pública. Sin embargo, en la tramitación ante el Senado, nuestros parlamentarios estimaron que así planteada la institución tenía atisbos serios de inconstitucionalidad. Por tal razón, se substituyó el modelo original para la afectación por otro (el actualmente vigente) que exige la intervención de la justicia para la declaración de familiar del inmueble que sirve de residencia principal de la familia, así como para los muebles que la guarnecen. El problema – aparentemente por descuido y olvido – radica en que no se modificó el artículo 146 que se refiere a los derechos y acciones, el que actualmente pervive.

2. La afectación sobre el inmueble que sirva de residencia principal de la familia y de los muebles que guarnecen el hogar.

Como se ha señalado, el Código exige la intervención de la justicia para la afectación tanto del inmueble que sirve de residencia principal de la familia como de los

²⁰⁷ Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, pp. 119-126.

muebles que la guarnecen. Así lo establece el inciso segundo del artículo 141 del Código Civil. En este se lee que:

“El juez citará a los interesados a la audiencia preparatoria. Si no se dedujese oposición, el juez resolverá en la misma audiencia. En caso contrario, o si el juez considerase que faltan antecedentes para resolver, citará a la audiencia de juicio”.

Lo anterior, es bastante claro y no deja duda del papel ineludible de la declaración judicial a la hora de la afectación de estos bienes como familiares. Sin embargo, el profesor Corral indica que bien podría pensarse que la nueva Ley de matrimonio civil (Ley 19.947) modificó el estatuto en comento indirectamente mediante la inclusión de lo que la doctrina denomina el “acuerdo regulador”. En efecto, el artículo 21 de esa Ley dispone que:

“Si los cónyuges se separaren de hecho, podrán, de común acuerdo, regular sus relaciones mutuas, especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio”.

Así las cosas, en tanto el legislador incorporó las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio al acuerdo regulador (expresión en la cual cabría el estatuto de los bienes familiares) no existiría obstáculo alguno para que marido y mujer, sin mediar intervención de la justicia, afectasen de común acuerdo los bienes que en este acápite se tratan.

Sin embargo, para el profesor Corral esto no es correcto. En primer término, porque el artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil no lo señala explícitamente y; en segundo, por la exigencia específica que establece el artículo 141 del Código Civil acerca de la intervención judicial en la declaración²⁰⁸. A ello correspondería agregar por cierto los argumentos planteados en la tramitación de la Ley en el Senado, donde se

²⁰⁸ Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 69.

señaló la necesidad de la declaración judicial. Producto de lo anterior, estimamos que la afectación sigue requiriendo la intervención de la justicia.

Cuestión distinta es si ésta es la solución que debería seguir el legislador a la hora de reformar el estatuto. De acuerdo a Eduardo Court, el sistema vigente es “inconveniente” en tanto exige intervención judicial aun cuando los cónyuges estén de acuerdo en la materia o cuando sea el mismo cónyuge propietario quien solicite la afectación. De esta manera, de acuerdo al mismo autor, el estatuto pierde gran parte de su importancia práctica²⁰⁹. Como bien previene Tomasello, cuando se analiza el estatuto es necesario mirar tanto a los cónyuges (como hace Court) como a los terceros. En esta segunda dimensión, destaca que la afectación de mutuo acuerdo (sin intervención de la justicia) podría venir acompañada de serios perjuicios a los terceros acreedores del cónyuge propietario²¹⁰. Sin embargo, ello no nos parece concluyente, mientras se exija la inscripción de la afectación en el registro pertinente. Respecto a los bienes muebles, indicamos en el Capítulo anterior²¹¹ que concordamos con aquel sector de la doctrina que exige la especificación de éstos en la solicitud y en la sentencia. Por las mismas razones que ahí expusimos, consideramos que en caso de contemplarse su afectación desjudicializada, debería exigirse expresamente un catálogo de ellos. De este modo, se evita de algún modo el problema planteado por Tomasello.

Cabe destacar que el proyecto de Ley que pretendía implementar la comunidad de gananciales contemplaba expresamente la posibilidad de afectación de mutuo acuerdo de los bienes en comento por medio de escritura pública. Con esta reforma, “(...) el instituto de los bienes familiares no sólo puede entrar en funcionamiento una vez sobrevinida la crisis familiar, como hasta ahora la práctica lo confirma, sino también durante la normalidad matrimonial, pues se trata de una institución

²⁰⁹ Cfr., COURT Murasso, Eduardo. *Op. Cit.*,13.

²¹⁰ Cfr., TOMASELLO Hart, Leslie. *Op. Cit.*, pp. 148-149.

²¹¹ *Vid. Infra*. Capítulo III. Punto 3.3: “La necesidad de inventario”.

encaminada a garantizar la estabilidad de la vivienda familiar y, en definitiva, la incolumidad del grupo familiar”²¹².

Finalmente, es necesario señalar que nuestra legislación se aleja de algunos de los modelos establecidos en el Derecho comparado. Por ejemplo, la legislación peruana contempla dos maneras de constituir el “patrimonio familiar”: la primera, es judicial, la segunda administrativa, y se efectúa ante un Notario²¹³. Por su parte, la legislación argentina establece un modelo desjudicializado²¹⁴.

Los problemas de los cuales se hace cargo la doctrina a propósito de la constitución de bienes familiares muebles e inmuebles son los siguientes:

- a. La legitimación activa.
- b. El procedimiento aplicable y el tribunal competente.
- c. Imperatividad de la declaración.
- d. La afectación provisoria.
- e. La afectación definitiva.
- f. El fraude en la declaración en obtener la declaración.

2.1. Legitimación activa.

La doctrina discute quienes pueden solicitar la afectación de un bien familiar. Si bien es cierto, la totalidad de los comentaristas está de acuerdo en que sólo pueden solicitarla los cónyuges, no existe el mismo consenso a la hora de determinar si la legitimación activa radica solamente en el cónyuge no propietario, o bien, si recae en cualquiera de ellos.

Respecto a la exclusividad conyugal de la solicitud es necesario precisar algunos puntos relevantes. De acuerdo al profesor Corral, el texto de la Ley 19.335 no hacía referencia alguna a la legitimación activa para la solicitud. Así – explica – que fue

²¹² LATHROP Gómez, Fabiola. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 5.

²¹³ Cfr., Artículos 493 y ss del Código Civil del Perú y Artículo 24 de la Ley 26.663 del año 1996.

²¹⁴ Cfr., Ley 14.394 de la República de Argentina.

el texto refundido y sistematizado del D.F.L. 2 el que introdujo la frase “a petición de cualquiera de los cónyuges” en el artículo 141 del Código Civil. Sin embargo, dicha expresión tuvo corta vida, en tanto la Ley 19.968 (que modificó el estatuto en algunos puntos) suprimió la expresión ya indicada²¹⁵. De esta manera, la normativa vigente no excluye de la legitimación activa, textualmente, a todos aquellos que no sean los cónyuges.

Pero como ya se ha señalado, la doctrina estima que tal es el caso. ¿Por qué? Eduardo Court enfatiza el hecho de que, en la mayor parte del articulado, se hace referencia únicamente a los cónyuges, lo que se nota particularmente cuando el Código trata los efectos de la declaración. Finalmente, agrega para su causa dos razones poderosas. En primer lugar, indica que al regular la afectación de derechos y acciones (art. 146 inciso tercero) el código dispone que ésta le corresponde a “cualquiera de los cónyuges”. En segundo término, resalta que el inciso final del artículo 141 se refiere “al cónyuge que actuare fraudulentamente para obtener la declaración”. Así, concluye que sólo los cónyuges pueden solicitarla “y sólo los cónyuges, no siendo titulares de la acción los hijos, por más que puedan ser beneficiarios de la declaración. En efecto, la Ley no exige su voluntad para la validez de los actos ejecutados sobre esos bienes; ni les concede la acción rescisoria. Estas razones nos conducen a excluirlos de la titularidad de la acción”²¹⁶.

Como resulta claro, si la legitimación activa se restringe únicamente a los cónyuges, excluyendo a otros miembros de la familia, también se descartan en este sentido a los terceros.

Pese a que compartimos los criterios de interpretación y las conclusiones de los comentaristas en este punto, creemos que debiera existir un reconocimiento explícito de los hijos por parte del legislador. Si como se ha visto²¹⁷, en determinados casos estos pasan a constituir los presupuestos de aplicación del estatuto (siguiendo el

²¹⁵ Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. *El Estatuto... Op. Cit.*, p. 20.

²¹⁶ COURT Murasso, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 20.

²¹⁷ *Vid. Supr.* Capítulo III. Punto 2.5.3 sub punto 2): “Familias disgregadas y existencia de hijos: El criterio numérico”.

criterio numérico a propósito de la residencia principal de la familia) no existe razón alguna para excluirlos de la legitimación activa si consideramos que los intereses de los cónyuges no son necesariamente idénticos a los de la familia.

Habiendo aclarado lo anterior, es posible analizar el segundo problema tratado por la doctrina. ¿La legitimación activa es exclusiva del cónyuge no propietario o radica en cualquiera de ellos? Dicha discusión no ha sido pacífica entre los comentaristas.

En primer término, algunos opinan que la declaración sólo puede pedirla el cónyuge no propietario contra el cónyuge propietario. Así se pronuncian los profesores Ramos Pazos²¹⁸ y Pablo Rodríguez²¹⁹, aunque no esgrimen argumento alguno en su favor.

En segundo lugar, otros estiman que ésta le corresponde a cualquiera de los cónyuges. Destacan en esta postura los profesores Corral²²⁰, Court²²¹, Orrego²²² y Rosso. Este último funda su posición en que el Código no distingue cual de los cónyuges puede solicitar la declaración (por lo tanto, le corresponde a cualquiera); así como señala que es la interpretación acorde a la historia fidedigna de la Ley²²³.

Aunque pueda pensarse que rara vez el cónyuge propietario solicitará la afectación; y aún más, que en aquellos casos ambos cónyuges se encontrarán de acuerdo, estimamos que no sería pertinente excluir esa posibilidad. De todos modos, reiteramos las consideraciones señaladas acerca de una necesaria reforma al estatuto que despunte en una desjudicialización de la afectación cuando marido y mujer se encuentren de acuerdo.

²¹⁸ Cfr., RAMOS Pazos, René. *Op. Cit.*, p. 360.

²¹⁹ Cfr., RODRÍGUEZ Grez, Pablo. *Op. Cit.*, p. 287.

²²⁰ Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. *Bienes Familiares... Op. Cit.*, p. 69.

²²¹ Cfr., COURT Murasso, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 20.

²²² Cfr., ORREGO Acuña, Juan Andrés. *Op. Cit.*, p. 335.

²²³ Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 129.

2.2. Procedimiento aplicable y tribunal competente.

Antiguamente, la doctrina discutía latamente sobre el procedimiento que el legislador había reservado a la constitución de los bienes familiares. Afortunadamente, esos problemas fueron resueltos por la nueva Ley de Tribunales de Familia, que modificó el inciso segundo del artículo 141 CC. Éste, en su redacción vigente, dispone que:

“El juez citará a los interesados a la audiencia preparatoria. Si no se dedujese oposición, el juez resolverá en la misma audiencia. En caso contrario, o si el juez considerase que falta antecedentes para resolver, citará a la audiencia de juicio”.

De esta manera, salta a la vista que el procedimiento propio de la afectación es uno especial de familia, el que puede quedar finiquitado en la audiencia preparatoria (y así, no necesariamente en la de juicio). Se llevará a cabo la audiencia de juicio sólo en el caso que no exista acuerdo entre los cónyuges, o bien, cuando no existan antecedentes suficientes para resolver. Así las cosas, los cónyuges (aunque estén de acuerdo) no están eximidos de la prueba de los presupuestos que habilitan la declaración.

La competencia absoluta estará radicada en los Tribunales de Familia (desde el 1º de Octubre de 2005) en conformidad al numeral 15 del artículo 8 de la Ley Nº 19.968. De acuerdo al profesor Corral “nada se señala sobre la competencia territorial, por lo que se aplicará, la regla general del art. 134 del Código Orgánico de Tribunales que asigna dicha competencia al tribunal del domicilio del demandado”²²⁴.

2.3. Imperatividad de la declaración.

El tenor literal de la Ley confronta a la doctrina también en este punto. Ello en tanto el artículo 141 dispone que los bienes “podrán” ser declarados familiares por el juez. Por ello, los comentaristas se preguntan si la declaración resulta ser imperativa

²²⁴ CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... Ob. Cit., p. 70.

para el juez (habiéndose acreditado los requisitos para la afectación) o bien si corresponde a una facultad discrecional.

El profesor Rosso indica que la declaración es facultativa para el Tribunal. Así las cosas, “para que el juez que conoce de un proceso determinado declare en definitiva el bien específico como familiar, es necesario no solamente que verifique si se encuentran cumplidos los requisitos legales, sino, además, que adquiera la convicción, en conformidad a los antecedentes acompañados al proceso, que dicha declaración es imprescindible para asegurar el bien en el patrimonio del o de los cónyuges propietarios, y que al mismo tiempo, la afectación no traerá aparejadas otras consecuencias o perjuicios diversos a los que de la propia Ley se desprenden”²²⁵. Agrega más adelante que “si el tribunal advierte alguna situación que no está acorde con la finalidad de la institución (v. gr., sólo se persigue hacer daño) o no se observa la necesidad de la declaración (v. gr., el cónyuge que solicita la declaración es dueño de otro inmueble o presenta una mejor situación patrimonial que el cónyuge demandado), en nuestra opinión, deberá rechazar la solicitud”²²⁶.

Posición distinta sostiene el profesor Corral, en tanto señala que teniendo a la vista la finalidad protectora de la institución, tal declaración resulta ser imperativa para el juez²²⁷. Entendemos que ésta es la posición correcta, y así también lo han entendido nuestros Tribunales de justicia. Por ejemplo, nuestra Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado al respecto²²⁸.

“Que el inciso 1º del artículo 141 del Código Civil es una norma de carácter imperativo, no obstante el uso del vocablo “podrán”, el cual indica que frente a los supuestos allí indicados, el cónyuge que lo estime necesario tendrá la posibilidad de optar entre solicitar o no solicitar la declaración de bien familiar, es decir no está

²²⁵ ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 148.

²²⁶ *Ibíd.*

²²⁷ Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. *Bienes Familiares... Ob. Cit.*, pp. 71-72.

²²⁸ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Véliz con Calquín, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 10145-2005, 16.10.2008.

obligado a pedirlo; pero requerido que sea el juez y dados los dos supuestos exigidos, la declaración entonces se torna perentoria” (Considerando Séptimo).

Vale decir, la Corte entendió que la expresión “podrán” se refiere a los cónyuges y no al Tribunal, el que está obligado a efectuar la declaración en caso de cumplirse los requisitos que el articulado establece. Aún más, cabe destacar que tampoco los “supra-requisitos” exigidos por el profesor Rosso han encontrado asidero en la jurisprudencia. Así, por ejemplo, Rosso indica que el cónyuge no propietario solicitante no debe tener inmuebles de su propiedad para acceder a la institución (lo que la Ley en parte alguna señala). La I. Corte de Apelaciones de Valparaíso²²⁹ se pronunció específicamente contra tal criterio, siendo confirmada su decisión por la E. Corte Suprema. Respecto de los abusos de los cónyuges (los que el profesor Rosso pretende evitar con su opinión), es necesario resaltar que el Código ha generado un mecanismo explícito en tal sentido, el que se verá a la hora de tratar la afectación de bien familiar fraudulenta.

2.4. Afectación Provisoria.

Una de las disposiciones del estatuto más debatidas en la doctrina es la contenida en el inciso tercero del artículo 141 del Código Civil. Éste dispone que:

“Con todo, la sola interposición de la demanda transformará provisoriamente en familiar el bien de que se trate. En su primera resolución el juez dispondrá que se anote al margen de la inscripción respectiva la precedente circunstancia. El Conservador practicará la subscripción con el sólo mérito del decreto que, de oficio, le notificará el tribunal”.

Los problemas que en este punto han puesto de relieve los comentaristas dicen relación, primero, con lo que debe entenderse por “interposición de la demanda” y, en segundo lugar, con el “momento” en el cual surte efecto la afectación provisoria, que

²²⁹ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, Miranda con Mery, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 2874-2003, 29.11.2005. Considerando Tercero.

tiene estrecha relación con el rol que el estatuto le otorga a la inscripción en la afectación de los bienes inmuebles.

El problema resulta ser bastante complejo y tiene consecuencias jurídicas importantes, en tanto todos y cada uno de los efectos de la institución de los bienes familiares se manifiestan con la afectación provisoria.

El primero de los problemas es de una solución relativamente sencilla. Así, de acuerdo al profesor Corral, la “interposición de la demanda” corresponde a la “fecha en que ella es efectivamente deducida ante el tribunal de familia competente”²³⁰.

El segundo resulta ser mucho más complejo y, para tratarlo, es necesario distinguir tanto el régimen propio de los inmuebles como de los muebles.

2.4.1. Afectación Provisoria de los inmuebles.

Respecto a los inmuebles, dos son las posiciones que dividen aguas en la doctrina. La primera, indica que el tenor de la Ley es claro: la sola interposición de la demanda transforma el bien en familiar. Por ello, todos los efectos propios de la institución operarían desde esa fecha (anterior, por cierto, a la de la notificación de la resolución al cónyuge demandado, así como a la de la inscripción). De esta manera, si el inmueble afectado provisoriamente se pretende enajenar, ni el cónyuge propietario demandado (no se requiere notificación) ni el tercero adquirente (no se requiere inscripción) pueden tener idea alguna de tal circunstancia y ser alcanzados igualmente por el principal efecto de la declaración y, por ende, el acto sería rescindible.

De esta opinión son los profesores Rosso y Corral. Cabe destacar que los argumentos que fundan su postura no son sólo literales (aunque se basan en el texto explícito de la norma). Para comenzar, indican que el tenor literal del inciso tercero del artículo 141 del Código Civil refleja precisamente la voluntad del legislador. Así, de

²³⁰ CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... Op. Cit., p. 72.

acuerdo a Rosso, durante la tramitación de la Ley 19.335 se discutió la posibilidad de burla del estatuto por parte del cónyuge propietario: éste, prevenido de cualquier manera de la existencia de la demanda en su contra (y antes que se le notificara la resolución respectiva o que se inscribiera en el registro la afectación), bien podría haber enajenado el inmueble en cuestión, eludiendo los efectos del estatuto. Fue por esa consideración expresa – continúa el mismo profesor – que el legislador reservó la afectación provisoria a la presentación de la demanda y no a la inscripción ni a la notificación²³¹. A su vez, indica que la opinión contraria fue también expresamente desechada en la tramitación de la Ley en comento. Agrega más adelante que la inscripción conservatoria como medida de publicidad sólo se aplica a los inmuebles. Al respecto señala que “de ahí que no sea posible supeditar los efectos de los bienes familiares en general, a un requisito que dice relación sólo con un tipo de bien susceptible de tal declaración, no obstante desde un punto de vista histórico-económico, sean los más importantes. Siguiendo la interpretación no literal, jamás los bienes familiares muebles deberían producir efectos frente a terceros, pues éstos continuamente se encontrarán en la imposibilidad de tomar conocimiento de la correspondiente declaración, situación que siempre atentaría contra la seguridad jurídica”²³². Finalmente, arguye que “(...) cuando el legislador desea que un acto produzca efectos entre las partes y respecto de terceros a partir de la inscripción en un registro, lo ha dicho expresamente, como en los artículos 1.716 y 1.723 del Código Civil (...) etc”²³³.

La principal falencia de esta interpretación es que deja al tráfico jurídico sumido en la más desconsolante incertidumbre. Por ello, “en la práctica los acreedores hipotecarios, y en especial los Bancos que financian operaciones hipotecarias, así como cualquiera otra persona que pretenda contratar con el cónyuge propietario, exigen la comparecencia del cónyuge no propietario a la escritura de constitución de hipoteca o de compraventa o de arrendamiento, aunque no se trate del inmueble que

²³¹ Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 142.

²³² ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 143.

²³³ ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 144.

sirve de residencia principal a la familia, con el propósito que el cónyuge no propietario declare no haber pedido la afectación del inmueble como familiar”²³⁴.

Por otro lado, la segunda posición al respecto, comprende a los profesores Court, Hübner y a uno de los redactores de la Ley 19.335, Carlos Peña. Este último, combatiendo el entendimiento precedente, indica, que la interpretación literal transgrede la voluntad explícita del legislador, en tanto modificaría los bienes de regímenes existentes en nuestra legislación transformando todos – en la práctica - en regímenes de administración conjunta, pues el tráfico exigiría que se contase con la autorización de ambos cónyuges para realizar los actos que prescribe el artículo 142 del Código Civil. A su vez, señala también que dicha interpretación transgrede reglas constitucionales explícitas y la protección de la confianza, principio fundamental del Derecho. Finaliza indicando que, de otro modo, la inscripción no tendría sentido²³⁵.

Para este sector de la doctrina, el rol de la inscripción es o de solemnidad propiamente tal (Court)²³⁶ o de formalidad de publicidad sustancial (Hübner)²³⁷. En cualquier caso, si el cónyuge propietario ejecuta alguno de los actos contenidos en el artículo 142 CC, sin contar con la autorización del cónyuge no propietario, éstos no podrían ser rescindidos mientras no se efectuase la anotación ya mencionada.

Además de los argumentos del profesor Carlos Peña la doctrina agrega a favor de esta interpretación que:

²³⁴ ORREGO Acuña, Juan Andrés. *Op. Cit.*, p. 338.

²³⁵ Cfr., PEÑA González, Carlos. Constitucionalidad de los bienes familiares. El Mercurio, Santiago, 2 Junio 1995.

²³⁶ “Conforme a esta interpretación, el inmueble que sirve de residencia principal de la familia sólo se transformaría provisoriamente en familiar al momento de la subinscripción de la resolución que recae sobre la demanda, al margen de la inscripción del inmueble”. COURT Murasso, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 15.

²³⁷ “No obstante lo perentorio de los términos en el sentido de que la sola presentación de la demanda transformará provisoriamente el bien en familiar, pensamos que sólo podrá tener tal característica respecto de terceros, desde que se subinscriba al margen de la inscripción de dominio tal condición, la que constituye una formalidad de publicidad, de carácter sustancial, de modo que su omisión produce inoponibilidad frente a terceros”. HÜBNER Guzmán Ana María. *Op. Cit.*, p. 115.

- i. No tendría sentido la sanción del artículo 143 si no se diera la posibilidad a los terceros adquirentes de conocer la situación que afecta al inmueble²³⁸, pues éste presume la mala fe de terceros adquirentes de un inmueble declarado como familiar.
- ii. La historia fidedigna de la Ley también permite esta posibilidad. De acuerdo a la profesora Hübner, durante la tramitación de la Ley se discutió el alcance del artículo 143. Así indica que “en el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se expuso que la presunción de mala fe operará cuando la declaración de un bien familiar conste al margen de la inscripción del inmueble, y en el segundo informe, que se aplicarán las reglas generales”²³⁹. Así agrega que “la aplicación de esas reglas generales conduce a la necesaria conclusión de que el bien raíz, no obstante su declaración provisoria de familiar por resolución judicial, no afecta a terceros, mientras la referida sentencia no sea subinscrita al margen de la correspondiente inscripción de dominio, ya que existiría de parte de éstos buena fe, puesto que no se podrían haber enterado de tal calidad al no figurar la inscripción en el libro respectivo del Conservador de Bienes Raíces”²⁴⁰.

