

el extranjero podrá reclamar alimentos del cónyuge domiciliado en Chile”.

Para terminar con los efectos de los matrimonios celebrados en el extranjero es útil consignar que el artículo 135 inciso 2º del Código Civil regula otro efecto del matrimonio: el relativo al régimen matrimonial aplicable a los cónyuges, materia esta que estudiaremos más adelante.

72. DE LA SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES. El Capítulo III de la Ley de Matrimonio Civil trata de la separación de los cónyuges, distinguiendo entre a) separación de hecho y b) separación judicial.

73. DE LA SEPARACIÓN DE HECHO. La Ley de Matrimonio Civil trata la separación de hecho, buscando regular las consecuencias que de ella derivan: relaciones de los cónyuges entre sí y con los hijos, cuidado de estos últimos; derecho-deber del padre o madre que vive separado de los hijos de mantener con ellos una relación directa y regular; alimentos para los hijos y para el cónyuge más débil; administración de los bienes sociales y de la mujer cuando están casados en sociedad conyugal, etc. Así se desprende de los artículos 21 y siguientes de la ley.

74. FORMA DE REGULAR LAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA SEPARACIÓN. La ley establece dos formas de hacer esta regulación: a) de común acuerdo y b) judicialmente.

75. REGULACIÓN DE COMÚN ACUERDO. Se refiere a ella el artículo 21: “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”.

“En todo caso, si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquél de los padres que no los tuviere a su cuidado”.

“Los acuerdos antes mencionados deberán respetar los derechos conferidos por las leyes que tengan el carácter de irrenunciables”.

Es importante este acuerdo, porque, si cumple los requisitos que en seguida veremos, da fecha cierta al cese de la convivencia entre los cónyuges, lo que es importante cuando se demanda el divorcio, como se desprende del artículo 55 de la ley.

76. REQUISITOS PARA QUE EL ACUERDO OTORQUE FECHA CIERTA AL CESE DE LA CONVIVENCIA. Según el artículo 22, el acuerdo que venimos tratando otorga fecha cierta al cese de la convivencia cuando consta por escrito en alguno de los siguientes