Por nuestra parte, nos manifestamos por la segunda postura de la doctrina. Esta es la única que logra mantener el equilibrio entre el interés de la familia y el de los terceros. No obstante, es necesario decir algo sobre las consideraciones del profesor Rosso. Como bien señalamos en el acápite pertinente²⁴¹, el profesor en comento indica que la institución de los bienes familiares no se ubicaría en ningún caso dentro del régimen matrimonial primario, en tanto “no se aplica a todos los matrimonios”, pues debe mediar declaración. Como bien puede notarse, la interpretación que en este punto da de la institución es la contraria; porque tal y como señala Carlos Peña, seguir la doctrina de Rosso implica generalizar la práctica de exigir la concurrencia de la voluntad ambos cónyuges aun cuando el régimen de bienes que rija el matrimonio no

²³⁸ Cfr. COURT Murasso, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 14.

²³⁹ HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 117.

²⁴⁰ *Ibíd.*

²⁴¹ *Vid. Supr.* Capítulo II. Punto 2: “Fundamentos ante la doctrina”.

sea el de sociedad conyugal y, aún más, sin importar si el bien ha sido afectado o no, toda vez que no se requeriría inscripción alguna para la declaración.

Pese a que estimamos que la segunda postura es la correcta, debido a las dudas que la disposición contenida en el artículo 141 inciso tercero ha causado (y probablemente seguirá causando) en la doctrina, estimamos que el legislador debe modificar el estatuto en lo pertinente.

Respecto a los inmuebles no inscritos, el profesor Corral indica que el dominio de los mismos debe inscribirse previamente²⁴². En cambio, para Tomasello no es necesario, pues la subinscripción es una formalidad de publicidad y no una solemnidad constituyente²⁴³.

Por nuestra parte, estimamos que el inmueble debería inscribirse previamente para evitar los efectos negativos que la interpretación literal trae a colación.

2.4.2. Afectación provisoria de los muebles.

Al no estar sujetos por regla general al sistema registral, estimamos que la interpretación literal es correcta para los bienes muebles. De esta manera, se entenderán constituidos como familiares tan pronto como se interponga la demanda ante tribunal competente. Respecto a la protección de los terceros, cabe destacar que no se presumirá su mala fe, por la misma razón anterior, dado que los bienes no están sujetos a registro. Así las cosas, tal y como resalta Court en este punto, quien alegue la mala fe de los mismos deberá probarla²⁴⁴.

A su vez, reiteramos lo dicho en lo relativo a la necesidad de individualización de los muebles que se pretenden afectar.

²⁴² Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... Op. Cit., p. 74.

²⁴³ Cfr., TOMASELLO Hart, Leslie. Op. Cit., p. 150.

²⁴⁴ Cfr., COURT Murasso, Eduardo. Op. Cit., p. 17.

2.4.3. Naturaleza jurídica de la afectación provisoria.

De acuerdo a Tomasello, la afectación provisoria tiene el carácter de una medida cautelar en tanto persigue asegurar los resultados de la acción en cuestión²⁴⁵. Es precisamente la forma mediante la cual se despliega el rol protector de la institución. A mayor abundamiento, no es óbice para tales consideraciones la posición que tomamos a la hora de determinar el “momento exacto” en el cual la afectación provisoria se produce.

2.5. Afectación definitiva.

La doctrina resalta que el legislador no se ocupó de determinar qué ocurría con la inscripción (en el caso de inmuebles) al momento de acogerse o rechazarse la demanda de declaración de bien familiar. Como ya se ha visto, sí lo hizo a propósito de la afectación provisoria.

De acuerdo al profesor Court, la sentencia que declara como familiar un inmueble determinado debería ordenar igualmente la anotación respectiva en el registro (aun cuando ya se haya inscrito la afectación provisoria). Así señala que “en efecto, según vimos, para la transformación provisoria del bien en familiar, el artículo 141 exige la subinscripción correspondiente al margen de la inscripción del inmueble. Razonando “a fortiori”, debemos concluir que, con mayor razón, tal anotación debe practicarse respecto de la sentencia firme que lo declara familiar”²⁴⁶.

Así las cosas, si el Tribunal acoge la solicitud, deberá ordenar al Conservador de Bienes Raíces que anote al margen de la inscripción de dominio el carácter *definitivo* de la declaración de bien familiar. En este sentido se pronuncia la mayor parte de la doctrina²⁴⁷. Así también lo hace la mayor parte de ella al considerar el

²⁴⁵ Cfr., TOMASELLO Hart, Leslie. *Op. Cit.*, p. 150.

²⁴⁶ COURT Murasso, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 16.

²⁴⁷ Así lo hace Hernán Corral. Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 76. En el mismo sentido Court. Cfr., COURT Murasso, Eduardo. *Op. Cit.*, p.16. Así también lo

rechazo de la demanda: el tribunal debe oficiar al Conservador para que se cancele la subinscripción de la afectación provisoria²⁴⁸.

¿Qué ocurre si la demanda es rechazada por sentencia definitiva? ¿Qué ocurre con los actos contemplados en el artículo 142 que fueron ejecutados sin contar con la autorización del cónyuge beneficiario? De acuerdo a la profesora Hübner la "(...) afectación provisoria estaba sujeta a una condición resolutoria y por ende se producen efectos retroactivos validándose los actos celebrados en tiempo intermedio, aun cuando no se hubiesen realizado con las autorizaciones correspondientes"²⁴⁹.

Finalmente, el profesor Corral destaca que "hubiera sido mucho más conveniente y armónico con el sistema registral chileno disponer que se practicara una inscripción en el Registro de Interdicciones o Prohibiciones de Enajenar, visto lo señalado en los arts. 32 inc 3º y 53 nº 3 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces"²⁵⁰.

2.6. Fraude en la afectación.

El artículo 141 inciso final del Código Civil dispone:

"El cónyuge que actuare fraudulentamente para obtener la declaración a que refiere este artículo, deberá indemnizar los perjuicios causados, sin perjuicio de la sanción penal que pudiere corresponder".

La norma en comento también ha sido criticada por la doctrina. Los comentaristas señalan en este sentido que:

hace Rosso. Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 146. Igualmente Rodríguez. Cfr., RODRÍGUEZ Grez, Pablo. *Op. Cit.*, p. 288.

²⁴⁸ Por ejemplo, Rosso. Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 146.

²⁴⁹ HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 118.

²⁵⁰ CORRAL Talciani, Hernán. *Op. Cit.*, pp. 76-77.

- i. Salta a la vista que la disposición se aplica únicamente a la afectación por declaración judicial (que es la única contenida en el artículo) y no a la afectación por declaración unilateral solemne, contenida en el artículo 146. Así las cosas, la regla – por mandato expreso del legislador – no se aplica al caso de afectación que no requiere intervención judicial, donde a primera vista sería más necesaria²⁵¹.
- ii. Pese a lo anterior, los comentaristas señalan también que la disposición es superflua, pues bien podría llegarse a las mismas conclusiones mediante las reglas generales de responsabilidad extracontractual contenidas en los artículos 2314 y siguientes de nuestro Código. De esta manera, el “contenido” del artículo 141 inciso final, se aplica igualmente a la afectación contemplada en el artículo 146²⁵².

3. Afectación sobre derechos y acciones.

Tal y como se señaló, la afectación sobre derechos y acciones que los cónyuges tengan sobre la sociedad propietaria del inmueble que sirve de residencia principal a la familia, difiere sustancialmente de la reservada para los bienes corporales. De esta manera, el artículo 146 inciso tercero de nuestro Código Civil prescribe:

“La afectación de derechos se hará por declaración de cualquiera de los cónyuges contenida en escritura pública. En el caso de una sociedad de personas, deberá anotarse al margen de la inscripción social respectiva, si la hubiere. Tratándose de sociedades anónimas, se inscribirá en el registro de accionistas”.

Así las cosas, el legislador dispuso, a propósito de los bienes incorporales que, no es necesaria la intervención de la justicia. Ello no sólo tiene importancia en lo

²⁵¹ Cfr., HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 122.

²⁵² En este sentido, Corral. Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. *Bienes Familiares... Op. Cit.*, p. 79. También, Hübner. Cfr., HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 122.

referido a la constitución propiamente tal, sino también en lo relativo a las posibilidades de impugnación del cónyuge disconforme. El profesor Corral señala a este respecto que “(...) el Código ahora nada dice sobre la posibilidad del cónyuge propietario para impugnar la afectación unilateral recurriendo a la justicia y se trata, evidentemente, de una seria laguna legal. Ante un caso concreto, el cónyuge propietario deberá recurrir a los medios generales de impugnación que concede el Derecho común y, especialmente, al recurso de protección por privación o perturbación de su derecho de propiedad”²⁵³.

Cabe destacar, a su vez, que en este caso el Código sí define quién puede efectuar la declaración (a diferencia de la afectación sobre bienes corporales). Así, el artículo 146 se refiere expresamente a “cualquiera de los cónyuges”, excluyéndose a los otros miembros de la familia. Además, cabe remarcar también que la Ley no exige la declaración “conjunta” de ambos cónyuges, sino que basta la declaración de *cualquiera de ellos*, ya del propietario, ya del no propietario²⁵⁴.

Pero la Ley no sólo exige una declaración de cualquiera de los cónyuges mediante escritura pública. Requiere también que dicha declaración, en el caso de sociedades de personas, se anote al margen de la inscripción social; y en el de sociedades anónimas, que se inscriba en el registro de accionistas. En este sentido, el profesor Corral señala que, la disposición “(...) se refiere, obviamente, a la inscripción en el Registro de Comercio respecto de las sociedades que requieren esa inscripción (lo mismo se aplicará a las empresas individuales que son asimiladas a las sociedades comerciales de responsabilidad limitada; art. 5º, Ley Nº 19.857). Los derechos en sociedades colectivas civiles pueden ser afectados sin que medie publicidad alguna, ya que respecto de ellas no existe inscripción”²⁵⁵.

²⁵³ CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 77. La profesora Hübner señala al respecto: “Aquí se presenta el problema de determinar qué acciones tiene el cónyuge que se ve afectado por una declaración unilateral del otro, pues no existe procedimiento judicial alguno en que se lo haya citado para que exponga lo que estime conveniente a sus derechos ni se han consagrado mecanismos de impugnación, por lo que procederá aplicar las reglas generales”. HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 122.

²⁵⁴ Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 154.

²⁵⁵ CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 77.

Como bien puede sospecharse, el problema relativo al momento de la constitución de los bienes en familiares regresa aquí con la misma intensidad. Para algunos bastará que se efectúe la declaración unilateral solemne para que los derechos y acciones queden resguardados por el estatuto. Para otros, la inscripción es un requisito ineludible para que la institución opere (siendo así una solemnidad constitutiva). Así las cosas, la disputa versa también sobre el rol que el estatuto le confiere a la inscripción mencionada en el artículo 146.

Los profesores Corral y Rosso participan de la primera opinión. Sostienen que la inscripción es una formalidad de publicidad y, asimismo, que basta la declaración unilateral solemne para que los bienes en cuestión puedan considerarse familiares. Los argumentos de éste último son:

- i. El tenor literal de la norma: El artículo 146 indica que la afectación por declaración unilateral solemne “se hará” por escritura pública, de esta manera, el rol de la inscripción es de mera publicidad y no de solemnidad.
- ii. La historia fidedigna de la Ley²⁵⁶.
- iii. Consistencia: existen sociedades (como las colectivas civiles) que no están sometidas a registro, por lo que respecto de ellas nunca podría operar la inscripción prescrita por el artículo 146. “De este modo, si el legislador hubiese querido que la afectación se produjera en tal momento, habría excepcionado a este tipo de sociedades de la posibilidad de declarar los derechos en ella como familiares, pues de todas formas darían lugar a los problemas que la ausencia de publicidad puede provocar y que, supuestamente, con la inscripción se han pretendido evitar”²⁵⁷.
- iv. Conveniencia: al no estar sujetos a control judicial, a propósito de derechos y acciones no existirá oficio del tribunal que tenga por objeto la anotación respectiva. De esta manera, la inscripción en este caso

²⁵⁶ Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 154.

²⁵⁷ ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 156.

sería obligación del cónyuge afectante. Si no lo hace, no podrá pedir después la rescisión del contrato que el cónyuge titular de los derechos o acciones haya celebrado respecto a estos, pues no puede aprovecharse de su propia negligencia²⁵⁸.

Pese a militar en este sentido, el profesor Corral advierte que, así entendida, la institución se torna manifiestamente injusta y que los intereses de los terceros resultan claramente desprotegidos²⁵⁹.

Reiteramos los argumentos sostenidos para este tipo de interpretación a propósito de la calidad de familiares de los bienes inmuebles. Así, concordamos con Court quien indica que “(...) el requisito de anotación e inscripción que establece el precepto para que los derechos y acciones resulten afectados, se exigen por vía de solemnidad y no como simples requisitos de oponibilidad a terceros; es decir, para que los derechos sean afectados se requiere – copulativamente – la declaración del cónyuge otorgada por escritura pública y, además, la respectiva anotación o inscripción (según los casos), de que habla el inciso 3º recién transcrito; estas formalidades tienen el carácter de constitutivas”²⁶⁰.

Respecto a los dos últimos argumentos presentados por el profesor Rosso, cabe señalar lo siguiente. En lo relativo al problema de consistencia que presentaría la interpretación que defendemos, vale la pena seguir al profesor Rodríguez quien indica en el caso de sociedades colectivas civiles, debería ser notificada la afectación al cónyuge propietario para que le fuera oponible²⁶¹. Respecto de los terceros, la duda persiste, lo que amerita una urgente modificación. En lo relativo al problema de “conveniencia” cabe destacar que la interpretación “literalista” pierde en su propio juego, ya que si uno de los argumentos utilizados por ésta es que la propia Ley indica “se hará por escritura pública” no dejando lugar alguno a la inscripción en el domicilio de las solemnidades constituyentes, bien podría contra-argumentarse, en este sentido,

²⁵⁸ *Ibíd.*

²⁵⁹ Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p.78.

²⁶⁰ COURT Murasso, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 45.

²⁶¹ RODRÍGUEZ Grez, Pablo. *Op. Cit.*, p. 295.

que la Ley tampoco prescribe obligación alguna para la inscripción. De esta manera, el problema de cara a los terceros se torna aún más grave.

Finalmente, los profesores Corral²⁶² y Hübner²⁶³ destacan que sería recomendable que se anotasen, además, en el registro de propiedad inmobiliaria. Siempre y cuando, agregamos, se tenga a la vista que el objeto afectado son los derechos y acciones y no el inmueble en cuestión.

²⁶² Cfr. CORRAL Talciani, Hernán. *Bienes Familiares... Op. Cit.*, p. 78.

²⁶³ Cfr., HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 121.

CAPITULO V EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE LOS BIENES FAMILIARES

1. Generalidades.

Al tratar la constitución de los bienes familiares en el Capítulo anterior, señalamos que sus efectos se producen desde la afectación provisoria²⁶⁴. Éstos se reducen, principalmente, a tres: la limitación de la facultad de disposición del cónyuge propietario, la posibilidad de constituir derechos reales de goce sobre un bien declarado como familiar y el beneficio de excusión. En este Capítulo abordaremos cada uno de ellos desde la doctrina y desde una perspectiva jurisprudencial.

2. Limitaciones a la facultad de disposición del cónyuge propietario.

La consagración legal de este efecto se encuentra entre los artículos 142 y 144 del Código Civil. Sin embargo, es en el artículo 142 inciso primero donde se regula su contenido esencial. Al respecto, se lee en él que:

“No se podrán enajenar o gravar voluntariamente, ni prometer gravar o enajenar, los bienes familiares, sino con la autorización del cónyuge no propietario. La misma limitación regirá para la celebración de contratos de arrendamiento, comodato o cualesquiera otros que concedan derechos personales de uso o de goce sobre algún bien familiar”.

Los principales elementos de esta limitación, así como los problemas de los cuáles se ha hecho cargo la doctrina y la jurisprudencia son, a nuestro juicio, los siguientes:

- a. Existencia de cogestión o coadministración
- b. Actos que requieren autorización del cónyuge no propietario
- c. Particularidad del caso de los derechos o acciones sociales

²⁶⁴ Vid. *Supr.* Capítulo IV. Punto 2.4: Afectación provisoria.

- d. Modo de manifestación de la autorización
- e. Sanción frente a la falta de autorización del cónyuge no propietario
- f. Efectos sobre terceros adquirentes

2.1. Existencia de cogestión o coadministración.

Como ya hemos señalado, la declaración de un bien familiar no altera la titularidad del derecho de propiedad, sino que se limita a restringir la facultad de disposición del propietario a la hora de ejecutar determinados actos jurídicos sancionados por el legislador. Tampoco se altera con ella la facultad de goce que el cónyuge propietario tenga sobre los bienes declarados como familiares, salvo que se decrete un derecho real de goce a favor del cónyuge no titular²⁶⁵. En definitiva, el efecto en comento se restringe a la necesidad de que, para ciertos actos, se requiera la voluntad del cónyuge no propietario.

La doctrina ha discutido el alcance de las limitaciones a la facultad de disposición establecidas por el artículo 142 del Código Civil. Así las cosas, cierto sector de los comentaristas afirma que ella instituye una forma de coadministración sobre los bienes declarados familiares. Otros, por el contrario, sostienen que, simplemente, el efecto otorga al cónyuge no propietario la facultad de asentir o disentir la celebración de ciertos actos.

Dentro del primer sector se encuentra el profesor Corral. Éste indica que, si bien la titularidad del bien se mantiene radicada en el cónyuge propietario, lo que se afecta por su declaración es la facultad para realizar actos de disposición o enajenación, pues, en estos casos, se requiere la anuencia del no propietario, lo que, en otras palabras, configura la cogestión o coadministración. Para este autor, “la gestión que, en principio, corresponde sólo al propietario pasa a ser compartida por ambos cónyuges, para los actos expresamente señalados en la Ley”²⁶⁶.

²⁶⁵ Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 79.

²⁶⁶ CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 80.

Una posición contraria a la sostenida por Corral es planteada por la profesora Hübner, para quien la limitación –efecto- consagrada en el artículo 142 no apunta al establecimiento de una coadministración de los bienes familiares por parte de los cónyuges, sino que a una simple limitación a la facultad de disposición del cónyuge propietario, mediante la intervención del cónyuge no propietario, asintiendo o disintiendo, al momento de realizar alguno de los actos jurídicos estipulados por el legislador. Según la profesora Hübner, a pesar de que en la tramitación de la Ley se habló varias veces de administración conjunta, ello no se produce, ya que quien administra sigue siendo el titular del bien. En definitiva, “el cónyuge no propietario no adquiere un derecho real sino que sólo la facultad de asentir o disentir en la forma expresada en el artículo 142. Tiene un derecho personal, de base legal, fundamentado en el interés de la familia”²⁶⁷.

En un tenor similar, el profesor Peña señala que la facultad otorgada al cónyuge no propietario no constituye ni un derecho de disposición ni un derecho de administración. Por ende, el cónyuge propietario no puede disponer del bien en caso de ausencia del propietario, ya que allí opera el artículo 138 del Código Civil; ni tampoco se le aplican las normas de los artículos 2.132, 2.078 y 391, propias de las facultades administrativas. Así, considera este autor, que la limitación no configura una administración conjunta, ya que al cónyuge no propietario “(...) sólo le cabe asentir o disentir, fundadamente, enfrente de las decisiones dispositivas del propietario”²⁶⁸.

Tal como señalamos en Capítulos anteriores, nos inclinamos por la segunda postura sostenida por los profesores Peña, Hübner y Rosso²⁶⁹ en consideración al carácter limitado y restrictivo del efecto. Dado el propio tenor de la norma, nos resulta inconciliable la posibilidad de que ella configure una administración conjunta del o los bienes declarados como familiares, ya que el cónyuge propietario mantiene la titularidad del bien, no se forma patrimonio separado con dichos bienes, sólo se limita la facultad de disposición y se le otorga la posibilidad al cónyuge no propietario para

²⁶⁷ HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 125.

²⁶⁸ PEÑA González, Carlos. *La protección...* *Op. Cit.*, p. 201.

²⁶⁹ Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, pp. 161 y ss.

que manifieste su asenso o disenso en la celebración de determinados actos. Es más, podemos concluir que la limitación en comento es aún más tenue que otras limitaciones de carácter patrimonial presentes en nuestra legislación (tal es el caso del usufructo legal sobre los bienes del hijo, consagrado en el artículo 810 del Código Civil).

Así también lo ha entendido la jurisprudencia, al subrayar²⁷⁰:

“Que el artículo 142 del Código Civil, al establecer los efectos que emergen de la declaración, si bien importa una Ley prohibitiva para el cónyuge propietario, una limitación de sus facultades, no constituye concesión de los mismos derechos al cónyuge no propietario”. (Considerando Cuarto).

2.2. Actos que requieren autorización del cónyuge no propietario.

Los actos que requieren autorización del cónyuge no propietario establecidos en el artículo 142 del Código Civil, pueden clasificarse de la siguiente manera: actos de enajenación o gravamen voluntarios; contratos de promesa de enajenación o gravamen y contratos que conceden derechos personales de uso o goce sobre algún bien familiar.

Sobre los primeros, el legislador ha sido bastante claro a la hora de establecer los tipos de actos de enajenación o gravamen que comprende la norma, ya que los limita a los “voluntarios”; lo que guarda estrecha relación con que la Ley 19.335 no consagró la inembargabilidad de los bienes familiares, tal como lo hace la institución del patrimonio familiar existente en el Derecho comparado. Del mismo modo, también guarda relación con el denominado beneficio de excusión –otro de los efectos de la declaración de un bien familiar-.

Así las cosas, se excluyen de la limitación las enajenaciones forzosas porque, al opinar de otro modo, “(...) se estaría limitando el derecho de prenda general que

²⁷⁰ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, Munilla con Rossi, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 941-2001, 9.9.2004.

tienen los terceros acreedores, además de estar entregándoseles a los deudores un arma legal propia para el fraude a aquéllos²⁷¹.

Otro elemento importante a destacar sobre los actos de enajenación o gravamen, dice relación –justamente- con el alcance del término “enajenación”, ya que debe entenderse en un sentido amplio, esto es, comprendiendo no sólo los actos que impliquen tradición, sino todo aquel que sirva de título translaticio de dominio²⁷².

En lo que respecta a la segunda clase de actos, el legislador ha utilizado la misma lógica que en el caso anterior ya que, para evitar la realización de actos de enajenación, sanciona los contratos de promesa que se encaminan a conseguir dicha finalidad. Cabe destacar que el profesor Rosso indica que es discutible sancionar estos actos, ya que no perjudican a la familia en tanto que para la celebración del acto definitivo deberá contarse de todas maneras con la autorización del cónyuge no titular²⁷³.

Finamente, es necesario indicar que los contratos que conceden derechos personales de uso o goce sobre el bien familiar también han sido alcanzados por el legislador explícitamente. Sin embargo, la doctrina ha discutido la pertinencia de su incorporación a las limitaciones del artículo 142 CC. En este sentido se pronuncia la profesora Hübner, quien indica que si hablamos de arrendamiento o comodato – ejemplos de contratos que conceden derechos personales de uso o goce- dejaría el bien de ser residencia principal de la familia²⁷⁴. En nuestra opinión, la inclusión de tales actos es justificada, en tanto lo que pretende proteger el legislador es un hogar físico y estable para la familia, lo que se vería atacado en el caso que el cónyuge propietario diese en arriendo el bien declarado como familiar.

²⁷¹ ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, pp. 183-184.

²⁷² Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 182.

²⁷³ Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 185.

²⁷⁴ Cfr., HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 123.

2.3. Particularidad de los derechos o acciones sociales.

De acuerdo al artículo 146 del Código Civil, idénticos efectos al ya señalado se han previsto ante la declaración de bien familiar de los derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias de un inmueble que sea residencia principal de la familia. Así se lee en el inciso 2° del artículo 146 donde, además de los efectos citados, se establece que:

“Producida la afectación de derechos o acciones, se requerirá asimismo la voluntad de ambos cónyuges para realizar cualquier acto como socio o accionista de la sociedad respectiva, que tenga relación con el bien familiar”.

No obstante parecer sencilla su aplicación, de acuerdo a la doctrina, la norma presenta serios problemas atribuibles a su particular redacción, entre los que destacan: ¿Qué actos se limitan: los referidos al inmueble que sirve de residencia de la familia –el que no pertenece a los cónyuges, sino a la sociedad- o se refiere a los mismos derechos o acciones que son declarados bienes familiares? ¿Qué ocurre si en vez de actuar como socio, el cónyuge titular de los derechos o acciones actúa como administrador?

Respecto al primero de ellos, la imprecisión de la norma –al señalar “que tenga relación con el bien familiar”- nos lleva a una doble interpretación: o bien se refiere al inmueble que sirva de residencia de la familia o a los mismos derechos o acciones declarados bien familiar. Cualquier interpretación que se le dé resulta poco satisfactoria, ya que, por un lado, nos referiríamos a un inmueble que pertenece a la sociedad y no a los cónyuges y, por otro lado, requeriríamos la voluntad conjunta para los actos como socios o accionistas que tengan relación con los derechos de socios o accionistas. Para salvar este problema, el profesor Corral plantea que se debe suponer que, cuando la Ley habla de bien familiar “(...) no lo hace en sentido propio, sino que se refiere, con expresión no técnica, al inmueble que sirve de residencia de la familia”²⁷⁵.

²⁷⁵ CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 81-82.

En lo que respecta al segundo problema ya señalado, Rosso indica que “los actos que necesitan de la intervención del cónyuge son los que realiza el titular en su calidad de socio o accionista. De esta manera, quedan excluidos aquéllos efectuados como gerente, director, presidente, administrador, mandatario y otros de similares características”²⁷⁶. Así, el cónyuge propietario de las acciones bien podría transgredir el “interés de la familia”, en caso de que no actuase en calidad de socio o accionista y lo hiciera, por ejemplo, como administrador. Por ello, el profesor Rodríguez señala que “este efecto generará una situación muy precaria para el cónyuge que ha formulado la declaración de afectación”²⁷⁷.

En definitiva, Corral indica que los problemas expuestos no han sido resueltos satisfactoriamente, generando incertidumbre no sólo entre los cónyuges, sino también respecto de los terceros que contratan con éstos²⁷⁸.

En nuestra opinión, las prevenciones efectuadas por los profesores son razonables. Ello se traduce en la fragilidad del estatuto construidos por el legislador. Así, estimamos que debería existir también una reforma legal en este punto específico.

2.4. Modo de manifestación de la autorización.

El legislador se preocupó, expresamente, de la forma en que el cónyuge no propietario debe autorizar los actos ya señalados – ejecutados por el cónyuge propietario- sobre bienes declarados familiares. Así lo estableció en los artículos 142 inciso 2° y 144 del Código Civil.

Al efecto, dispone el inciso segundo del artículo 142 que:

“La autorización a que se refiere este artículo deberá ser específica y otorgada por escrito, o por escritura pública si el acto exigiere esta solemnidad, o

²⁷⁶ ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 207.

²⁷⁷ RODRÍGUEZ Grez, Pablo. *Op. Cit.*, p. 295.

²⁷⁸ Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. *Bienes Familiares... Op. Cit.*, p. 82.

interviniendo expresa y directamente de cualquier modo en el mismo. Podrá prestarse en todo caso por medio de mandato especial que conste por escrito o por escritura pública según el caso”.

Sólo con el propósito de sistematizar las formas de autorización del cónyuge no propietario, las dividiremos en dos clases: autorización directa o propia del cónyuge no propietario y autorización judicial subsidiaria.

2.4.1. Autorización directa o propia del cónyuge no propietario.

Consagrada en el artículo 142 inciso 2° del Código Civil, es la propia norma la que establece las formas en que se debe prestar la autorización. Éstas son²⁷⁹:

- a. Intervención directa y expresa en el acto.
- b. Intervención por escrito o escritura pública en caso de que el acto exija dicha solemnidad.
- c. Intervención mediante mandato especial y solemne.

De esta manera, el legislador, a la hora de regular esta materia, inevitablemente, tuvo en consideración las normas de la administración ordinaria de la sociedad conyugal y, en particular, lo dispuesto en el artículo 1749 inciso 7°. Así al menos lo plantea Court, quien señala que “debemos tener presente las formas de autorización de la mujer al marido, que contempla el artículo 1749 inciso 7°, para la gestión de los bienes sociales en nuestro régimen de sociedad conyugal”²⁸⁰.

Del análisis de las formas de prestar autorización, podemos destacar que, respecto a la intervención directa y expresa en el acto, el proyecto de Ley original no indicaba que esta intervención podía realizarse “de cualquier modo”, lo que llevó a la conclusión de que ésta sólo debía prestarse “(...) en calidad expresa de cónyuge

²⁷⁹ Al respecto, utilizaremos la sistematización hecha por el profesor Corral, dada la claridad en la que expone las distintas formas de autorizar el acto sancionado. Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, pp. 82-83.

²⁸⁰ COURT Murasso, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 23.

autorizante²⁸¹. Sin embargo, tras la corrección del articulado por el D.F.L. N°2 de 1995, se zanjó el problema y se incorporó la frase “de cualquier modo”, lo que expande el marco de acción del cónyuge no propietario, quien no sólo puede actuar en calidad de cónyuge autorizante, sino de cualquier otra forma, incluso como testigo.

Por otra parte, en lo que respecta a las otras formas de autorización –por escrito o escritura pública o mandato- el legislador ha sido bastante claro en cuanto a su tratamiento y forma de ejercicio.

De acuerdo a Rosso, en abstracto, el cónyuge no propietario no podría revocar su asenso. Sin embargo, si este “fue otorgado en razón de engaño o fraude por parte del dueño (...) el cónyuge no titular puede, en conformidad a las reglas generales, solicitar la nulidad de su autorización y luego, o conjuntamente, demandar la rescisión del acto al cual accedió”. Asimismo, el profesor ya indicado destaca que “cuando el acto o contrato todavía no ha sido celebrado, y por tratarse la autorización de un acto jurídico unilateral, ella puede ser revocada por su otorgante²⁸²”.

Finalmente, cabe destacar que la doctrina indica que el asenso debe prestarse antes de la celebración del acto o conjuntamente con él. Así como también que una vez ejecutado el mismo, sólo se podría ratificar²⁸³.

2.4.2. Autorización Judicial Subsidiaria.

El artículo 144 del Código Civil dispone que:

“En los casos del artículo 142, la voluntad del cónyuge no propietario de un bien familiar podrá ser suplida por el juez en caso de imposibilidad o negativa que no se funde en el interés de la familia. El juez resolverá previa audiencia a la que será citado el cónyuge, en caso de negativa de éste”.

²⁸¹ COURT Murasso, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 24.

²⁸² ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 170.

²⁸³ Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, pp. 170-171.

Considerando la redacción del artículo 144 CC, el legislador ha previsto la posibilidad de suplir la voluntad del cónyuge no propietario. Como salta a la vista, ello sólo puede ocurrir en dos casos:

- a. Cuando exista imposibilidad del cónyuge propietario
- b. Cuando la negativa del cónyuge no propietario no se funde en el interés de la familia.

De acuerdo a Rosso, dos son los fundamentos de la norma en comento: la defensa que efectúa el legislador del cónyuge propietario respecto del uso abusivo y arbitrario que pueda hacer del estatuto el cónyuge no titular, y el control del legislador en caso que el cónyuge no propietario esté imposibilitado para manifestar su anuencia o disenso²⁸⁴.

Asimismo, cabe destacar también que la norma en comento contiene dos importantes elementos. En primer lugar, la autorización subsidiaria del juez opera solamente en caso de que la negativa del cónyuge no propietario no vaya a favor del interés de la familia. Por ende, a contrario sensu, si la negativa se funda en el interés de la familia, la autorización no puede ser suplida por el juez. En segundo lugar, destacamos que la norma alude a este concepto no definido por nuestra legislación por lo que vale la pena intentar dilucidarlo.

Sobre el primer punto, denotamos cierta incongruencia del estatuto, ya que tal como plantea la profesora Hübner “(...) para negarse el cónyuge se debe fundar en el interés de la familia, pero para acceder nadie ha pedido fundamentación de ningún tipo, lo que resulta un contrasentido con el fin de la Ley, el cual es, la protección de la familia”²⁸⁵. No nos queda más que estar de acuerdo con la profesora en este punto, sobre todo, cuando ya hemos señalado en capítulos anteriores que el interés del cónyuge no propietario no siempre es idéntico al interés de la familia.

²⁸⁴ Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, pp. 171-172.

²⁸⁵ HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 126.

Respecto al segundo punto, esto es, el contenido de la noción “interés de la familia”, nuestra legislación nada ha dicho al respecto. Es más, es una noción bastante nueva en nuestro Derecho, abierta y vaga que deberá determinarse casuísticamente²⁸⁶. De acuerdo a la profesora Hübner, para entender dicho concepto debemos remitirnos a la finalidad del estatuto de los bienes familiares, el que no es más que la existencia de un techo y los muebles necesarios en todo hogar. Así las cosas, para ella “la negativa se funda en el interés de la familia sólo cuando va encaminada a no privar a la familia de la vivienda y muebles que la guarnecen”²⁸⁷. Finalmente, para Rosso, quien resalta lo problemática de su especificación, indica que equivale en la práctica al “interés de uno de los cónyuges, o al interés de los hijos”²⁸⁸.

En nuestra opinión, el interés de la familia deberá construirse en el caso concreto. Sin embargo, puede fijarse en abstracto un criterio de demarcación: en general, el juez deberá velar porque la “incolumidad” del grupo familiar no se vea afectada por la ejecución de los actos señalados en el artículo 142 CC, lo que irá acompañado de la existencia de alternativas reales de habitación y de satisfacción de las necesidades asociadas a los muebles que guarnecen el hogar.

2.5. Sanción frente a la falta de autorización del cónyuge no propietario.

El inciso primero del artículo 143 del Código Civil dispone al efecto que:

“El cónyuge no propietario, cuya voluntad no se haya expresado en conformidad con lo previsto en el artículo anterior, podrá pedir la rescisión del acto”.

Así las cosas, no existe mayor conflicto en torno a la sanción aplicable frente al incumplimiento de las normas de autorización del cónyuge no propietario. Al respecto,

²⁸⁶ Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p 173.

²⁸⁷ HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, pp. 126-127.

²⁸⁸ ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 175.

el legislador ha establecido que dichos actos son rescindibles. Es decir, la sanción contemplada por el artículo 143 del Código Civil es la nulidad relativa.

Si bien es clara la sanción aplicable, no ocurre lo mismo a la hora de señalar el plazo de prescripción de la acción o, más específicamente, el momento en que dicho plazo comienza a contabilizarse. Al respecto, encontramos dividida a la doctrina en dos posturas.

La primera es la seguida, entre otros, por el profesor Ramos Pazos²⁸⁹ y la profesora Schmidt. Ésta última plantea que dado que no existe disposición expresa sobre este punto, se debe aplicar la regla general, contemplada en el artículo 1691, siendo así, el plazo de prescripción de cuatro años, contados desde la celebración de acto o contrato²⁹⁰.

Contrario a la posición de Schmidt, el profesor Court cree que no corresponde aplicar reglas generales en esta materia, ya que en este caso no concurren los requisitos previstos por el artículo 1691 del Código Civil –vicios de la voluntad o existencia de incapacidad legal-. En virtud de ello, Court plantea que debe aplicarse por analogía el artículo 4° de la Ley 19.335 (artículo 1792-4 del Código Civil), ya que en él, el cuadrienio debe contarse desde el día en que el cónyuge que alega la nulidad tuvo conocimiento del acto. Empero, el autor en comento previene que deberá limitarse el plazo a los diez años del artículo 4 de la Ley 19.335²⁹¹. Opinión similar sostiene el profesor Rosso²⁹². Es esta segunda opinión la que favorecemos.

2.6. Efectos de la nulidad respecto de los adquirentes.

El inciso segundo del artículo 143 del Código Civil dispone que:

²⁸⁹ Cfr., RAMOS Pazos, René. *Op. Cit.*, p. 364.

²⁹⁰ Cfr., SCHMIDT Hott, Claudia. Nuevo régimen matrimonial. Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur, 1995, p. 60.

²⁹¹ Cfr., COURT Murasso, Eduardo. *Op. Cit.*, pp. 27-28.

²⁹² Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 198.

“Los adquirentes de derechos sobre un inmueble que es bien familiar, estarán de mala fe a los efectos de las obligaciones restitutorias que la declaración de nulidad origine”.

De acuerdo a la doctrina, hay que tener presente que la presunción que establece la norma citada es de Derecho²⁹³. A su vez, ésta rige únicamente para la enajenación de bienes inmuebles y no para los muebles, en tanto estos últimos no están sujetos a registro²⁹⁴. Aún más, de acuerdo a Court, en el caso de adquirentes de bienes muebles, rige la regla del artículo 1.687 y la presunción simplemente legal de buena fe del artículo 707²⁹⁵.

Sin embargo, la doctrina agrega un elemento que no ha sido contemplado expresamente por el legislador: para que la presunción opere es necesario también que la afectación del bien como familiar se encuentre inscrita en el respectivo registro inmobiliario a la época de la ejecución del acto nulo. Así opinan los profesores Court²⁹⁶ y Corral. De acuerdo a este último, opinar de otra forma sería extraordinariamente “injusto” y “absurdo”²⁹⁷. No podemos sino avenirnos con la interpretación precedente.

Si bien el análisis del ámbito de aplicación de la presunción en comento es más o menos compartido entre los comentaristas, no lo es el propio de la nulidad. Dos son las posiciones sostenidas en este sentido. Éstas tienen que ver con el rol que se le asigna a la inscripción en el registro conservatorio.

La primera de ellas es seguida por el profesor Corral. Como ya se vio, Corral sostiene que la afectación provisoria de los inmuebles se produce por la “sola presentación de la demanda”. De esta manera, la inscripción no juega un rol constitutivo y, en este caso, ni siquiera una formalidad de publicidad. En virtud de ello,

²⁹³ Cfr., COURT Murasso, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 29.

²⁹⁴ En este sentido se pronuncia Ramos. Cfr., RAMOS Pazos, René. *Op. Cit.*, p. 364. De igual forma opina el profesor Court. Cfr., COURT Murasso, Eduardo. *Op. Cit.*, p.30.

²⁹⁵ COURT MURASSO, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 30. En el mismo sentido opina el profesor Corral. Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán. *Bienes Familiares*, p. 86.

²⁹⁶ Cfr., COURT Murasso, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 30.

²⁹⁷ Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. *Bienes Familiares... Op. Cit.*, p. 85.

para el profesor en comentario “(...) los terceros que contratan con el cónyuge propietario, aunque hayan procedido de buena fe (ignorando excusablemente que un bien tiene calidad de familiar, por ejemplo si ella no consta en el registro inmobiliario), son alcanzados por la acción de nulidad del acto o contrato. Declarada la nulidad, el tercero quedará sujeto a las restituciones mutuas y para ellas se le considerará, salvo prueba en contrario, de buena fe. Sólo si el tercero ha adquirido un bien raíz cuya declaración de familiar constaba en el registro inmobiliario, se le reputará de mala fe, sin que admita prueba en contrario. La nulidad declarada judicialmente dará acción reivindicatoria contra los terceros subadquirentes cuyo título derive del tercero que contrató con el cónyuge propietario (cfr. Art. 1689 CC)”²⁹⁸.

La segunda posición es la seguida por Court. Para él, la inscripción en el registro conservatorio de la afectación de los inmuebles es una solemnidad constituyente²⁹⁹. Por tanto, si la afectación no se encuentra inscrita, los terceros no sólo no serían alcanzados por la presunción de mala fe, sino que tampoco por la rescisión del acto, toda vez que los efectos de la institución no comenzarían a operar. Como indicamos en su oportunidad, estimamos que la opinión consistente con el ordenamiento jurídico es la seguida por este último profesor³⁰⁰.

Finalmente, y respecto de los terceros contratantes (en el caso que la institución opere), Court indica que “(...) rigen las reglas generales: declarada la nulidad, hay acción reivindicatoria contra el tercero de mala o buena fe (art. 1689)”³⁰¹.

3. Constitución de derechos reales de goce sobre un bien familiar.

La posibilidad de constitución de derechos reales de goce sobre un bien familiar a favor del cónyuge no propietario es el segundo gran efecto del estatuto. Sobre la naturaleza jurídica de estos derechos nos pronunciamos en el Segundo Capítulo de

²⁹⁸ CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 86.

²⁹⁹ Cfr., COURT Murasso, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 15.

³⁰⁰ *Vid. Supr.* Capítulo IV. Punto 2.4.2: “Afectación provisoria de los muebles”.

³⁰¹ COURT Murasso, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 30.

este trabajo. Por ello, en este acápite, nos dedicaremos a explicar sus principales características.

En este marco de cosas, el artículo 147 del Código Civil prescribe que:

“Durante el matrimonio el juez podrá constituir, prudencialmente, a favor del cónyuge no propietario, derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares. En la constitución de esos derechos y en la fijación del plazo que les pone término, el juez tomará especialmente en cuenta el interés de los hijos, cuando los haya, y las fuerzas patrimoniales de los cónyuges”.

“El tribunal podrá, en estos casos, fijar otras obligaciones o modalidades si así pareciere equitativo”.

“La declaración judicial a que se refiere el inciso anterior servirá como título para todos los efectos legales”.

“La constitución de los mencionados derechos sobre bienes familiares no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario tenía a la fecha de su constitución, ni aprovechará a los acreedores que el cónyuge no propietario tuviere en cualquier momento.

De la norma precedente se extraen los principales elementos de este particular efecto del estatuto y los problemas con los que ha lidiado tanto la doctrina como la jurisprudencia. Éstos, a nuestro juicio, son los siguientes:

- a. Derechos que pueden constituirse sobre un bien declarado como familiar y su accesoriadad
- b. Oportunidad para solicitar su constitución
- c. Beneficiario
- d. Bienes sobre los cuales pueden constituirse estos derechos
- e. ¿Es la constitución de estos derechos una facultad del Tribunal?

- f. Factores que inciden en la constitución de estos derechos
- g. Inscripción registral
- h. Modalidades y limitaciones
- i. Situación de los acreedores

3.1. Derechos que pueden constituirse sobre un bien declarado como familiar.

Sobre un bien declarado como familiar pueden constituirse derechos de usufructo, uso o habitación. De acuerdo al profesor Corral, aunque la Ley no lo dispone expresamente, dichos gravámenes son dependientes de la calidad de familiar del bien sobre el que recaen. De esta manera, el mismo profesor destaca que ellos subsistirán en la medida en que el bien esté afectado y se extinguirán, de pleno derecho, cuando pierda la calidad de familiar³⁰².

Dos son los problemas tratados por los comentaristas en este punto.

El primero es el planteado el profesor Rosso. Éste critica la incorporación de los derechos de usufructo entre el catálogo de gravámenes que pueden constituirse. Al efecto, señala que dicho derecho excede los fines del estatuto. De esta manera, indica que si estos últimos pretenden obtener la seguridad de la habitación y el mobiliario para la familia, incorporar el derecho de usufructo supondría ir más allá y satisfacer necesidades propiamente alimenticias³⁰³.

Así, agrega que el gravamen en comento sólo tiene sentido para los derechos y acciones sobre los cuales sería imposible constituir derechos de uso o habitación. De esta manera, termina restringiendo la aplicación del derecho de usufructo a este tipo de bienes familiares exclusivamente³⁰⁴.

En nuestra opinión, la posibilidad de constituir derechos de usufructo sobre los bienes familiares es razonable y se justifica por los mismos fines del estatuto. Así las

³⁰² Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 95.

³⁰³ Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, pp. 215-217.

³⁰⁴ Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 217.

cosas, si señalamos en el Segundo Capítulo de este trabajo que la mayoría de la doctrina milita por un fin específico de la institución, el que corresponde a la protección de la familia fundada en el matrimonio, asegurando en último término la incolumidad del grupo familiar, protegiendo bienes que presentan una función esencial en la vida cotidiana de la familia; no podemos sino pronunciarnos en tal sentido toda vez que con el derecho de usufructo se protegería la estabilidad de este conjunto específico de personas llamado familia. Desde este punto de vista, el goce de los bienes declarados como familiares completa hasta cierto punto la satisfacción de las necesidades de la familia.

El segundo problema lo incorporan también los comentaristas. Así, los profesores Rosso y Corral³⁰⁵ se sirven de este efecto para argumentar que la declaración de bien familiar, así sin más, no otorga al cónyuge no propietario derecho alguno para ocupar el inmueble o a usar los muebles. En este sentido, destaca Rosso que “con esta disposición, se confirma la idea que el cónyuge no propietario no adquiere derecho alguno en virtud de la declaración de bienes familiares, pues si la constitución de los mismos le otorga la facultad de solicitar al juez competente la atribución de un derecho real de usufructo, uso o habitación, es porque justamente ninguno de éstos se encuentran en el patrimonio de dicho cónyuge”³⁰⁶.

Desde este punto de vista, el cónyuge no propietario carecería de derecho a habitar el inmueble declarado como familiar si no mediase la constitución judicial de los derechos ya indicados. Sin embargo, si estrictamente carece de “derecho”, la jurisprudencia ha discutido si carece también de “título” para ocuparlo, a propósito de la acción de precario.

Como es sabido, el precario “es aquella situación de hecho en virtud de la cual una persona sin autorización de su dueño, por mera tolerancia de aquél, y sin ningún

³⁰⁵ Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 4.

³⁰⁶ ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 209.

título que lo justifique tiene en su poder una cosa ajena determinada”³⁰⁷. Por lo tanto, el dueño de una cosa que se encuentre en esta situación, bien puede echar mano de la “acción de precario”.

Cabe destacar que los requisitos de la acción en comento son: a) determinación del inmueble objeto de la acción; b) que el actor sea dueño de la cosa cuya restitución se reclama; c) que el demandado sea tenedor de la cosa, sin título que la justifique y; d) que la tenencia se deba a la mera ignorancia o tolerancia del dueño.

Sobre el tercer elemento nos pronunciaremos, ya que cierta jurisprudencia ha estimado que el “contrato de matrimonio” constituye título para ocupar un inmueble, por lo que, mal podría accionarse de precario contra el cónyuge no propietario detentador³⁰⁸. De esta manera se han pronunciado nuestros tribunales, incluso en aquellos casos en los cuales el matrimonio se ha disuelto y el cónyuge sobreviviente es quien habita el inmueble de propiedad del fallecido³⁰⁹.

Sin embargo, aun cuando se estime que los cónyuges están suficientemente protegidos por la legislación respecto de la acción de precario, situación distinta ocurre cuando la acción deducida en su contra es una reivindicatoria. Por dichos motivos, estimamos fundada la opción seguida por nuestro legislador al incluir dentro de la institución de los bienes familiares los derechos reales de usufructo, uso y habitación.

Cierta jurisprudencia ha razonado desafortunadamente sobre este punto. Así lo hizo nuestra I. Corte de Apelaciones de Santiago en fallo recaído en causa caratulada González con Bustos³¹⁰. En la resolución mencionada, el Tribunal consideró que el interés del hijo común de los cónyuges se encontraba “(...) ya cautelado por el hecho

³⁰⁷ ZAVALA Ortíz, José Luis. Precario, casos y jurisprudencia. Santiago, Thomson Reuters Punto Lex, 2010, p. 2.

³⁰⁸ Cfr., Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, Fernández con Vidal, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 1113-2004, 28.12.2006.

³⁰⁹ Cfr., Ilustrísima Corte de Apelaciones de Chillán, Barra con Alcota, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 882-2005, 31.3.2006.

³¹⁰ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, González con Bustos, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 4278-2004, 17.1.2008.

de haberse declarado bien familiar en que habita junto a ambos padres (...)". Pese a que la Corte reconoció en los Considerandos Tercero y Cuarto de la sentencia, la naturaleza específica del gravamen, parece haber manifestado también que el derecho de usufructo es innecesario³¹¹. No podemos sino lamentar dicha decisión, en tanto entendemos que la posibilidad de constitución de estos gravámenes materializa la protección de la familia en consonancia con los fines del estatuto en comento, como del mandato Constitucional existente en la materia.

3.2. Oportunidad para solicitar su constitución.

Cabe destacar que los derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares, pueden constituirse *únicamente* durante el matrimonio. Esto resulta de particular relevancia, toda vez que, previo a las modificaciones de las Leyes 19.947 y 19.585, el artículo contemplaba expresamente la posibilidad de constituirlos aún después de disuelto el vínculo conyugal. De esta manera, hoy por hoy, "la nulidad y el divorcio, como disuelven el matrimonio, harán improcedente la constitución de estos derechos"³¹².

Sin embargo, en el caso en que estos derechos ya se encuentren constituidos, cabe destacar que no se producirá su caducidad de pleno derecho en el caso de disolución del vínculo, así como no se desafectan los bienes familiares de la misma manera.

3.3. Beneficiario.

Resalta la norma en comento que estos gravámenes se constituyen "a favor del cónyuge no propietario" y no a favor de la familia en su conjunto o de los hijos³¹³.

³¹¹ Pese a ello, la Corte hace énfasis también en que los elementos específicos que debe ponderar el juez, al momento de decretar el derecho de usufructo, no se habrían probado.

³¹² CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 91.

³¹³ De acuerdo a Corral, así también lo habría entendido cierta jurisprudencia. Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 90.

Desde ese punto de vista, es posible también construir la legitimación activa, la que estaría radicada igual y exclusivamente en el cónyuge no titular³¹⁴.

Sin embargo, cabe destacar que el inciso primero introduce un elemento que debe tomar en cuenta el juez a la hora de constituirlos: el interés de los hijos, si los hubiere. Con éste, se incorpora de manera indirecta la protección de la familia en su conjunto.

3.4. Bienes sobre los cuales pueden constituirse estos derechos.

Estimamos que los gravámenes en comento pueden constituirse sobre toda clase de bienes familiares, en tanto el legislador no ha distinguido. Sin embargo, cabe tener presente que los derechos de habitación sólo podrán constituirse sobre inmuebles familiares, debido a su naturaleza específica³¹⁵.

3.5. ¿Es la constitución de estos derechos una facultad del tribunal?

Como se vio, el inciso primero del artículo 147 CC dispone que “durante el matrimonio el juez podrá constituir, prudencialmente (...)” los gravámenes que en este acápite se tratan. La disposición en comento introdujo dos problemas bastante importantes. El primero consiste en que la norma da a entender que el juez podría constituirlos de oficio. De acuerdo a Rosso, esto no sería posible en tanto: “en primer lugar, cuando el legislador entrega atribuciones a los jueces con tal carácter, lo señala de manera explícita; en segundo lugar, porque la regla general en materia procesal civil es el principio dispositivo, por lo que, no apareciendo una intención clara de introducir una excepción a éste, debe mantenerse su aplicación (artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales); y, en tercer lugar, en razón de que como ya hemos manifestado, el artículo 147 sólo reprodujo la fórmula del artículo 11 de la Ley 14.908, sin percatarse el legislador que ésta última norma otorga la facultad de constituir un derecho de usufructo, uso o habitación como una forma más en que puede fijarse una pensión alimenticia por el juez, pero su ejercicio sólo es posible luego que el juicio de alimentos

³¹⁴ Cfr., COURT Murasso, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 33.

³¹⁵ Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. *Bienes Familiares... Op. Cit.*, p. 90.

haya sido iniciado a solicitud de parte³¹⁶. Así concluye al respecto indicando que “(...) los tribunales sólo pueden constituir derechos reales sobre los bienes familiares previa solicitud del cónyuge beneficiario”³¹⁷.

El segundo problema también es analizado por el profesor Rosso, el cual consiste en que nuestro legislador indica que el juez podrá constituir “prudencialmente” los derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes declarados como familiares. De acuerdo a él, parece ser que el legislador ha expresado demasiada “confianza” en el criterio de los jueces de nuestro país. Sin embargo, reconoce que el actuar de los jueces se encuentra enmarcado dentro de los elementos que inciden en la constitución de estos derechos³¹⁸, los que se verán a continuación.

3.6. Factores que inciden en la constitución de estos derechos.

La segunda parte del inciso primero del artículo 147 del Código Civil dispone que:

“En la constitución de esos derechos y en la fijación del plazo que les pone término, el juez tomará especialmente en cuenta el interés de los hijos, cuando los haya, y las fuerzas patrimoniales de los cónyuges”.

Dos son los elementos que debe tomar “especialmente en cuenta” el tribunal al momento de analizar la procedencia de la constitución de los derechos de usufructo, uso o habitación: el interés de los hijos, cuando los haya; y las fuerzas patrimoniales de los cónyuges. La incorporación de estos dos elementos nos parece absolutamente justificada, toda vez que con ellos se impide el uso abusivo del efecto que comentamos. A continuación analizaremos cada uno por separado.

³¹⁶ ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, pp. 234-235.

³¹⁷ ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 235.

³¹⁸ Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 237.

3.6.1. El Interés de los hijos, cuando los haya.

Como hemos subrayado más de una vez, el estatuto aparece en este punto de una manera particularmente contradictoria. Pues si bien debe tomarse en cuenta el “interés de los hijos” cuando los haya, los derechos de usufructo, uso y habitación cederán siempre, única y exclusivamente, en favor del cónyuge no propietario. Aún más, al respecto indica el profesor Rosso que, “incluso puede suceder que el interés de los hijos requiera la constitución de un derecho real de usufructo, uso o habitación, pero al cónyuge no propietario no le interese pedirlo, y por ende, no presente a los tribunales correspondiente solicitud. El legislador ha presumido en cierta medida que siempre el cónyuge no propietario querrá lo mejor para sus hijos; en cambio, que el dueño puede actuar en algunas situaciones en contra de los mismos. Empero, ello puede no ser así; sin embargo, es el cónyuge no propietario quien tiene en definitiva una importante ventaja a través del artículo 147, y que dependiendo de su utilización beneficiará o no a los hijos”³¹⁹.

A su vez, el mismo autor indicado destaca que “nuestro Código no consagró el principio que el uso de los bienes de carácter familiar se otorga al cónyuge bajo cuya tuición hayan quedado los hijos, sino que se prefirió una fórmula más general y que consiste en el “interés de los hijos”. El juez debe actuar en conformidad a este último (aun cuando sean mayores de edad pues la Ley no establece limitación al respecto), sin importar si están o no bajo la tuición del cónyuge no propietario, aunque lo normal debería ser que coincidiera el interés de éste con el de los hijos que queden bajo su cuidado”³²⁰.

Como es natural, a falta de una definición específica por el legislador para lo que debe entenderse por “interés de los hijos”, será la jurisprudencia la encargada de establecer tanto sus contornos como su contenido. De una u otra forma, el intérprete podría inclinarse por acercar dicho concepto a otro (“el interés superior del niño”³²¹), sin

³¹⁹ ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 240.

³²⁰ *Ibíd.*

³²¹ De acuerdo a las profesoras Schmidt y Veloso “Conceptualmente, el interés superior del menor, mira al niño como un titular de derechos autónomos, susceptibles, si fuera necesario, de

embargo, en tanto el concepto propio del estatuto analizando prescinde de la edad de los hijos, creemos que resulta más prudente tratarlo separadamente.

3.6.2. Las fuerzas patrimoniales de los cónyuges.

En nuestra opinión, el elemento en cuestión resulta ser indispensable para una adecuada aplicación de la constitución de los derechos reales de usufructo, uso o habitación. Pues, en caso contrario, resultaría manifiestamente injusto para aquellos casos de separación de hecho, el privar al cónyuge propietario de algo tan importante en la propiedad como el uso y el goce, sin que éste tuviere los medios para habitar en un lugar distinto.

Cabe destacar, a su vez, que el legislador manda al juez a revisar las fuerzas patrimoniales de ambos cónyuges, y no sólo las del no propietario o las del propietario.

Finalmente, de acuerdo al profesor Rosso, el examen que debe efectuar el juez debe referirse, de manera copulativa, a los dos elementos ya analizados, “sin que ninguno de ellos primer sobre el otro”³²². A su vez, de acuerdo al mismo profesor, tal análisis debe figurar en la resolución respectiva³²³.

3.7. Inscripción registral.

Al igual que en el caso de la declaración de los bienes familiares, la Ley nada dice sobre el momento en que la constitución de derechos reales opera o comienza a producir sus efectos propios. Sólo señala en el inciso 3° del artículo 147 que “la declaración judicial que se refiere el inciso anterior servirá como título para todos los efectos legales”.

ser ejercidos contra sus padres”. SCHMIDT Hott, Claudia y VELOSO Valenzuela, Paulina. La filiación en el nuevo derecho de familia. Santiago, Editorial LexisNexis, 2001.

³²² ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 242.

³²³ Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 242.

Lo anterior tiene gran importancia para los terceros, ya que fija el momento en que dichos derechos le son oponibles. A la conclusión que ha llegado la doctrina – intentando así armonizar la institución- apunta que “(...) la Ley ha querido que estos derechos se inscriban respecto de los inmuebles, y para este efecto la sentencia es considerada como título (“servirá como título”), es decir, como instrumento apto para acceder al registro”³²⁴.

3.8. Modalidades y limitaciones.

La segunda parte del inciso primero del artículo 147 del Código Civil dispone que:

“En la constitución de esos derechos y en la fijación del plazo que les pone término, el juez tomará especialmente en cuenta el interés de los hijos, cuando los haya, y las fuerzas patrimoniales de los cónyuges”.

Agrega el inciso segundo del mismo artículo:

“El tribunal podrá, en estos casos, fijar otras obligaciones o modalidades si así pareciere equitativo”.

De la norma en comento se extrae que la duración de estos derechos en el tiempo está limitada por definición, ya sea por un plazo o por otra modalidad. La razón de estas limitaciones radica en que “(...) la atribución de estos derechos a favor del cónyuge no propietario implica, correlativamente, un gravamen para el cónyuge propietario y un límite a sus facultades de uso y de goce sobre un bien de su exclusiva propiedad, que no pueden durar indefinidamente”³²⁵. Así las cosas, estos derechos no pueden tener el carácter de vitalicios.

³²⁴ CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 94. En este sentido se pronuncia también Court quien señala que estos derechos deben inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces, ya que sólo desde ese momento serán oponibles a terceros. Cfr., COURT Murasso, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 36.

³²⁵ COURT Murasso, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 34.

Respecto del plazo, el profesor Corral destaca que, ante el silencio de la Ley, no parece posible considerar una prórroga del mismo³²⁶. Ramos Pazos, por su parte, agrega que, una vez cumplido el plazo, éstos se extinguen³²⁷.

A su vez, respecto de las “otras modalidades” que pueden fijarse por el juez, la doctrina destaca que bien “podrían establecerse cargas modales o condiciones que limiten el ejercicio y la existencia de estos derechos”³²⁸.

Finalmente, los comentaristas se encuentran contestes en que pueden establecerse determinadas cargas para el cónyuge no propietario beneficiario a favor del cónyuge propietario, en el caso que ello pareciera equitativo. En este contexto señala Rosso que, “como se puede observar, el juez sólo podía imponer al cónyuge no propietario una renta a favor del dueño, para el caso en que el primero estuviere en condiciones de pagarla, y el segundo, en necesidad de recibirla, buscándose con ello mantener en cuanto fuere posible la equivalencia patrimonial de los cónyuges (o respecto del no propietario frente a los herederos de su marido o mujer)”³²⁹.

3.9. Situación de los acreedores.

El inciso final del artículo 147 del Código Civil dispone que:

“La constitución de los mencionados derechos sobre bienes familiares no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario tenía a la fecha de su constitución, ni aprovechará a los acreedores que el cónyuge no propietario tuviere en cualquier momento”.

³²⁶ Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 95.

³²⁷ Cfr., RAMOS Pazos, René. *Op. Cit.*, p. 365.

³²⁸ CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 95. En el mismo sentido opina el profesor Rosso. Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 245.

³²⁹ ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 246.

En virtud de lo anterior, salta a la vista que los gravámenes en comento le serán inoponibles³³⁰ a los acreedores que el cónyuge propietario tuviere a la fecha de constitución, pudiendo hacer efectivos sus respectivos créditos sobre la propiedad plena de los bienes en cuestión³³¹. Si bien esto es cierto, no ocurre lo propio respecto del cónyuge no propietario. Así, Corral señala que “(...) los acreedores que el cónyuge no propietario tuviere en cualquier momento no resultan beneficiados por el aumento del patrimonio del cónyuge deudor causado por la constitución de estos derechos en su favor (art. 147 inc. 3º CC). En consecuencia, estos acreedores no podrán embargar los derechos de usufructo, uso o habitación sobre bienes familiares, como tampoco subrogarse en ellos (cfr. Art. 2466 CC)”³³².

4. El Beneficio de excusión.

Como ya señalamos en el Capítulo I, el legislador, al introducir la institución de los bienes familiares, no consagró, como parte de sus características, la inembargabilidad de los bienes. Sólo se limitó a otorgar beneficio de excusión a los cónyuges frente a las acciones de los terceros. Sin embargo, limitó, a su vez, dicha facultad, a determinados acreedores y en determinadas circunstancias.

La regulación de dicho efecto la encontramos en el artículo 148 del Código Civil. Sobre ella, la norma señala:

“Los cónyuges reconvenidos gozan del beneficio de excusión. En consecuencia, cualquiera de ellos podrá exigir que antes de proceder contra los bienes familiares se persiga el crédito en otros bienes del deudor (...).”

En consideración a su regulación, abordaremos los elementos esenciales de este efecto, a saber: la naturaleza del beneficio, la necesidad de notificación al cónyuge propietario y los tipos de acreedores contra los cuáles se puede hacer valer.

³³⁰ Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 97.

³³¹ Cfr., COURT Murasso, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 35.

³³² CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 97. En el mismo sentido opina el profesor Ramos. Cfr., RAMOS Pazos, René. *Op. Cit.*, p. 366.

4.1. Naturaleza del beneficio.

La doctrina nacional está conteste a la hora de señalar que el legislador erró en calificar este efecto como “beneficio de excusión”. Si bien es el propio artículo 148 CC quien aplica al beneficio de excusión las normas relativas a la fianza, éste dista mucho del beneficio que goza el fiador. Al respecto, la profesora Hübner manifiesta estas diferencias al señalar que “el fiador goza del llamado beneficio de excusión para pedir que se realicen primeramente los bienes del deudor principal, porque él es un deudor subsidiario, y en consecuencia es una excusión personal. En cambio, la establecida en la Ley 19.335 es real, porque sólo pretende excluir los bienes familiares y además la puede oponer quien no es deudor”³³³.

No tan sólo la profesora Hübner plantea que no nos encontramos frente a un beneficio de excusión –en estricto rigor-, ya que la postura del profesor Corral es bastante similar. Así las cosas, considera que “no se trata propiamente del beneficio de excusión que conocemos tradicionalmente como uno de los efectos del contrato de fianza, puesto que aquí los bienes excluidos son siempre de propiedad del deudor principal”³³⁴.

En virtud de lo anterior, creemos, al igual que Corral, que lo que se persigue, más que establecer un beneficio de excusión, es limitar el derecho de prenda general de los acreedores del cónyuge propietario del bien familiar³³⁵.

4.2. Notificación al cónyuge no propietario.

De acuerdo al inciso 2° del artículo 148 CC, cada vez que se intente ejecutar un bien familiar, el juez deberá notificar personalmente el mandamiento de ejecución y embargo al cónyuge no propietario, con el propósito de que éste pueda interponer el beneficio de excusión. A su vez, la norma –en su parte final- señala que “esta

³³³ HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 129.

³³⁴ CORRAL Talciani, Hernán. *Bienes Familiares... Op. Cit.*, pp. 97-98.

³³⁵ Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. *Bienes Familiares... Op. Cit.*, p. 98.

notificación no afectará los derechos y acciones del cónyuge no propietario sobre dichos bienes”.

De la norma citada, destacamos tres puntos fundamentales que apuntan a: la limitación de la notificación a los juicios ejecutivos; el alcance de la frase “esta notificación no afectará los derechos y acciones del cónyuge no propietario sobre dichos bienes”, y a la sanción frente a la omisión de la notificación.

Sobre el primer punto, la norma es clara: sólo se aplica la notificación cuando, en virtud de una acción ejecutiva interpuesta por un tercero, se dispone el embargo de algún bien familiar. En este sentido se pronuncia el profesor Corral, quien señala que “no procedería tratándose de una simple medida prejudicial precautoria, ni tampoco frente a una demanda en juicio ordinario (aunque sí cuando se pretenda el cumplimiento ejecutivo de la sentencia recaída en éste)”³³⁶. Si bien la norma no ha dejado margen de duda respecto a su aplicabilidad frente a otros procedimientos, los problemas se suscitan a la hora de cumplir con el requisito previo para practicar la notificación, esto es, acreditar que el bien objeto del embargo posee el carácter de familiar. Para Tomasello, dicha situación es relativamente simple en el caso de los inmuebles, sin embargo, en el caso de los bienes muebles la situación se torna más incierta, ya que no se requiere inscripción alguna³³⁷. Dicha incertidumbre puede ser solucionada mirando el “catálogo” de muebles afectados en la sentencia definitiva respectiva.

Respecto al segundo punto - alcance de la frase “esta notificación no afectará los derechos y acciones del cónyuge no propietario sobre dichos bienes”-, los comentaristas nacionales han señalado que “puede hacer alusión a los posibles derechos de usufructo, uso o habitación constituidos judicialmente, en virtud del art. 147 CC, los que subsistirán como gravámenes reales, aun en caso de adjudicación de los bienes embargados”³³⁸.

³³⁶ CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 100.

³³⁷ Cfr., TOMASELLO Hart, Leslie. *Op. Cit.*, p. 156.

³³⁸ CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 100.

Finalmente, en lo que respecta a la sanción en caso de omisión de la notificación al cónyuge no propietario, el legislador nada ha dicho. Se discute en la doctrina el carácter de “trámite esencial” de esta diligencia, lo que lleva a sanciones diversas en caso de omisión de la misma. Al respecto, la profesora Hübner plantea que la omisión de esta diligencia procesal “(...) acarrea la nulidad de todo lo obrado, porque la Ley en forma imperativa ha previsto este trámite esencial con el fin de que se constituya adecuadamente la relación procesal”³³⁹. A diferencia de Hübner, el profesor Corral considera que la Ley no señala las consecuencias de la omisión de esta diligencia, ni menos aun le otorga la calidad de “trámite esencial”. En virtud de ello, para este autor, éste sería “(...) un defecto susceptible de un incidente de nulidad, en la medida en que, atendida las circunstancias concretas, constituya un vicio que irroga a una parte (en este caso, el cónyuge no propietario) un perjuicio sólo reparable con la declaración de nulidad”³⁴⁰.

4.3. Situación de los acreedores.

Aunque la norma nada diga al respecto, resulta evidente que los acreedores anteriores a la declaración de bien familiar no resultan afectados de manera alguna en sus derechos. Sin embargo, si el crédito nace con posterioridad a dicha declaración, se podrá interponer beneficio de excusión contra los acreedores del cónyuge propietario.

Situación particular ocurre con los acreedores hipotecarios, ya que el silencio de la Ley sobre estas materias puede llevar a absurdos que desnaturalizan las garantías reales de la hipoteca y la prenda. Por ejemplo, podría considerarse válido el beneficio de excusión interpuesto contra el acreedor hipotecario, cuya hipoteca se constituyó con antelación a la declaración de bien familiar. Dado que no se ha modificado nuestra reglamentación, el profesor Corral considera que se debe “excluir el beneficio de excusión cuando se trate de ejecutar garantías reales, como la prenda o la hipoteca”³⁴¹.

³³⁹ HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 130.

³⁴⁰ CORRAL Talciani, Hernán. *Bienes Familiares... Op. Cit.*, p. 99.

³⁴¹ CORRAL Talciani, Hernán. *Bienes Familiares... Op. Cit.*, p. 102.

CAPÍTULO VI DESAFECTACIÓN DE LOS BIENES FAMILIARES.

1. Generalidades.

La desafectación de los bienes familiares se encuentra reglada en el artículo 145 de nuestro Código Civil. Éste contempla dos formas de desafectación: la de mutuo acuerdo de los cónyuges y aquella que se efectúa por declaración judicial. Así las cosas, la desafectación de los bienes familiares en nuestro Derecho no opera *ipso iure* en el caso de que los bienes que los comprendan ya no sirvan a los fines que la Ley establece. Sin embargo, cabe agregar que la doctrina y la jurisprudencia incorporan una forma de desafectación no contemplada explícitamente por el estatuto, que se produce cuando se enajena totalmente un bien declarado como familiar.

Cabe destacar que, las formas antes descritas reciben aplicación, tanto respecto de los bienes corporales (muebles e inmuebles) como de los incorporales (derechos o acciones). En efecto, el artículo 146 CC que regula la constitución de estos últimos, dispone en su primera parte, que se aplicará a ellos lo previsto en el párrafo que trata a los bienes familiares. De esta manera, destaca que mientras el estatuto ha reservado dos formas radicalmente distintas de constitución, ha sujetado a todos los bienes (corporales e incorporales) a las mismas formas de desafectación³⁴².

En suma, cabe distinguir dentro de las formas de desafectación, las siguientes:

- a. Desafectación de común acuerdo.
- b. Desafectación judicial.
- c. Desafectación tácita o por el solo ministerio de la Ley.

³⁴² En este sentido, Court. Cfr., COURT Murasso, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 47. Así también se pronuncia Rosso. Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 281. También lo hace Rodríguez. Cfr., RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. *Op. Cit.*, p. 296.

2. Desafectación de común acuerdo.

El inciso primero del artículo 145 dispone que:

“Los cónyuges, de común acuerdo, podrán desafectar un bien familiar. Si la declaración se refiere a un inmueble, deberá constar en escritura pública anotada al margen de la inscripción respectiva”.

La doctrina plantea que la disposición en comento es bastante curiosa. Si el legislador por un lado ha exigido la declaración judicial para los bienes corporales (aun cuando los cónyuges se encuentren de acuerdo en la afectación), por el otro, abre la posibilidad de que sean los mismos cónyuges quienes los desafecten sin que medie intervención de la justicia. Por ello, los comentaristas indican que el legislador se aleja del adagio de que en derecho “las cosas se deshacen del mismo modo que se hacen”³⁴³.

Con todo, de acuerdo al profesor Corral, la desafectación de común acuerdo opera únicamente mientras subsista el matrimonio. Ello, en tanto la disposición se refiere a “los cónyuges”. Por lo tanto, si el matrimonio se ha disuelto o ha sido declarado nulo, la desafectación deberá hacerse necesariamente por declaración judicial³⁴⁴.

Para tratar el problema con mayor profundidad, es necesario distinguir la desafectación de común acuerdo reservada para los inmuebles, la reservada para los bienes muebles y, finalmente, la propia de los derechos o acciones.

³⁴³ En este sentido, Hübner. Cfr., HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 137. También, Corral. Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. *Bienes Familiares... Op. Cit.*, p. 106.

³⁴⁴ Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. *Bienes Familiares... Op. Cit.*, p. 106.

2.1. Desafectación de común acuerdo para los inmuebles.

La norma citada exige que, la desafectación de común acuerdo para el caso del inmueble que sirva de residencia principal a la familia, conste en escritura pública. Requiere, a su vez, anotación al margen de la inscripción del inmueble.

Nuevamente, surgen aquí las dudas acerca del “momento” en el cual el bien ha dejado de ser familiar ante los ojos de la Ley. Siguiendo la opinión que en su oportunidad expresamos³⁴⁵, entendemos que ambos requisitos corresponden a solemnidades constitutivas. Por lo tanto, deberá contarse con ambos para que el inmueble deje de encontrarse afectado.

2.2. Desafectación de común acuerdo para los bienes muebles.

Cabe destacar que la Ley no ha exigido formalidad alguna para la desafectación de los bienes muebles que guarnecen la residencia principal de la familia. Sin embargo, el profesor Gian Franco Rosso, destaca la conveniencia de dejar constancia por medio de escritura privada de tal circunstancia, explicitándose así la fecha del acto y la anuencia del cónyuge no propietario³⁴⁶.

Como señalamos a propósito de la constitución, consideramos que la afectación de los muebles en bienes familiares no tiene en caso alguno un carácter accesorio respecto de los inmuebles³⁴⁷. De esta manera – decíamos – los muebles bien podrían constituirse en bienes familiares de manera independiente y exclusiva. La misma idea vale para el caso de su desafectación. Por ello, los cónyuges podrían desafectar de común acuerdo exclusivamente los muebles, y aún más, sólo algunos de ellos. Además, cabe subrayar, que desde este punto de vista, la desafectación del inmueble de común acuerdo no conlleva de por sí la de los muebles, debiendo dejarse

³⁴⁵ *Vid. Supr.* Capítulo IV. Punto 2.4.1: “Afectación provisoria de los inmuebles”.

³⁴⁶ Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 280. De esta manera, el profesor citado destaca también que la mera circunstancia de “sacar” un mueble del inmueble que sirve de residencia principal de la familia, no lo desafecta.

³⁴⁷ *Vid. Supr.* Capítulo III Punto 3.2: “¿Es accesorio la afectación de los muebles?”.

constancia explícita de ello. Por lo demás, esta es la interpretación que se aviene de mejor forma con los fines de la institución³⁴⁸.

2.3. Desafectación de común acuerdo para los derechos o acciones en sociedades.

La Ley tampoco se ha encargado de especificar las formalidades propias de la desafectación de común acuerdo sobre derechos o acciones en sociedades. Sin embargo, el profesor Rosso estima que ella deberá hacerse necesariamente por medio de escritura pública. Lo anterior se debe a que ella – señala - es la solemnidad requerida para la constitución, y las cosas en derecho se deshacen en la misma forma en que se hacen; y además, porque “(...) aquella es la formalidad que se exige para la desafectación de los bienes raíces, y aunque los derechos o acciones en sociedades tienen naturaleza mueble, lo que aquí interesa es la finalidad de su constitución, cual es asegurar a la familia la vivienda, la que, obviamente, tiene un carácter inmueble”³⁴⁹.

Estamos de acuerdo con el profesor indicado en lo ya señalado y además en que deberá cancelarse la inscripción respectiva, en los casos que corresponda.

3. Desafectación judicial.

En caso que no exista acuerdo de los cónyuges, o que el matrimonio ya no exista; la desafectación deberá ser decretada por tribunal competente. Al efecto, el inciso segundo del artículo 145 del Código Civil dispone que:

“El cónyuge propietario podrá pedir al juez la desafectación de un bien familiar, fundado en que no está actualmente destinado a los fines que indica el artículo 141, lo que deberá probar. En este caso, el juez procederá en la forma establecida en el inciso segundo del artículo 141”.

³⁴⁸ Cfr., ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 280.

³⁴⁹ ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 281.

Por su parte, el inciso tercero del mismo artículo agrega:

“Igual regla se aplicará si el matrimonio se ha declarado nulo, o ha terminado por muerte de uno de los cónyuges o por divorcio. En tales casos, el propietario del bien familiar o cualquiera de sus causahabientes deberá formular al juez la petición correspondiente”.

De la norma precedente se extrae lo siguiente:

- a. En el caso que el matrimonio subsista, el único que puede pedir la desafectación es el cónyuge propietario. A su vez, éste deberá acreditar que el inmueble ya no sirve de residencia principal de la familia o que los muebles no guarnece ya a la misma.
- b. En el caso que el matrimonio se haya declarado nulo o se haya terminado por divorcio, podrán pedir la desafectación el ex - cónyuge propietario y sus causahabientes.
- c. En el caso que el matrimonio haya terminado por muerte de cualquiera de los cónyuges, el ex - cónyuge propietario (o sus herederos) deberán efectuar la solicitud. En este sentido, señala el profesor Corral que “la Ley supone que el que ha muerto es el cónyuge propietario y que sus herederos o legatarios (sucesores en el dominio del bien) estarán interesados en solicitar la desafectación. Pero ¿y si el fallecido es el cónyuge no propietario? Es evidente que en tal supuesto será el cónyuge sobreviviente (o sea, el propietario) el interesado en obtener la desafectación judicial, pero la Ley omite mencionarlo. A pesar de este silencio legal, no solucionado por la modificación que la Ley N° 19.947 hizo a este inciso del art. 145 CC, entendemos que en tal caso el cónyuge sobreviviente propietario podrá solicitar la desafectación, demandando a los herederos del cónyuge no propietario”³⁵⁰.

³⁵⁰ CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, pp. 107-108.

3.1. Problemas de la desafectación judicial.

Asimismo, cabe destacar que dos son los problemas principales a los cuales se ha enfrentado la doctrina y la jurisprudencia a propósito de la norma en comento. Ambos dicen relación con la expresión “*igual regla*” contenida al inicio del inciso tercero del artículo 145.

El primero, es tratado por el profesor Eduardo Court, quien se pregunta si la expresión hace referencia sólo al inciso segundo, o si abarca también al inciso primero. La pregunta es relevante, pues, si se respondiera afirmativamente, significaría que los herederos del cónyuge propietario podrían “acordar” la desafectación con el cónyuge no propietario sobreviviente, evitándose así la intervención de la justicia. La solución que encuentra Court en la materia consiste en que el Código se refiere, solamente, al inciso segundo y no al inciso primero. De esta manera, en estos casos, la intervención judicial resulta ineludible. Funda su opinión en que el inciso tercero utiliza la expresión “*igual regla*” y no “*iguales reglas*”, caso en el cual se haría referencia a ambos incisos. Finalmente, agrega que la norma dispone que las personas en comento deben “formular la petición correspondiente” confirmando la necesidad de la desafectación judicializada³⁵¹.

Por su parte, el segundo problema es incorporado por la jurisprudencia. Si tal y como concluye Court, la expresión “*igual regla*” del inciso tercero del artículo 145 se refiere *exclusivamente* a la contenida inciso segundo del mismo, bien cabe preguntarse si dicha referencia es *formal* o *sustantiva*. Si se concluye que la referencia es meramente *formal*, entonces bastará acreditar que el matrimonio ha terminado para que se desafecten los bienes familiares; debiendo formularse la solicitud respectiva ante el Tribunal de Familia competente. Por otro lado, si se concluye que ella es *sustantiva*, no sólo es necesario acreditar tal circunstancia, sino también que los bienes en cuestión ya no sirven a los fines del artículo 141.

³⁵¹ COURT Murasso, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 41.

Al respecto, lo cierto es que la jurisprudencia se ha inclinado por la segunda alternativa. Así, nuestra E. Corte Suprema, conociendo de un recurso de casación en el fondo, en fallo fechado a 15 de Abril de 2009³⁵², señaló que en el caso que el matrimonio haya terminado por divorcio, por declaración de nulidad o por muerte de uno de los cónyuges:

“(…) el propietario del bien familiar afectado deberá formular al juez la petición correspondiente, basado en que el bien no cumple los fines que indica el artículo 141 del citado texto legal. En efecto, la mera extinción del matrimonio no produce de pleno derecho la desafectación del bien, ello porque aún disuelto éste, el bien puede continuar siendo la residencia principal de la familia y en este evento no será posible desafectarlo” (Considerando Quinto).

La Corte señaló además que en caso de estimarse que la expresión “*igual regla*” se refiere únicamente al “proceso de desafectación” (desafectación judicial) y no a los presupuestos sustantivos de la misma (acreditar que ya no se cumplen con los fines del artículo 141), la norma sería redundante, en tanto el inciso tercero hace referencia también a la necesidad de la intervención de la justicia (Considerando Sexto).

Agrega el Tribunal Supremo que la interpretación que sostiene es la que más se aviene con los fines de la institución en tanto ella:

“(…) Intenta asegurar a la familia mediante la subsistencia en su poder de bienes indispensables para su desarrollo y existencia, con prescindencia del derecho de dominio que sobre los mismos tenga uno de los cónyuges. En efecto, este instituto pretende asegurar a la familia un hogar físico estable donde sus integrantes puedan desarrollar la vida con normalidad, ejerciendo los roles y funciones que les correspondan, aún después de disuelto el matrimonio, a fin de evitar el desarraigo de la que ha sido la residencia principal de éste. Desde otra perspectiva constituye también

³⁵² Excelentísima Corte Suprema, Pascal con de la Fuente, Recurso de Casación en el fondo, Rol N° 1086-2009, 15.4.2009.

una garantía o forma de protección para el cónyuge más débil o para el que tenga el cuidado de los hijos, en caso de separación de hecho o de disolución del matrimonio” (Considerando séptimo).

Agrega finalmente la Corte en su Considerando Noveno:

“Que en este sentido, cabe considerar que del tenor de lo dispuesto por los artículos 141 y 146 del Código Civil, resulta evidente que la principal beneficiaria de la institución en comento es la familia; desde esta perspectiva, no puede desconocerse el hecho que si bien ella ha podido tener su origen en el matrimonio de las partes, como ha ocurrido en la especie, lo cierto es que la misma subsiste más allá de la disolución de la relación conyugal, permaneciendo vigente en relación a los hijos, a quienes en este caso la Ley busca asegurar su protección mediante la consagración de la institución en comento, con la extensión de sus efectos más allá del término del matrimonio, si se dan los presupuestos legales que justifican tal proceder”.

Como ya señalamos cuando comentamos esta sentencia, a propósito de los bienes que pueden declararse como familiares³⁵³, resulta absolutamente improcedente a nuestro juicio considerar que los efectos de la institución se extienden en el tiempo incluso más allá de la disolución del matrimonio; pues no habría “familia alguna que proteger”. Así las cosas, estimamos que la solución correcta es aquella que sostiene que la referencia en cuestión es *formal* y no *sustancial*. Si bien la Corte indica que opinar como nosotros implica que el articulado es redundante, estimamos que ello se debe a la deficiente estructura jurídica que ha construido el legislador.

Por lo demás, cabe destacar que la sentencia en comento contó con voto disidente del Ministro Brito, quien junto con tomar partido por la posición que sostenemos, indicó, en su Considerando Cuarto, que:

³⁵³ *Vid. Supr.* Capítulo III. Punto 2.5.1.1: “El Núcleo del concepto: La familia debe fundarse en el matrimonio”.

“No es posible extender los efectos de los bienes familiares, más allá de la existencia de la propia institución en que se funda su existencia. En efecto, el divorcio puso término al matrimonio y a la situación patrimonial de las partes, siendo la cuestión de la casa habitación una cuestión de carácter alimenticio, por lo que no constituye esta la vía prevista por la Ley para asegurar la protección en este caso del hijo común”.

Pese a que la opinión precedente es algo confusa (da a entender que la institución de los bienes familiares tiene un carácter alimenticio, cuestión que rechazamos) no podemos sino avenirnos con él en tanto consideramos también que los bienes familiares están directamente ligados al matrimonio. Interpretar las normas pertinentes de manera distinta sólo pondría de relieve la injusticia del estatuto. En razón de ello, no habría razón alguna para excluir a las familias post-matrimoniales de la posibilidad de solicitar el estatuto (como hace la Ley); ni aún más, para denegar dicha posibilidad a las familias no matrimoniales.

3.2. Desafectación judicial de derechos o acciones.

Como ya hemos indicado, la desafectación judicial también procede respecto de derechos o acciones, aunque el Código no lo mencione expresamente. Al efecto, Corral indica que “(...) por analogía hemos de entender que podrá pedirse su desafectación cuando se compruebe que la sociedad no es ya propietaria del inmueble o que éste ya no sirve de residencia principal de la familia. Lo mismo en caso de disolución o nulidad del matrimonio”³⁵⁴. Agrega el mismo profesor que, “en el caso de que se pida la desafectación de acciones o derechos en sociedades propietarias de una vivienda familiar, el legitimado para pedir las es el cónyuge propietario de tales acciones, y no la sociedad (cfr. C. Sup, 12 de septiembre de 2000, cas. Fondo, rol N° 4536-99, LexisNexis, N° 17.310)”³⁵⁵.

³⁵⁴ CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 107.

³⁵⁵ CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 108.

3.3. Procedimiento aplicable.

Al respecto, cabe destacar que el artículo 145 del Código Civil se refiere expresamente al artículo 141 del mismo cuerpo legal. Por tanto, el procedimiento será uno especial de familia; se iniciará por solicitud del cónyuge propietario; con el mérito de dicha solicitud el juez citará a audiencia preparatoria. En la misma, existiendo acuerdo entre los cónyuges y suficientes antecedentes para resolver, éste deberá dictar sentencia. En caso de falta de acuerdo o de antecedentes, el juez citará a audiencia de juicio. De acuerdo a Corral, “la demanda se interpondrá en contra el otro cónyuge si el matrimonio se mantiene. Si hay declaración de nulidad o sentencia de divorcio, deberá demandarse al presunto o ex cónyuge, respectivamente. Si el matrimonio se ha disuelto por fallecimiento, los causahabientes del fallecido deberán demandar al cónyuge sobreviviente, o viceversa”³⁵⁶.

Cabe destacar que, existen algunos problemas en relación al procedimiento aplicable cuando es un tercero quien solicita la desafectación. Si bien es cierto, la posibilidad misma de que un tercero solicite la desafectación es discutible, resulta aún más problemática la cuestión procesal que se suscita a la luz de las decisiones judiciales que se han pronunciado al respecto. Todo ello se analizará a propósito de la legitimación activa en uno de los acápites siguientes.

3.4. Necesidad de anotaciones.

La doctrina destaca que la Ley no se ha referido a la anotación de la resolución que declara la desafectación en el registro conservatorio. Sin embargo, los comentaristas estiman, en su mayoría, que la sentencia debe ordenar la anotación al margen y que, además, debe subinscribirse³⁵⁷.

³⁵⁶ *Ibíd.*

³⁵⁷ Así lo hace Hübner. Cfr., HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 138. En este mismo sentido, Corral. Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. *Bienes Familiares... Op. Cit.*, p. 108.

4. Desafectación tácita o legal.

La doctrina agrega otra forma de desafectación que no está contemplada expresamente por el legislador: la desafectación tácita o legal (en tanto opera por el solo ministerio de la Ley). Al respecto, los comentaristas señalan que si el bien declarado como familiar es vendido o enajenado, cumpliéndose los requisitos legales, entonces debe entenderse que ha dejado de estar protegido por el estatuto. De esta manera, se produciría una desafectación “*ipso-facto*” que no requiere declaración judicial³⁵⁸. En este sentido, el profesor Rosso indica que “resulta imposible sostener que los bienes mantienen la calidad de familiares, aun después de su enajenación, pues con ella se ha perdido uno de los presupuestos que el artículo 141 establece para la declaración de estos bienes: la propiedad”³⁵⁹.

Así se ha pronunciado también la jurisprudencia. Por ejemplo, nuestra E. Corte Suprema³⁶⁰ ha indicado que:

“(...) ahora bien, sin perjuicio de la desafectación convencional o judicial de un bien familiar, de que trata el artículo 145 del Código Civil, del contexto de las disposiciones contenidas en los artículos 142 y 148, que facultan la enajenación voluntaria del bien familiar, de común acuerdo entre los cónyuges, el primero y no se impide la venta forzada por el segundo, se debe necesaria y legalmente llegar a la conclusión de que la pérdida del dominio de un bien familiar, por cualquiera de estas circunstancias, produce ipso facto la desafectación del carácter de bien familiar, puesto que no resulta jurídicamente aceptable que se mantenga tal calificación si el respectivo bien ha dejado de ser propiedad de alguno de los cónyuges, situación que consecuentemente es la que se produjo en relación con el inmueble que se adjudicó y adquirió la actora en el respectivo remate judicial” (Considerando Séptimo).

³⁵⁸ En este sentido, Hübner. Cfr., HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 138. Así también, Rosso. ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 285. De la misma manera, Corral. CORRAL Talciani, Hernán. *Bienes Familiares... Op. Cit.*, p. 109.

³⁵⁹ ROSSO Elorriaga, Gian Franco. *Op. Cit.*, p. 285.

³⁶⁰ Excelentísima Corte Suprema, Arévalo con Ruiz, Recurso de Casación en el fondo, Rol N° 3902-2005, 19.7.2007.

Como se ve, doctrina y jurisprudencia concuerdan en que existe una poderosa razón para incorporar a nuestro sistema jurídico una forma de desafectación no contemplada expresamente por el legislador: la ausencia de uno de los requisitos fundamentales del estatuto, esto es, que cualquiera de los cónyuges sea propietario del bien en cuestión.

Para contrarrestar dicha posición, podría decirse que el estatuto no sólo exige que el derecho de dominio del bien se encuentre radicado en el patrimonio de uno de los cónyuges. Éste requiere también que el inmueble sirva de residencia principal de la familia o que los muebles la guarnezcan, así como que exista matrimonio. De esta manera cabe preguntarse ¿No son estos requisitos igual de fundamentales que el que se refiere a la propiedad?

En nuestra opinión, la posición sostenida por la doctrina es la correcta. En primer término, porque el legislador se refirió expresamente a la falta de los otros requisitos y para ellos reservó la intervención de la justicia. En segundo, porque aunque se considere que todos los requisitos son igual de fundamentales, no puede pasarse por alto que el estatuto, para poder operar jurídicamente, requiere ineludiblemente que el bien o los bienes sean de propiedad de alguno de los cónyuges.

Sin embargo, cabe destacar que el legislador no estableció expresamente esta forma de desafectación. Asimismo, salta a la vista que no mencionó tampoco la pérdida del dominio como elemento que permitiría la desafectación judicial, en tanto el artículo 145 CC comienza indicando que es el **cónyuge propietario** quien puede solicitar la desafectación, excluyéndose aquellos casos en los que ninguno de ellos (ni sus herederos) carezcan del dominio sobre el bien en cuestión.

Es precisamente esta falta de regulación la que ha dejado la puerta abierta a la doctrina y a la jurisprudencia. Ésta última, ha incorporado al problema la discusión acerca de la legitimación activa de los terceros.

5. La legitimación activa para solicitar la desafectación. Problemas de la jurisprudencia.

Como se vio, el artículo 145 del Código Civil, localiza la legitimación activa para solicitar la desafectación de los bienes familiares en el cónyuge propietario o en cualquiera de sus causahabientes, si el matrimonio se ha declarado nulo o ha terminado por muerte de uno de los cónyuges o por divorcio.

De esta manera, el legislador no ha considerado expresamente la posibilidad de que sea un tercero el que solicite la desafectación. Quien sí ha debatido e incorporado dicha posibilidad es la jurisprudencia.

La primera discusión se dio en causa seguida ante la I. Corte de Apelaciones de Valdivia, caratulada Mödinger con Oyarzo³⁶¹. En la especie, el marido no propietario demandó a su mujer para que se afectase el inmueble que servía de residencia principal de la familia. El tribunal de primera instancia declaró provisoriamente el inmueble como bien familiar y ordenó las inscripciones del caso en el año 2001, pero no dictó sentencia definitiva al respecto. Cabe destacar que en 1997, los cónyuges habían suscrito una hipoteca a favor del Banco Santander. A favor de este último se decretó embargo sobre el bien el año 2001 en otro proceso, y en éste se lo adjudicó en el año 2004. En dicho contexto, el Banco Santander desarchivó el proceso de declaración de bien familiar, compareció en él como tercero excluyente y solicitó, por medio de un incidente, la desafectación del inmueble, argumentando ser el actual propietario.

El Tribunal de Primera Instancia (el Primer Juzgado de Letras de Osorno) hizo énfasis en que el artículo 145 del Código Civil radica la legitimación activa únicamente en las personas que ahí menciona, excluyéndose por tanto a otras, como los terceros propietarios. Así indicó en el considerando Cuarto de su Sentencia³⁶²:

³⁶¹ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, Mödinger con Oyarzo, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 642-2005, 2.9.2005.

³⁶² Primer juzgado de letras de Osorno, Mödinger con Oyarzo, Rol N° 2171-2004, 17.1.2005.

“Que de esta manera resulta que no obstante que pueda entenderse que el actor incidental tiene interés, lo cierto es que conforme la norma recién citada, carece de legitimación activa para deducir la presente incidencia de desafectación, razón por la cual ella deberá ser desechada”.

Contra dicha resolución se alzó el tercerista con recurso de apelación. La I. Corte de Apelaciones de Valdivia, sin considerar expresamente la legitimación activa, acogió el recurso fundado en la desafectación que se produce por el solo ministerio de la Ley al enajenarse los bienes declarados como familiares. Al respecto señaló en el Considerando Tercero de su sentencia:

“Que, con motivo de la subasta pública forzosa, el bien dejó de pertenecer a alguno de los cónyuges y, en consecuencia, no puede subsistir la calificación de bien familiar al haber desaparecido uno de los presupuestos para que proceda, como lo exige el artículo 141, inciso 1º del Código antes citado, produciéndose así una desafectación tácita”.

Finalmente, la sentencia de segundo grado sería objeto de recursos de casación en el fondo y en la forma por el cónyuge no propietario los cuales serían desestimados. En su decisión, nuestra E. Corte Suprema³⁶³ no efectuó un análisis sobre el problema en comento.

Si bien en la causa anterior el problema de la legitimación activa de un tercero fue tratado únicamente en primera instancia, en la controversia que citamos a continuación éste lo recorrió hasta la E. Corte Suprema.

Así fue en causa seguida ante la E. Corte Suprema caratulada Banco Santander Chile con Mura³⁶⁴. En la especie, el Banco Santander (propietario actual del bien afectado) demandó su desafectación no ante un Tribunal de Familia, sino ante un

³⁶³ E. Corte Suprema, Banco Santander Chile con Mödinger. Recurso de Casación en la forma, Rol N° 5110-2005, 21.9.2006.

³⁶⁴ Excelentísima Corte Suprema, Banco Santander Chile con Mura, Recurso de Casación en la forma, Rol N° 2084-2007, 14.7.2008.

juzgado civil³⁶⁵. La demanda fue acogida en sentencia de primera instancia, decisión que fue confirmada en segundo grado. Contra ésta última se alzó la demandada con recursos de casación en la forma y en el fondo. Sostuvo ésta principalmente que el tribunal que ordenó la desafectación era incompetente para conocer del asunto, toda vez que la cuestión le correspondía, por Ley, a un Tribunal de Familia.

Al respecto, señaló la E. Corte Suprema en el Considerando Cuarto de su decisión:

“Que en cuanto a la primera causal de nulidad formal invocada por la demanda, esta es, aquélla prevista en el N° 1 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, consistente en haber sido pronunciada la sentencia por un tribunal incompetente, resulta que aquel vicio se ha erigido por la recurrente esencialmente sobre la base de considerar que la cancelación de declaración de bien familiar corresponde sea conocida por un tribunal de familia”.

Agrega el supremo Tribunal más adelante:

“Al efecto aparece necesario remitirse a lo que en tal sentido prescribe el cuerpo normativo invocado por quien pretende la impugnación del fallo en análisis, a saber, la Ley 19.968 que crea los tribunales de familia, juzgados a los cuales precisamente la recurrente les atribuye competencia para conocer del asunto de autos. Sobre esta materia la letra c) del Nro. 15 del artículo 8° del conjunto normativo mencionado prevé: “competencia de los juzgados de familia. Corresponderá a los juzgados de familia conocer y resolver las siguientes materiales: 15) los siguientes asuntos que se susciten entre cónyuges, relativos al régimen patrimonial del matrimonio y los bienes familiares: c) las causas sobre declaración y desafectación de bienes familiares y la constitución de derechos de usufructo, uso o habitación sobre los mismos”.

³⁶⁵ El banco solicitaba que se declarase que había operado ipso facto de la desafectación de la calidad del bien familiar y que se decretase así la cancelación de la anotación marginal de declaración de bien familiar.

Concluye en este sentido que:

“Del tenor de la norma transcrita se advierte que la competencia asignada a los tribunales de familia – en relación con los bienes familiares – se restringe a la declaración y desafectación de aquéllos pero sólo en los casos en que tales asuntos sean promovidos entre los cónyuges y, en el caso sub iudice, la cancelación de la declaración efectuada ha sido solicitada por una entidad bancaria que obviamente carece de tal calidad. Por otra parte – como acertadamente lo refiere la sentencia censurada – del mismo texto referido se concluye que el ejercicio de la acción de desafectación no se encuentra limitada únicamente a la actividad de los cónyuges, desde que el encabezado reproducido que señala “Los siguientes asuntos que se susciten entre cónyuges”, se desprende que también se puede promover entre quienes carecen de tal calidad y, en tal caso, a contrario sensu, no será materia que deba ser conocida y resuelta por un Tribunal de familia, siendo entonces competencia de un tribunal civil por aplicación de las reglas generales” (subrayados nuestros).

Por ello y por otras razones la E. Corte desestimó los recursos y confirmó la sentencia impugnada.

Así las cosas, nuestro Tribunal supremo agregó una nueva dimensión al problema. No sólo indicó que la legitimación activa para la desafectación no es exclusiva de los cónyuges sino que, aún más, señaló que en casos en los que sea un tercero quien la solicite, el procedimiento aplicable y el Tribunal competente, no son los de la Ley 19.968, sino que corresponden a los establecidos según las reglas generales. Por ello, el tribunal competente para conocer del asunto será un juzgado de letras en lo civil y el procedimiento, al parecer, será el sumario.

Estimamos que la decisión de la E. Corte es correcta. Ello en tanto que lo que buscaba el Banco no era la “desafectación propiamente tal” sino que se declarara que había operado ipso facto la desafectación del bien por pérdida de dominio. Así, consecuentemente, perseguía también que se cancelase la anotación marginal de declaración de bien familiar. Cabe destacar que sin un pronunciamiento de parte de un

Tribunal, el Conservador de Bienes raíces respectivo no podría cancelar la subinscripción de bien familiar en tanto éste actúa, por regla general, sólo por orden judicial³⁶⁶. Por ende, si no se considera esta posibilidad, los terceros adquirentes quedarían sumidos en la más absoluta indefensión.

6. Reaffectación.

Corral indica que siempre que se cumplieran los requisitos establecidos por el legislador, no existiría obstáculo alguno para que el bien se volviese a afectar³⁶⁷. No nos queda si no estar de acuerdo con dicha opinión.

³⁶⁶ A la luz de los artículos 92 y 93 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces.

³⁶⁷ Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares... *Op. Cit.*, p. 109.

CAPITULO VII REFORMAS LEGALES Y DERECHO PROYECTADO

1. Generalidades.

Como ya hemos visto, la institución de los bienes familiares no ha tenido una recepción pacífica en nuestro ordenamiento jurídico. La doctrina y la jurisprudencia han sido fundamentales a la hora de interpretar y solucionar los vacíos que presenta el entramado jurídico aprobado por la Ley 19.335 en el año 1994.

Estos vacíos y complicaciones a la hora de aplicar el estatuto ameritan una urgente reforma, la que a la fecha no se ha producido de manera orgánica. Quizás, el principal acercamiento a ello es la Indicación al Proyecto de Ley presentado el 4 de octubre de 1995 (Boletín N° 1707-18), que buscaba modificar el sistema de bienes del matrimonio, instaurando el régimen de comunidad de gananciales. Dicha indicación conllevaba, ineludiblemente, una modificación de la institución de los bienes familiares. Sin embargo, con la presentación del proyecto de Ley que modifica el Código Civil y otras leyes, regulando el régimen patrimonial de sociedad conyugal (Boletín 7567-07), de fecha 5 de abril de 2011, esta iniciativa ha quedado desechada.

Empero, la institución de los bienes familiares, en sus más de quince años de vigencia, ha sufrido modificaciones, tanto directa como indirectamente, mediante una serie de Leyes. Sin embargo, como bien puede sospecharse, dichas modificaciones no han suplido las falencias del estatuto.

En razón de lo expuesto, dividiremos este capítulo en tres puntos relevantes. En primer lugar, analizaremos las normas vigentes que han alterado el articulado de los bienes familiares hasta la fecha. En segundo lugar, comentaremos la indicación al proyecto de Ley del año 1995 en lo atinente a los bienes familiares, analizando la redacción que ella le daba al estatuto, las principales modificaciones y la significancia de las mismas. Finalmente, abordaremos los problemas que persisten y de los cuales aún no se vislumbra solución.

2. Modificaciones legislativas de los bienes familiares.

Desde el 23 de septiembre de 1994, fecha en que se publicó en el Diario Oficial la Ley 19.335, ésta ha sufrido una serie de cambios de forma directa e indirecta. Así las cosas, vemos como en el primer grupo de normas modificatorias del estatuto – afectación directa- encontramos el propio D.F.L. que fijó el texto refundido de la Ley 19.335; la Ley 19.585 que modificó el régimen de filiación y las normas sucesorias; la Ley 19.947 sobre matrimonio civil y la Ley 19.968 que creó los Tribunales de Familia. Por otra parte, encontramos normas como la Ley 19.471 y la propia 19.947, las cuales también modificaron el estatuto en comento, aunque indirectamente.

2.1. Modificaciones directas.

2.1.1. Decreto con Fuerza de Ley N° 2 de 1995.

Aprobada la Ley 19.335, el mandato del legislador fue claro y preciso, facultando en su artículo 38 al Presidente de la República, para que un D.F.L. fijara el texto refundido y coordinado de la Ley. Sin embargo, condicionó dicha facultad tanto en el plazo como en la forma, otorgándole un año, contado desde la publicación en el Diario Oficial -23 de septiembre de 1994-, para que éste publicara el D.F.L. respectivo. Asimismo, limitó sus facultades al momento de modificar el estatuto, ya que sólo se encontraba autorizado para introducir cambios meramente formales con el propósito de dar sistematicidad y correlación lógica a la redacción.

Producto de dichas limitaciones, el profesor Corral considera que este D.F.L. constituye la primera irregularidad y modificación de fondo del estatuto de los bienes familiares. Ello, en tanto que no se cumplió el plazo estipulado por el artículo 38, ni se respetaron las limitaciones en cuanto a la modificación del texto de sus disposiciones, dado que El Ejecutivo le introdujo cambios de fondo³⁶⁸.

³⁶⁸ Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. *El Estatuto... Op. Cit.*, p. 6.

No nos queda más que estar de acuerdo con el profesor Corral, ya que, efectivamente, El Ejecutivo, al fijar el texto refundido de la Ley –mediante el D.F.L. N° 2-, introdujo modificaciones respecto: a la titularidad de los bienes que pueden declararse como familiares, a la legitimación activa para solicitar dicha declaración, a los efectos de la declaración fraudulenta por parte de alguno de los cónyuges y en cuanto al alcance de la protección del bien familiar. Evidentemente, estas alteraciones escapan del propósito perseguido por el legislador y no justifican el proceder del Ejecutivo, aunque éste haya detectado errores en el proyecto aprobado.

En virtud de lo anterior, analizaremos los principales cambios introducidos por él. En primer lugar, en cuanto a la titularidad de los bienes que pueden declararse como familiares, el D.F.L. altera el artículo 141 CC, señalando que la titularidad del inmueble que pueda ser afectado como bien familiar debe pertenecer a “cualquiera de los cónyuges”. De esta manera, El Ejecutivo, eliminó la posibilidad de declarar como bien familiar el inmueble de co-propiedad de los cónyuges.

En segundo lugar, en cuanto a la legitimación activa para solicitar la declaración de un bien familiar, El Ejecutivo modificó el inciso 2° del artículo 141 CC, limitando así la legitimación activa sólo a los cónyuges. Cabe señalar al respecto, que en el año 2006 se presentó un Proyecto de Ley (Boletín N° 4.120-07) que intentó corregir esta situación, permitiendo la declaración tanto por el/la cónyuge como de la madre soltera en representación del hijo. Dicho Proyecto se ponía en el escenario de que el hijo naciese producto de una convivencia de hecho, viviendo éste y su madre en el inmueble de propiedad del padre del menor. Lo interesante del Proyecto es que extendía el espectro de la familia protegida por el estatuto a las familias no matrimoniales. Lamentablemente, el Proyecto fue archivado, no pudiendo ser discutido por el Poder Legislativo.

En tercer lugar, el D.F.L. introdujo modificaciones respecto a los efectos de la declaración fraudulenta por parte de alguno de los cónyuges, dejando abierta la posible existencia de sanciones penales asociadas a ésta. Al respecto, la redacción original de la norma sólo se limitaba a las sanciones de carácter civil.

Finalmente, respecto a la protección de los bienes familiares, el D.F.L. modificó la forma en que debía enajenarse el bien declarado como familiar. Al respecto, el artículo 142 CC, aprobado originalmente, señalaba que debía concurrir la “voluntad conjunta de los cónyuges”, mientras que el D.F.L. dispuso que dichos actos deben realizarse con “autorización del cónyuge no propietario”. Si bien creemos que el cambio es pertinente, ya que de la redacción original podía argumentarse la coadministración de los bienes familiares, ésta escapa del mandato del artículo 38 de la Ley 19.335.

2.1.2. Ley 19.585.

Tal como lo señala el profesor Corral, las modificaciones introducidas por esta Ley, así como las que analizaremos a continuación, son bastante puntuales y se enmarcan en la aprobación de reformas legales de otras materias³⁶⁹.

Así las cosas, la norma en comento introdujo la institución de la adjudicación preferente del cónyuge sobreviviente sobre el inmueble familiar y su mobiliario, ya sea en propiedad o mediante la constitución de derechos reales de goce. En virtud de ello, modificó el artículo 147 del Código Civil que disponía la posibilidad de constituir derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes declarados como familiares. Dado que ambas normas perseguían idéntico propósito, se eliminó del artículo 147 CC la posibilidad de constituir tales derechos una vez disuelto el matrimonio por muerte del cónyuge propietario. En este mismo sentido opina Corral, quien plantea que “teniendo esta posibilidad el cónyuge sobreviviente no parecía lógico mantener el derecho que concedía el art. 147. Por eso, la Ley n° 19.585, art. 20 N° 1, redactó el nuevo encabezado del art. 147 para restringirlo únicamente a la situación de declaración de nulidad”³⁷⁰.

³⁶⁹ Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. *El Estatuto... Op. Cit.*, p. 7.

³⁷⁰ CORRAL Talciani, Hernán. *El Estatuto... Op. Cit.*, p. 8.

2.1.3. Ley 19.947.

De forma muy similar a la Ley 19.585, la Ley de Matrimonio Civil modificó el artículo 147 CC. Con la Ley 19.585, quedó vigente la posibilidad de constituir derechos reales de goce “durante la vigencia del matrimonio o después de la declaración de nulidad”. Sin embargo, la Ley 19.947 circunscribió dicha posibilidad a la vigencia del matrimonio, eliminando así la posibilidad de constituir tales derechos una vez declarada la nulidad del mismo.

Lo anterior se explica porque la Ley 19.947 concedió, en casos de divorcio y nulidad, una compensación económica al cónyuge que se ha dedicado a las labores del hogar y al cuidado de los hijos. Dicha compensación, según el artículo 65 N° 2 de la Ley, puede materializarse, entre otras formas, en la constitución de derechos reales de goce sobre los bienes del cónyuge deudor, razón por la cual resultó innecesaria la posibilidad de constituir idénticos derechos, basados en el artículo 147 CC, una vez disuelto el matrimonio.

Junto con modificar el artículo 147 del Código Civil, se hizo lo propio con el artículo 145 del mismo cuerpo legal, ya que éste debió adaptarse a una nueva forma de disolución del matrimonio que introduce la Ley en comentario: el divorcio.

2.1.4. Ley 19.968.

Esta norma tiene especial relevancia en los procedimientos de familia de nuestro Derecho, debido a que creó los Tribunales de Familia y definió la competencia de los mismos para conocer de dichas materias.

De esta manera, la Ley 19.968 modificó, nuevamente, el inciso 2° del artículo 141 –recordemos que ya había sido alterado por el D.F.L N° 2, otorgando competencia a los tribunales de familia para conocer, de acuerdo a un procedimiento de familia, la declaración de bienes familiares y la constitución de derechos reales de goce a favor del cónyuge no propietario.

2.2. Modificaciones Indirectas.

2.2.1. Ley 19.471.

Cuando en el Capítulo I de este trabajo tratamos la naturaleza jurídica del estatuto de los bienes familiares, analizamos con detención la posible naturaleza alimenticia de la institución.

Sobre ello, vimos que comentaristas como Rodríguez han argumentado sostenida y reiteradamente en favor de la naturaleza alimenticia del estatuto, al señalar, por ejemplo, que la constitución de derechos reales de goce sobre los bienes familiares trata “(...) de resolver prestaciones alimenticias, ya que no se divisa a que otra causa podría responder este acto”³⁷¹. La confusión en torno al carácter alimenticio de los bienes familiares se da, principalmente, por la supuesta duplicidad normativa en relación a la Ley 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias.

En dicho contexto, cabe destacar la Ley 19.471 intentó zanjar esta discusión, modificando el artículo 9 de la Ley 14.908. De esta forma, el nuevo artículo 9 de la citada Ley dispone que: “Cuando el cónyuge alimentario tenga derecho a solicitar, para sí o para sus hijos menores, la constitución de un usufructo, uso o habitación de conformidad a este artículo, no podrá pedir la que establece el artículo 147 del Código Civil respecto de los mismos bienes”.

Considerando la modificación introducida por la Ley 19.471 se intentó “compatibilizar la facultad que el artículo 147 del Código Civil concede al cónyuge no propietario de pedir la constitución de un derecho de usufructo, uso o habitación sobre un bien familiar, con la posibilidad de solicitar esos mismos derechos sobre bienes del cónyuge alimentante pero como modalidad de pago de alimentos legales”³⁷². Junto a ello, creemos que con dicha modificación se destrabó la discusión en torno a la

³⁷¹ RODRÍGUEZ Grez, Pablo. *Op. Cit.*, p. 297.

³⁷² CORRAL Talciani, Hernán. *El Estatuto... Op. Cit.*, p. 9.

naturaleza alimenticia de la constitución de derechos reales de goce del artículo 147 CC, ya que la norma los diferencia claramente.

3. La Indicación que modificaba el estatuto de los bienes familiares introducida en el Proyecto de Ley que regulaba la comunidad de gananciales.

El principal Proyecto de reforma del estatuto de los bienes familiares, fue presentado como Indicación a un proyecto de Ley presentado al Congreso el 4 de octubre de 1995. Éste, pretendía modificar los actuales regímenes matrimoniales, suprimiendo la sociedad conyugal, instaurando el sistema de comunidad de gananciales.

Si bien es cierto, y tal como señala la profesora Lathrop, las modificaciones previstas en materia de bienes familiares de la Indicación pasaban casi desapercibidas³⁷³; no es menos cierto que en la práctica, configuraban la principal modificación de la institución desde su entrada en vigencia, ya que agregaba dos nuevos artículos y se pronunciaba sobre vacíos previstos por la doctrina y la jurisprudencia. En este sentido, el profesor Corral destaca que, “el proyecto presenta en general una técnica jurídica mejorada respecto de lo que es el estatuto general, corrigiendo deficiencias formales y de coordinación de normas. Además, se tienen en cuenta algunos de los problemas que ha debido enfrentar la jurisprudencia como la de contemplar inmuebles que se ocupa a título de usufructo y no de propiedad, y la mantención de la calidad de residencia familiar incluso cuando los cónyuges han cesado en su convivencia”³⁷⁴.

Siendo rigurosos en esta materia, el Proyecto de Ley en comento no es el único que se ha presentado para modificar los bienes familiares. Al respecto, en los últimos cinco años, mediante moción parlamentaria, se han presentado cuatro proyectos de Ley específicos que plantean modificaciones al articulado del estatuto.

³⁷³ Cfr., LATHROP Gómez, Fabiola. Modificaciones en materia de bienes familiares. Leyes & Sentencias. (70): 74-79, 2008, p. 74.

³⁷⁴ CORRAL Talciani, Hernán. *El Estatuto... Op. Cit.*, p. 30.

Con el propósito de esquematizar claramente las modificaciones que plantea la Indicación al Proyecto de Ley del año 1995, así como los proyectos de reforma específicos presentados en los últimos años, es que categorizaremos esas materias sustanciales, siguiendo la estructura de la profesora Lathrop³⁷⁵. Así las cosas, dividiremos las modificaciones en cuanto a los bienes susceptibles de ser declarados como familiares, en cuanto a la constitución de los bienes familiares, en cuanto a su afectación y en cuanto a la protección del bien familiar.

3.1. Bienes que pueden afectarse como familiares.

La Indicación en comento modificaba sustancialmente el actual artículo 141 del Código Civil –el que iba a pasar a ser artículo 140-, lo que conlleva un nuevo alcance de los bienes susceptibles a ser declarados como familiares. De esta manera, el nuevo artículo 140 disponía que:

“Podrán ser declarados bienes familiares y se regirán por este título, cualquiera que sea el régimen del matrimonio:

a) el inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges o de ambos que sirva de residencia principal de la familia;

b) el derecho de usufructo que cualquiera de los cónyuges o ambos tengan sobre el inmueble que sirva de residencia principal de la familia;

c) los derechos o acciones que cualquiera de los cónyuges o ambos tengan en sociedades propietarias del inmueble que sirva de residencia principal de la familia, o de los muebles que la guarnecen;

d) los bienes muebles de propiedad de cualquiera de los cónyuges o de ambos que guarnezcan el inmueble que sirva de residencia principal de la familia.

³⁷⁵ Cfr., LATHROP Gómez, Fabiola. Modificaciones... *Op. Cit.*, pp. 74-76.

Se presumirá que es residencia principal de la familia el inmueble en el que los cónyuges han establecido el hogar común, aunque medie separación de hecho”.

Considerando esta nueva redacción propuesta, podemos destacar cuatro elementos esenciales que modificaban la norma original.

En primer lugar, este artículo volvía a su redacción y/o sentido original –previo al D.F.L. N° 2- al considerar la co-titularidad del inmueble familiar por parte de los cónyuges. Así las cosas, con esta redacción, no sólo se permitía afectar el inmueble que pertenezca a cualquiera de los cónyuges, sino también el que pertenezca a ambos. Se suple así un error cometido por el D.F.L. ya mencionado, donde, sin mayor argumentación, se limitó la titularidad de los bienes que pueden declararse familiares.

En segundo lugar, se agregaba al listado de bienes susceptibles de afectación el derecho de usufructo que cualquiera de los cónyuges o ambos tengan sobre el inmueble que sirva de residencia principal de la familia. De esta manera, se ponía término a la discusión dentro de la doctrina y jurisprudencia nacional³⁷⁶. En el Tercer Capítulo de este trabajo nos referimos expresamente al problema y concluimos que la posibilidad de afectar el derecho de usufructo sobre el inmueble que sirve de residencia principal de la familia se avenía absolutamente con los fines de la institución. Por esta razón, naturalmente, no podemos sino estar de acuerdo con esta sustantiva modificación.

En tercer lugar, debemos destacar la presunción que incorporaba la Indicación, sobre la residencia principal de la familia. La nueva redacción proponía que en el inmueble donde los cónyuges habían radicado su hogar común se presumía que servía de residencia familiar, aunque mediase separación de hecho. Al respecto, la profesora Lathrop destaca que “las separaciones de hecho constituyen un frecuente motivo para la solicitud de declaración de bienes familiares, de manera que parece positivo que

³⁷⁶ Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. El Estatuto... *Op. Cit.*, p. 20.

ellas impidan entender que existe una residencia principal de la familia toda vez que se ha establecido un hogar común³⁷⁷.

Finalmente, destacamos de esta nueva redacción la sistematicidad que le otorgaba al articulado, ya que por una parte se agrupaban en una sola norma los bienes que pueden ser declarados familiares –se agregaban los derechos y acciones contemplados actualmente en el artículo 146 CC, así como el derecho de usufructo- y, por otro, se eliminaba del artículo los aspectos relacionados a la forma de constitución.

En el apartado final de este Capítulo analizaremos las falencias que aún persisten en esta materia y que no eran resueltas por la Indicación al Proyecto de comunidad de gananciales, ni por el actual presentado por el Ejecutivo, en el mes de abril del año 2011, donde ni siquiera aborda esta materia.

3.2. Constitución de bienes familiares.

En el Proyecto que desembocó en la Ley 19.335 se contemplaba primitivamente la posibilidad de que la declaración de bien familiar arrancara de la voluntad unilateral del cónyuge no propietario. Dicho aspecto fue ampliamente discutido por nuestros legisladores, quienes estimaron que atentaba a la constitucionalidad del estatuto. En virtud de ello, el proyecto fue modificado, lo que desembocó en el actual artículo 141 CC, que dispone la necesidad de declaración judicial del bien familiar -respecto a los bienes corporales- a instancia de cualquiera de los cónyuges. Sin embargo, con dicha redacción, el legislador impidió que un bien familiar fuera afectado de mutuo acuerdo por los cónyuges, a pesar de que en el propio artículo 145 CC se contempla dicha posibilidad para su desafectación.

Ante tal escenario, la Indicación que comentamos suplía dicha falencia y otorgaba armonía al articulado, al contemplar expresamente la constitución convencional de un bien familiar. Al respecto, la nueva redacción del artículo 141 inciso 1° señalaba:

³⁷⁷ LATHROP Gómez, Fabiola. Modificaciones... *Op. Cit.*, p. 79.

“La declaración de bien familiar podrá hacerse de común acuerdo entre los cónyuges, mediante escritura pública, o por el juez en procedimiento sumario a petición de cualquiera de ellos”.

Son dos las modificaciones que planteaba esta nueva redacción. En primer término, la reforma permitía que los cónyuges de mutuo acuerdo, y mediante escritura pública, afectaran un bien familiar, facilitando así su constitución y desjudicializándola en casos de acuerdo entre los cónyuges. En este sentido, la profesora Lathrop plantea que con esta modificación “queda en evidencia, en suma, que el instituto de los bienes familiares no sólo puede entrar en funcionamiento una vez sobrevenida la crisis familiar, como hasta ahora la práctica lo confirma, sino también durante la normalidad matrimonial, pues se trata de una institución encaminada a garantizar la estabilidad de la vivienda familiar y, en definitiva, la incolumidad del grupo familiar”³⁷⁸.

En un sentido idéntico al planteado, el diputado Chahuán en el mes de abril del año 2010, presentó otro proyecto de Ley (Boletín N° 6.889-07) que permite la declaración de mutuo acuerdo de un bien familiar.

La segunda modificación que intentaba introducir la Indicación que analizamos, apunta al procedimiento de constitución de un bien familiar –en los casos de que no exista mutuo acuerdo-, ya que se alteran las modificaciones introducidas por la Ley 19.968, sustrayendo su competencia para conocer de estas materias mediante el procedimiento de familia. Al respecto, la Indicación contemplaba que dicha declaración se materializara mediante un procedimiento sumario a instancia de cualquiera de los cónyuges.

³⁷⁸ LATHROP Gómez, Fabiola. Modificaciones... *Op. Cit.*, p. 75.

3.3. Afectación de los bienes familiares.

En este escenario se modificaba el criterio de afectación provisoria y, en particular, se definía el momento preciso en que ésta produce sus efectos. Del mismo modo, se definía el momento de constitución definitiva del bien familiar.

La actual redacción del inciso 3° del artículo 141 nos indica que la sola interposición de la demanda transforma provisoriamente en familiar el bien que se intenta afectar. Nos referimos latamente a las deficiencias de esta norma en el Capítulo IV de este trabajo. Precisamente, por las conclusiones que allí arribamos, es que no podemos sino celebrar la reforma que se proponía. Sin embargo, es necesario destacar también – siguiendo a Lathrop – que, la redacción actual, “(...) ha hecho inútil la consecución del juicio, pues la finalidad que con éste se persigue se alcanza con la sola declaración de carácter provisorio”³⁷⁹.

Así las cosas, el que iba a transformarse en el inciso 1° del artículo 142 CC:

:

“El bien de que se trate se entenderá constituido provisoriamente en bien familiar al momento de la subinscripción indicada en el artículo anterior, la que deberá efectuarse en todo caso, dentro de los 30 días siguientes de ejecutoriada la resolución que la ordena. En el caso de bienes muebles, la constitución provisoria de bien familiar se entenderá efectuada a partir de la fecha de la escritura pública o de la notificación de la primera resolución judicial”.

Por ello, la nueva redacción que se proponía del artículo 142 inciso 1° pretendía -sin debilitar el estatuto- definir la forma y el momento en que la afectación provisoria produce sus efectos, condicionándolos a la subinscripción de la primera resolución del juez -que declara provisoriamente el bien familiar- al margen de la respectiva inscripción conservatoria de dominio. Para la profesora Lathrop, “la nueva disposición

³⁷⁹ *Ibíd.*

se ajusta a nuestro sistema de publicidad y protección de terceros del cual se aleja, en cambio, nuestra actual normativa³⁸⁰.

En tenor similar al expuesto, la Indicación también abordaba el momento en que se ha concretado la declaración definitiva, ya que disponía que la escritura pública –en caso de declaración de mutuo acuerdo- o la sentencia definitiva que declara el bien familiar, debe inscribirse en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar del Conservador de Bienes Raíces respectivo. Sólo a partir de dicha inscripción y en el plazo estipulado -30 días desde el otorgamiento de escritura pública o desde la ejecutoriedad de la sentencia definitiva- se entendía constituido el bien familiar.

Con la determinación precisa del momento de constitución del bien familiar, se protegía a su vez, a los terceros adquirentes y a los acreedores anteriores a su constitución³⁸¹, ya que así lo señalaba el que iba a ser el nuevo inciso 1° del artículo 143 CC, al disponer que:

“La constitución de un bien como familiar no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario tenía a la fecha de su constitución”.

3.4. Protección del bien familiar.

El proyecto también modificaba sustantivamente los efectos de la declaración de bien familiar. En este contexto, destacamos los que iban a ser los nuevos artículos 144, 148 y 149 del Código Civil.

Al respecto, el nuevo artículo 144 mantenía la estructura del actual artículo 142. Sin embargo, de su nueva redacción se desprendían modificaciones importantes y problemas que no eran solucionados. Así las cosas, el nuevo artículo disponía:

³⁸⁰ LATHROP Gómez, Fabiola. Modificaciones... *Op. Cit.*, p. 76.

³⁸¹ En este sentido opina el profesor Corral quien destaca este punto del proyecto como una de sus principales virtudes. Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. El Estatuto... *Op. Cit.*, p. 30.

“No se podrán enajenar o gravar voluntariamente, ni prometer gravar o enajenar, los bienes familiares, sino con la autorización del cónyuge no propietario. La misma limitación regirá para la celebración de contratos de arrendamiento, comodato o cualesquiera otros que concedan derechos personales de uso o de goce sobre algún bien familiar, y para realizar cualquier acto como socio o accionista de la sociedad respectiva, que signifique la enajenación, gravamen o cesión de la tenencia del inmueble que sirva de residencia principal de la familia o de los muebles que la guarnecen. La autorización a que se refiere este artículo deberá ser específica y otorgada por escrito, o por escritura pública si el acto exigiere esta solemnidad, o interviniendo expresa y directamente de cualquier modo en el mismo. Podrá prestarse en todo caso por medio de mandato especial que conste por escrito o por escritura pública según el caso”.

Considerando esta redacción, la nueva normativa conservaba las limitaciones que produce la declaración de un bien familiar, eso es, la imposibilidad de enajenar o gravar voluntariamente, ni prometer gravar o enajenar, sin que medie la autorización del cónyuge no propietario. Asimismo, limitaba la celebración de contratos de arrendamiento, comodato o cualesquiera otros que concedan derechos personales de uso o de goce sobre el bien familiar, tal cual lo estipula el actual artículo 142 CC.

Sobre este último punto, la profesora Lathrop considera que subsiste la crítica levantada desde la doctrina, ya que “(...) contraviene el fundamento u objetivo de la institución en estudio, puesto que si se entiende por tal la necesidad de garantizar un hogar físico estable para que la familia se desenvuelva normalmente y los integrantes de ella puedan cumplir sus roles y funciones, claramente tal fin desaparece o se torna dificultoso si se otorga un contrato que concede derechos personales de uso o de goce respecto del bien familiar, pues entonces puede que éste pierda la calidad de residencia principal de la familia”³⁸².

³⁸² LATHROP Gómez, Fabiola. Modificaciones... *Op. Cit.*, p. 77.

Ahora bien, aunque la nueva normativa mantenía la esencia de los efectos que produce la afectación, ésta alteraba las limitaciones en cuanto a los actos que el cónyuge propietario podía realizar como socio o accionista de las sociedades propietarias del inmueble que sirve de residencia principal a la familia. Ello, en tanto que la normativa vigente no define qué tipos de actos quedan sujetos a la voluntad de ambos cónyuges. De esta manera, la nueva redacción señala que dichos actos quedan limitados en la medida “que signifiquen” la enajenación, gravamen o cesión de la tenencia del inmueble que sirva de residencia principal de la familia o de los muebles que la guarnecen, limitando así la actual redacción.

Otra modificación considerable prevista por la Indicación, apuntaba al momento en que pueden constituirse derechos reales de goce sobre el bien familiar. El nuevo artículo 148 inciso 1° señalaba al respecto:

“Durante el matrimonio o después de su disolución, el juez podrá constituir, prudencialmente, a favor del cónyuge no propietario, derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares, ordenando su subinscripción al margen de la respectiva inscripción conservatoria de dominio”.

Ésta es quizás la norma que más modificaciones ha sufrido desde la entrada en vigencia del estatuto de los bienes familiares. Al respecto, y tal como ya señalamos, tanto las Leyes 19.585 como 19.947 habían modificado el artículo 147 CC en esta materia, circunscribiendo la posibilidad de constituir derechos de usufructo, uso o habitación, durante la vigencia del matrimonio. Sin embargo, y tal como se aprecia de la redacción que proponía el proyecto de “comunidad de gananciales”, respecto al artículo 148 CC, éste pretendía ampliar dicha facultad con posterioridad a la disolución del matrimonio. En nuestra opinión, la modificación en comento no parece lógica, sobre todo si se tiene a la vista que el estatuto resguarda, de manera exclusiva, a la familia matrimonial.

Finalmente, destacamos la modificación propuesta al artículo 148 del Código Civil –configurando un nuevo artículo 149-, ya que en atención a la debilidad de la

situación de los bienes familiares frente a terceros se consagraba la inembargabilidad de los mismos por deudas posteriores a su constitución, salvo que se trate de gravámenes constituidos con la voluntad del cónyuge no propietario o de obligaciones provenientes de impuestos que graven directamente el inmueble familiar.

Al respecto, nuestra actual normativa indica que ante la reconvención de terceros, los cónyuges gozan de beneficio de excusión. Sin embargo, y tal como lo analizamos en el capítulo referido a los efectos de la declaración, este beneficio de excusión –mal llamado así, por las razones esgrimidas anteriormente- sólo retrasa el embargo, pero en ningún caso elimina dicha posibilidad. Por ello, calificamos como un acierto esta modificación que proponía el Proyecto de “comunidad de gananciales”, ya que, por un lado, protegía de mejor forma a la familia y al cónyuge no propietario y, por otro, se alineaba con la idea de patrimonio familiar, que tantas veces fue acuñada al momento de tramitar el proyecto de Ley original que introdujo la institución de los bienes familiares en nuestro ordenamiento jurídico. En este mismo sentido se pronuncia la profesora Lathrop, la que a su vez resalta que la inembargabilidad constituye una “fórmula más eficaz de protección, seguridad y estabilidad económica de la familia”³⁸³.

Contrario a esta postura se manifiesta el profesor Corral, quien plantea que “la solución del beneficio de excusión era original y equilibrada, pues protegía el bien familiar pero sin afectar en demasía los intereses de los acreedores, lo que en definitiva redundaba en un beneficio de los mismos cónyuges que cuentan con un más expedito acceso al crédito”³⁸⁴. Este autor fundamenta su posición en el hecho de que, muchas veces, es el inmueble familiar el único bien que brinda solvencia económica a la familia, permitiéndole a los cónyuges acceder a créditos, mermando así esta modificación dicha posibilidad, ya que se vería muy restringida, sobre todo respecto a créditos de consumo, donde los cónyuges no tengan que hipotecar su inmueble³⁸⁵.

³⁸³ LATHROP Gómez, Fabiola. *Modificaciones... Op. Cit.*, p. 9.

³⁸⁴ CORRAL Talciani, Hernán. *El Estatuto... Op. Cit.*, p. 31.

³⁸⁵ Cfr., CORRAL Talciani, Hernán. *El Estatuto... Op. Cit.*, p. 31.

Finalmente, cabe señalar que, en consideración a la presentación del proyecto de Ley que modifica el Código Civil y otras leyes, regulando el régimen patrimonial de sociedad conyugal (Boletín 7567-07), de fecha 5 de abril de 2011, todas estas modificaciones previstas han quedado desechadas, debido a que el nuevo proyecto no se pronuncia sobre los bienes familiares. Opinión similar es la de la profesora Lathrop, quien, al analizar este nuevo Proyecto de Ley plantea que dichas propuestas de reforma debieran reponerse, ya que “(...) corregían un sinnúmero de deficiencias de la regulación de los bienes familiares, posibilitando y facilitando notablemente el acceso y la constitución de los bienes familiares, de manera que este instituto podía llegar a transformarse en una herramienta útil, eficaz y, por qué no, indispensable, cualquiera fuera el régimen de bienes del matrimonio que se adopte”³⁸⁶.

4. Problemas no resueltos a la luz de los proyectos de ley analizados.

Pese a que las modificaciones previstas en el proyecto de Ley analizado en el acápite anterior eran importantes, éstas aun eran insuficientes para reformar de la manera debida el estatuto de los bienes familiares. Si bien es cierto, éstas mejoraban la aplicabilidad actual del estatuto, ya sea llenando vacíos legislativos y/o mejorando la redacción de su articulado, no es menos cierto que dejaban sin tratar algunos problemas sustantivos de los que ha tratado de hacerse cargo la jurisprudencia. De acuerdo a la profesora Lathrop estos problemas son fundamentalmente tres.

En primer lugar, la profesora indica que “persiste la sensible ausencia de un concepto de “familia” en cuanto beneficiaria de los bienes familiares. Ni la legislación vigente ni la proyectada definen que se entiende por familia para efectos de la institución”³⁸⁷. En esta materia, algunos comentaristas consideran que el artículo 815 del Código Civil suple dicha ausencia, ya que si bien no define la familia señala los miembros que la conforman³⁸⁸. No obstante, para la profesora Lathrop –opinión que

³⁸⁶ LATHROP Gómez, Fabiola. Comentarios al Mensaje con el que se inicia un Proyecto de Ley que modifica el Código Civil y otras leyes, regulando el régimen patrimonial de sociedad conyugal (Boletín N° 7567-07). *Revista chilena de derecho de familia*. (4): En prensa.

³⁸⁷ LATHROP Gómez, Fabiola. *Op. Cit.*, Modificaciones... *Op. Cit.*, p. 79.

³⁸⁸ Cfr., RODRÍGUEZ Grez, Pablo. *Op. Cit.*, p. 284.

compartimos- dicha norma es de carácter especial, no aplicable mediante analogía integradora a la institución de los bienes familiares³⁸⁹.

En segundo lugar, la profesora Lathrop considera que la excesiva restricción del estatuto, en cuanto a los bienes susceptibles de ser declarados como familiares, excluye aquellos bienes que sirvan para el sustento económico de la familia. A pesar de que el Proyecto asumía, en cierta medida, esta falencia al contemplar la afectación del derecho de usufructo y de los derechos o acciones que cualquiera de los cónyuges tenga en sociedades propietarias del inmueble familiar o los muebles que lo guarnecen, éstos aún eran insuficientes³⁹⁰.

En lo que respecta a la constitución de los bienes familiares, la profesora Lathrop cree que debió establecerse “un procedimiento administrativo, sujeto a determinadas formalidades de publicidad, o bien un procedimiento no contencioso que, de mediar oposición, se transformase en contencioso”³⁹¹. Sin embargo, reconoce los avances que el Proyecto imprimía en la materia, principalmente en lo atinente a la constitución convencional de los bienes familiares.

Junto a los problemas detectados por la profesora Lathrop, destacamos los relativos a la legitimación activa para la constitución de los bienes familiares, al cómputo del plazo de prescripción de la sanción al cónyuge propietario y los relativos a la autorización del cónyuge no propietario.

Sobre el primero de ellos - legitimación activa para la constitución de los bienes familiares- el Proyecto de Ley señalaba en el nuevo artículo 141 inciso 1° que, la declaración podía hacerse de común acuerdo o por el juez a petición de “cualquiera de los cónyuges”. Resulta evidente que sólo los cónyuges poseen legitimación activa para declarar un bien familiar, lo que no se condice con el fin de la institución que busca

³⁸⁹ Cfr., LATHROP Gómez, Fabiola. Modificaciones... *Op. Cit.*, p. 79.

³⁹⁰ Cfr., LATHROP Gómez, Fabiola. Modificaciones... *Op. Cit.*, pp. 79-80.

³⁹¹ LATHROP Gómez, Fabiola. Modificaciones... *Op. Cit.*, p 80.

proteger a la familia en su conjunto. No entendemos la razón por la cual se excluye a los hijos como titulares de este derecho.

Cabe señalar que, en relación al punto anterior –y tal como ya lo señalamos-, en el mes de marzo del año 2006, el diputado Errázuriz presentó un proyecto de Ley (Boletín N° 4120-07) que pretendía corregir –en cierta medida- esta situación, otorgando la legitimación activa para afectar un bien familiar a la “madre en representación del hijo”. Este cambio, si bien no facultaba al hijo para afectar un bien familiar, regulaba expresamente las uniones de hecho en este punto, ampliando la familia protegida por el estatuto. Lamentablemente, dicho proyecto fue archivado por el Congreso.

Otro problema persistente del estatuto, apunta al cómputo del plazo de prescripción frente al incumplimiento de las normas de autorización del cónyuge no propietario. Al respecto, el proyecto de Ley no modificaba el actual artículo 143, manteniendo así la incertidumbre en torno al momento en que dicho plazo comienza a contabilizarse.

En consideración a lo anterior, en el mes de enero de 2008 se presentó otro proyecto de Ley (Boletín N° 5666-07) que abordaba específicamente esta problemática. El proyecto en cuestión, tras considerar las dos opiniones doctrinarias imperantes en la materia³⁹², determinó que era necesario precisar el artículo 143, señalando así que el cuadrienio para solicitar la nulidad, debía contarse desde que el cónyuge que la alegase tomase conocimiento del acto o contrato, siempre y cuando no transcurrieran más de diez años desde la celebración de dicho acto o contrato. En este sentido, el proyecto optó por la posición sostenida por Court³⁹³.

Finalmente, en lo que respecta a los efectos de la constitución de los bienes familiares, el legislador prohíbe al cónyuge propietario la realización de una serie de actos, salvo que medie autorización del cónyuge no propietario. Paralelamente, faculta

³⁹² *Vid. Supr.* Capítulo V. Punto 2.6: “Efectos de la nulidad respecto de los adquirentes”.

³⁹³ Cfr., COURT Murasso, Eduardo. *Op. Cit.*, pp. 27-28.

al juez para suplir dicha autorización cuando el cónyuge no propietario se ve imposibilitado de darla o su negativa no se funda en el interés de la familia. Sin embargo, el legislador nada dice respecto a la anuencia del cónyuge no propietario, ya que en tal caso no se exige que ésta se otorgue en atención al interés de la familia. Consideramos necesaria esta modificación, ya que como hemos señalado en otros Capítulos de este trabajo, el interés del cónyuge no propietario no necesariamente se condice con el interés de la familia.

CONCLUSIONES

En la Introducción del presente trabajo se mencionó que el objeto de éste consistía en develar la naturaleza contradictoria de la institución de los bienes familiares. Esta naturaleza contradictoria – decíamos más adelante-, se debe a la deficiente estructura legislativa sobre la cual fue construida la institución, la que no logró establecer el equilibrio necesario entre los intereses que se hacen presentes en ella. Dentro de éstos, destacan los del cónyuge propietario, los del no propietario, los de los hijos y, así, los de la familia en su conjunto. Con todo, tampoco pudo conseguir establecer un equilibrio razonable entre los intereses protegidos por el estatuto con los de los terceros.

Por ello, centraremos nuestras conclusiones en una sistematización de los aspectos contradictorios de los bienes familiares y en determinados elementos que podrían solucionar los problemas que aquejan a su actual regulación.

La naturaleza contradictoria de los bienes familiares.

A. La naturaleza contradictoria a propósito de la familia.

Tal y como se indicó en el Segundo Capítulo de este trabajo, el fin de la institución de los bienes familiares es eminentemente protector. Si bien esto aparece claramente ya a primera vista, el problema radica en definir el *objeto* de protección. La cuestión se resuelve, en una primera fase, apelando a los fundamentos del estatuto, los que estimamos domiciliados en el régimen matrimonial primario. De esta manera, la institución en comento protege *exclusivamente* a la familia fundada en el matrimonio. Esta es la primera gran contradicción que, para nosotros, sufren los bienes familiares. Estimamos que no existen buenas razones para impedir que el estatuto proteja a *todo tipo de familias*. Naturalmente, en el caso que el legislador decidiese cobijar por medio de los bienes familiares a las uniones de hecho, los fundamentos de éstos cambiarían decisivamente (toda vez que no podrían radicarse en el régimen matrimonial primario y pasarían a localizarse en el “levantamiento de las cargas de familia” en general).

Desde este mismo punto de vista, cabe destacar que es precisamente esta contradicción la que deja desprotegidas a las familias que han tenido la calidad de matrimoniales. Si es que los bienes de la familia habían sido declarados como familiares, no existiría obstáculo alguno para solicitar su desafectación, pues, como opinamos en el punto pertinente, no habría familia alguna que proteger. En suma, la institución falla al proteger a la familia en su conjunto (en tanto protege únicamente a la familia matrimonial) y respecto de la propia familia fundada en el matrimonio (en tanto desprotege a las post-matrimoniales).

Sin embargo, a la luz de la regulación legal de la institución, apuntar que el estatuto protege a la familia matrimonial, considerada en su conjunto, no es exactamente correcto. Así, si se recorre críticamente el articulado vigente del Libro I, Título VI, Párrafo 2 del Código Civil, bien puede notarse una *indecisión legislativa estructural* que oscila entre la protección del cónyuge no propietario y la protección de la familia misma. A continuación, daremos cuenta de aquellos casos.

1. La protección al cónyuge no propietario.

1.1. La legitimación activa para solicitar la declaración de bien familiar de bienes muebles e inmuebles y la posibilidad de afectación unilateral en el caso de derechos o acciones.

Solamente los cónyuges – y no los hijos - pueden solicitar la declaración de bien familiar ante los Tribunales de justicia. Aun cuando las disposiciones vigentes no establecen textualmente esta regla, ello fluye de una lectura sistemática del articulado que recorre los bienes familiares. En el caso de la afectación de derechos o acciones, la cuestión es más clara y está zanjada, directamente, por el inciso tercero del artículo 146 del Código Civil.

1.2. Limitaciones a la facultad de disposición del cónyuge propietario del bien declarado como familiar.

Uno de los grandes efectos del estatuto corresponde a la limitación de la facultad de disposición y de celebración de actos que conceden derechos personales de uso o de goce respecto de los bienes familiares. Dicha prohibición recae sobre el cónyuge propietario. Para que este último pueda ejecutar este tipo de actos, el artículo 142 del Código Civil exige la autorización **del cónyuge no propietario**. Tal y como salta a la vista, en este punto, el legislador considera exclusivamente al **cónyuge no propietario** descartando de esta manera a los hijos.

1.3. Autorización judicial Subsidiaria para celebrar los actos señalados anteriormente en el caso de imposibilidad o negativa del cónyuge no propietario que no se funde en el interés de la familia.

De acuerdo al artículo 144 del Código Civil, en el caso en que el cónyuge no propietario no pueda autorizar los actos señalados anteriormente, o bien, en que la negativa a los mismos no se funde en el interés de la familia, el juez podrá suplir la autorización. En este sentido, hemos señalado, siguiendo a la profesora Hübner, que la Ley no le exige al cónyuge no propietario que la autorización de estos actos se funde en el interés de la familia³⁹⁴. Así las cosas, en este respecto es posible notar un desmedido énfasis en el cónyuge no propietario.

1.4. Sanción frente a la falta de autorización del cónyuge no propietario.

En el caso en que el cónyuge propietario ejecute los actos ya señalados, sin contar con la autorización respectiva, el legislador establece como sanción la nulidad relativa de ellos. Sin embargo, de acuerdo al inciso primero del artículo 143 del Código Civil, la rescisión del acto la puede pedir sólo el cónyuge no propietario. Así las cosas, no lo pueden hacer los hijos de ningún modo.

³⁹⁴ Cfr. HÜBNER Guzmán, Ana María. *Op. Cit.*, p. 126.

1.5. La constitución de derechos de uso, goce o habitación sobre los bienes familiares.

Otro de los grandes efectos del estatuto, corresponde a la constitución de derechos de uso, goce o habitación, sobre los bienes que han sido declarados como familiares. De acuerdo al artículo 147 de nuestro Código Civil, estos derechos sólo pueden constituirse exclusivamente a favor del cónyuge no propietario y no a favor de los demás miembros de la familia.

1.6. Beneficio de excusión.

El último de los grandes efectos del estatuto está establecido en el artículo 148 del Código Civil. Éste establece una especie de beneficio de excusión sobre los bienes declarados como familiares. Cabe destacar que el mismo artículo limita este beneficio únicamente a los cónyuges.

1.7. Desafectación de los bienes familiares.

El artículo 145 del Código Civil establece dos formas de desafectación de los bienes familiares. En primer lugar, dispone que pueden hacerlo los cónyuges de común acuerdo. En segundo, incorpora la posibilidad de que sea un Tribunal el que decrete la desafectación. Para el primero de los casos, la norma citada exige que el acuerdo para el caso del inmueble que sirva de residencia principal a la familia, conste en Escritura Pública y que sea un acuerdo **entre los cónyuges**. El segundo caso limita la legitimación activa al **cónyuge propietario o a sus causahabientes**.

2. La protección de la familia en su conjunto.

2.1. La familia protegida por el estatuto a propósito del concepto de su residencia principal.

En primer término, puede notarse la protección de la familia en su conjunto a propósito del concepto de “residencia principal de la familia”. Como señalamos en el Capítulo Tercero de este trabajo, nuestra legislación no definió lo que debe entenderse por “familia” ni por su “residencia principal”. Así las cosas, indicamos que a la hora de determinar los contornos del grupo familiar era necesario comenzar por los cónyuges. Sin embargo, señalamos también que el problema que se seguía de ello era establecer la extensión misma de la familia, vale decir, dónde es necesario terminar de contar a sus miembros. Concluimos en dicho contexto, que el grupo familiar cobijado por el estatuto terminaba en los hijos, no incluyéndose en este a otros descendientes ni a otros colaterales. Ello, en tanto el articulado pertinente no reconoce a ninguno de estos últimos expresamente, cosa que sí hace con los hijos.

Con respecto al concepto de “residencia principal de la familia” indicamos que éste corresponde al lugar donde ella está establecida, donde permanece físicamente y donde proyecta la vida en conjunto. Es precisamente desde este concepto donde puede construirse el énfasis del en la familia considerada como un todo. Como se vio, desde este punto ha arrancado la jurisprudencia, al aplicar el “criterio numérico”. Siguiendo dicho patrón, se considerará generalmente como “residencia principal de la familia” aquel lugar en donde habite el mayor número de integrantes del grupo familiar. Asimismo, como también dijimos, nuestros Tribunales se inclinan también a denegar aquellas solicitudes en las cuales, existiendo hijos, éstos no residen con el cónyuge no propietario demandante.

2.2. Limitaciones a la facultad de disposición.

Como indicamos anteriormente, el legislador establece limitaciones a la facultad de disposición del cónyuge propietario sobre aquellos bienes declarados como

familiares. Para que éste pueda efectuar los actos establecidos en el artículo 142 del Código Civil sobre aquellos, deberá contar con la debida autorización del cónyuge no propietario o de la justicia en subsidio. A su vez, el artículo 144 del mismo cuerpo legal establece que la autorización de la justicia ya señalada, corresponderá en el caso en que el cónyuge no propietario esté imposibilitado de efectuar dicha autorización o bien en el caso de que la negativa de éste no se funde en el interés de la familia. Es precisamente en esta última hipótesis donde es posible encontrar el reconocimiento del legislador para la familia considerada en su conjunto.

El problema aquí es determinar el contenido de la noción “interés de la familia” que el legislador no se encargó de definir. En nuestra opinión, el concepto deberá definirse en el caso concreto, aun cuando, puede establecerse un patrón abstracto al respecto. Debe velarse por que la enajenación de los bienes no atente contra la “incolumidad” de la familia lo que estimamos irá acompañado por el resguardo de la satisfacción de las necesidades de habitación y las demás que están vinculadas a los muebles que guarnecen el hogar.

2.3. La constitución de los gravámenes: factores a considerar.

Como ya señalamos, uno de los grandes efectos del estatuto consiste en la posibilidad que el legislador otorga al cónyuge no propietario de solicitar la constitución de gravámenes de usufructo, uso o habitación sobre los bienes declarados como familiares. Señalamos también que en este punto podía notarse el desmedido énfasis que el legislador pone sobre el cónyuge no propietario, en tanto el artículo 147 del Código Civil establece expresamente que estos derechos se establecen a su favor. Sin embargo, es la misma norma la que indica que en la constitución de estos derechos y en la fijación del plazo que les pone término, el juez debe considerar especialmente el interés de los hijos cuando los haya.

Tal y como ocurre con la autorización del cónyuge no propietario que no se condice con el “interés de la familia” revisada en el punto inmediatamente anterior a

este, la noción del “interés de los hijos” no ha sido definida por el legislador. Sin embargo, en este punto se nota a su vez la protección de la familia en su conjunto.

3. Síntesis crítica de la naturaleza contradictoria de los bienes familiares.

¿Cómo ha de resolverse la tensión existente entre el cónyuge no propietario y la familia considerada como un todo?

En nuestra opinión, el estatuto vacila entre una y otra posición. Sin embargo, estimamos que termina apuntando a resguardar a la familia en su conjunto. Para robustecer dicha protección, es necesario que una reforma perfeccione el entramado jurídico que construye a los bienes familiares. Dicha reforma debería abarcar, en primer término, todos y cada uno de los puntos en los que se privilegia, de manera desmedida, al cónyuge no propietario. En ellos, recomendamos que se incorpore a los hijos como titulares de derechos.

Igualmente, cabe destacar que el estatuto debe extenderse también a las familias no matrimoniales. En primer término, porque es la forma idónea para resguardar a las propias familias matrimoniales. Ello salta a la vista si se considera que éstas se proyectan más allá de la disolución del vínculo (como se vio, con la legislación actual quedan desprotegidas las familias post-matrimoniales). En segundo lugar, porque no existen buenas razones para excluirlas del resguardo de un *mínimum* de bienes para que se desarrollen con normalidad.

Finalmente, estimamos que es necesario que se le otorguen mayores potestades a los Tribunales para que velen por el interés de la familia considerada en su conjunto.

B. La naturaleza contradictoria a propósito de los terceros.

Estimamos que el articulado pertinente no logra establecer el equilibrio mínimo entre los intereses protegidos por los bienes familiares y aquellos que conciernen a los terceros, particularmente, a los terceros que contratan con los cónyuges.

En este sentido, especialmente problemático resulta ser el inciso tercero del artículo 141 del Código Civil. Éste, establece textualmente que la “sola interposición de la demanda transformará provisoriamente en familiar el bien de que se trata”. Precisamente, la interpretación literal de esta norma ha generado una gran incertidumbre respecto de los terceros que celebran actos jurídicos sobre bienes que eventualmente pueden ser declarados como familiares con personas que se encuentran casadas. Así las cosas, en lo tocante a los inmuebles – siguiendo esta interpretación literal – los terceros podrían ser alcanzados por la rescisión del acto sin que existiese inscripción alguna. Por ello, cuando tratamos esta discusión en el Capítulo Cuarto del presente trabajo³⁹⁵ estimamos que para que operase la sanción respecto de terceros adquirentes, era necesario que la afectación de los bienes familiares, en el caso de los inmuebles, se encontrase inscrita. Así, convinimos con cierto sector de la doctrina que la inscripción de los inmuebles en este sentido era una *solemnidad constituyente*. De esta manera, todos y cada uno de los efectos del estatuto se producirán sólo desde que el inmueble se encuentre inscrito.

Sin embargo, cabe reconocer que esta es solo una interpretación posible. Todavía más, quizás esta es la menos plausible desde el punto de vista del tener literal de la disposición ya citada. Por ello, estimamos imperativo que una reforma solucione el problema de manera textual y se incline por la posición que aquí seguimos. En el caso que dicha modificación cobijase también a las uniones de hecho, la urgencia se vuelve aún más material, pues generalizaría la incertidumbre.

³⁹⁵ Vid. *Supr.* Punto 2.4: “Afectación provisoria”.

ÍNDICE TEMÁTICO DE FALLOS CITADOS

- **Finalidad de los bienes familiares (protección de la familia, amparando su hogar).**
 1. Excelentísima Corte Suprema, García-Huidobro con Zegers, Recurso de Casación en el fondo, Rol N° 1245-2007, 31.5.2007.
 2. Excelentísima Corte Suprema, Johnston con Guzmán, Recurso de Casación en el fondo, Rol N° 5275-2009, 21.9.2009.
 3. Excelentísima Corte Suprema, Catalán con Herrera, Recurso de Casación en el fondo, Rol N° 1968-2009, 4.5.2009.
 4. Excelentísima Corte Suprema, Pascal con de la Fuente, Recurso de Casación en el fondo, Rol N° 1086-2009, 15.4.2009.
 5. Excelentísima Corte Suprema, Luque con Bobadilla, Recurso de Casación en la forma y en el fondo, 31.5.2004, RDJ, T.CI (2004), sec. 1ª, 131-134.
 6. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, González con Rojas, Recurso de Apelación, Rol n° 98-2010, 24.05.2010.

- **Naturaleza Jurídica de los bienes familiares.**
 1. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, Munilla con Rossi, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 941-2001, 9.9.2004.
 2. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, McRostie con Abarzúa, Recurso de Casación en la forma y apelación, Rol N° 7818-1999, 10.10.2001.
 3. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rodríguez con Galleguillos, Recurso de Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 1124-1999, 11.5.2000.
 4. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, González con Rojas, Recurso de Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 98-2010, 24.5.2010.
 5. Excelentísima Corte Suprema, Morales con Lizama, Recurso de Casación en el fondo, Rol N° 3871-1999, 16.8.2000.
 6. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta, Astudillo con Araya, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 158-2010, 13.8.2010.

- **Posibilidad de afectar un bien incorporal.**
 1. Excelentísima Corte Suprema, Steffen con Pérez, Casación en el fondo, 12.03.2002.

- **Copropiedad del inmueble a afectar.**

1. Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, Toro con Zoffoli, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 218-2010, 29.11.2010.
- **La familia ante el estatuto.**
 1. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Arica, Luque con Bobadilla, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N°8945-2003.
 2. Excelentísima Corte Suprema, Pascal con de la Fuente, Recurso de Casación en el fondo, Rol N° 1086-2009, 15.4.2009.
 3. Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, Acevedo con Inostroza, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 673-2010, 20.12.2010.
 4. Excelentísima Corte Suprema, Achurra con Mellafe, Recurso de Casación en la forma y en el fondo, Rol N° 5022-2004, 21.8.2006.
 - **Residencia principal de la familia.**
 1. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, Gutiérrez con Concha, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 1965-2004, 15.7.2005.
 2. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, Florence Genevieve Beynet, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 2539-2008, 13.1.2009.
 3. Excelentísima Corte Suprema, Johonston con Guzmán, Recurso de Casación en el fondo, Rol N° 5275-2009, 21.9.2009.
 4. Excelentísima Corte Suprema, Quinteros con Fajardo, Recurso de Casación en el fondo, 24.6.2004, RDJ, T.CI (2004), sec. 1ª, 163-165.
 - **Extensión de la familia resguardada por el estatuto.**
 1. Excelentísima Corte Suprema, Catalán con Herrera, Recurso de Casación en el fondo, Rol N° 1968-2004, 4.5.2009.
 2. Excelentísima Corte Suprema, Luque con Bobadilla, Recurso de Casación en la forma y en el fondo, 31.5.2004, RDJ, T.CI (2004), sec. 1ª, 131-134.
 3. Excelentísima Corte Suprema, McRostie con Abarzúa, Recurso de Casación en el fondo, Rol N° 4317-2001, 19.12.2002.
 4. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rodríguez con Galleguillos, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 1124-1999, 11.5.2000.
 5. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, Gutiérrez con Concha, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 1965-2004, 15.7.2005.
 6. Juzgado de Letras de Río Negro, Delgado con Laguna, 17712-2000, 31.10.2000.
 7. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, Miranda con Mery, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 2874-2003, 29.11.2005.
 8. Excelentísima Corte Suprema, Miranda con Mery, Recurso de Casación en el fondo, Rol N° 386-2006, 24.5.2006.

9. Excelentísima Corte Suprema, Monsalve con Nieto, Recurso de Casación en el fondo, Rol N° 4639-2001, 26.9.2002.
 10. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Scheel con Estevea, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 2283-1996, 24.3.1998.
 11. Excelentísima Corte Suprema, Langlotz con Rinaldi, Recurso de Casación en el fondo, Rol N° 4900-2008, 15.9.2008.
- **Afectación de muebles.**
 1. Excelentísima Corte Suprema, García-Huidobro con Zegers, Recurso de Casación en el fondo, Rol N° 1245-2007, 31.5.2007.
 - **Afectación de derechos o acciones.**
 1. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, Cuevas con Becerra, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 192-2009, 25.6.2009.
 - **Imperatividad de la declaración de bien familiar.**
 1. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Véliz con Calquín, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 10145-2005, 16.10.2008.
 2. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, Miranda con Mery, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 2874-2003, 29.11.2005.
 - **Inexistencia de coadministración o cogestión de los bienes familiares.**
 1. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, Munilla con Rossi, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 941-2001, 9.9.2004.
 - **Derecho de usufructo y título para ocupar el inmueble.**
 1. Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, Fernández con Vidal, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 1113-2004, 28.12.2006.
 2. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Chillán, Barra con Alcota, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 882-2005, 31.3.2006.
 3. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, González con Bustos, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 4278-2004, 17.1.2008.
 - **Desafectación de bienes familiares.**
 1. Excelentísima Corte Suprema, Pascal con de la Fuente, Recurso de Casación en el fondo, Rol N° 1086-2009, 15.4.2009.
 2. Excelentísima Corte Suprema, Arévalo con Ruiz, Recurso de Casación en el fondo, Rol N° 3902-2005, 19.7.2007.
 - **Legitimación activa para solicitar la desafectación de un bien familiar.**

1. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, Mödinger con Oyarzo, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 642-2005, 2.9.2005.
2. Excelentísima Corte Suprema, Banco Santander Chile con Mura, Recurso de Casación en la forma, Rol N° 2084-2007, 14.7.2008.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR Llanos, Benjamín. Patrimonio familiar. [en línea] Revista Ámbito Jurídico. <<http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/667.pdf>> [consulta: 21 junio 2011].

BELLUSCO, Augusto César. Manual de derecho de familia. 7ª ed. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004.

CORRAL Talciani, Hernán. Bienes familiares y participación en los gananciales. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.

CORRAL Talciani, Hernán. El estatuto de los bienes familiares: charla dictada el martes 20 de octubre de 2009. Santiago, Colegio de Abogados de Chile A.G., 2009.

COURT Murasso, Eduardo. Los bienes familiares en el código civil. Cuadernos Jurídicos, Universidad Adolfo Ibañez, Facultad de Derecho. (2): 1-47, 1995.

HÜBNER Guzmán, Ana María. Los bienes familiares en la legislación chilena. Problemas y atisbos de soluciones. Cuadernos de Extensión Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. (2): 101-145, 1998.

DERECHO de familia por LACRUZ Berdejo, José "et al". 3ª ed. Barcelona, Bosch, 1989-1990.

FAMILIA y personas por Leonor Etcheverry Court "et al". Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991.

KEMELMAJER De Carlucci, Aida. Protección Jurídica de la vivienda familiar. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1995.

LATHROP Gómez, Fabiola. Bienes familiares situación actual y derecho proyectado: charla dictada el martes 18 de noviembre de 2008. Santiago, Colegio de Abogados de Chile A.G., 2008.

LATHROP Gómez, Fabiola. Modificaciones en materia de bienes familiares. Leyes & Sentencias. (70): 74-79, 2008.

LATHROP Gómez, Fabiola. Comentarios al Mensaje con el que se inicia un Proyecto de Ley que modifica el Código Civil y otras leyes, regulando el régimen patrimonial de sociedad conyugal (Boletín N° 7567-07). Revista chilena de derecho de familia. (4): En prensa.

LECAROS Sánchez, José. Algunos problemas jurisprudenciales en relación a los bienes familiares en torno al artículo 141 del código civil. [en línea] <http://www.josemiquellecaros.cl/files/josemiquellecaros.cl/file_descargas/648_896_algunos_problemas_jurisprudenciales_en_relacin_a_los_bienes_familiares.doc> [consulta: 23 noviembre 2010].

ORREGO Acuña, Juan Andrés. Temas de derecho de familia. Santiago, Metropolitana, 2007.

PEÑA González, Carlos. Reforma al estatuto matrimonial: El Régimen de participación en los gananciales. Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales. (28): 155-173, 1993.

PEÑA González, Carlos. La protección de la vivienda familiar y el ordenamiento jurídico chileno: análisis del proyecto de ley que modifica el código civil en materia de régimen patrimonial. Cuadernos de Análisis Jurídicos Universidad Diego Portales. (28): 191-229, 1993.

PEÑA González, Carlos. Constitucionalidad de los bienes familiares. El Mercurio, Santiago, 2 Junio 1995.

RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.

RODRÍGUEZ Grez, Pablo. Regímenes Patrimoniales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

ROSSO Elorriaga, Gian Franco. Régimen jurídico de los bienes familiares. Santiago, Metropolitana Ediciones, 1998.

SALAZAR Puente De la Vega, Mercedes. Patrimonio familiar. La Notaría (desde 1995). (57-58): 29-48, 2008.

SCHMIDT Hott, Claudia. Nuevo régimen matrimonial. Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur, 1995.

SCHMIDT Hott, Claudia y VELOSO Valenzuela, Paulina. La filiación en el nuevo derecho de familia. Santiago, Editorial LexisNexis, 2001.

SERRANO Alonso, Eduardo. Una evaluación de la reforma del régimen económico del matrimonio de 1981 y la protección de la vivienda familiar en España. Cuadernos de Extensión Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. (2): 15-45, 1998.

TAPIA Rodríguez, Mauricio. Código Civil. 1855-2005. Evolución y perspectivas. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

TOMASELLO Hart, Leslie. El régimen de participación en los gananciales: la reforma de la ley No. 19.335. Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur, 1994.

ZANNONI, Eduardo. Derecho civil. Derecho de familia. 5ª ed. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2006.

ZAVALA Ortiz, José Luis. Precario, casos y jurisprudencia. Santiago, Thomson Reuters Punto Lex, 2010.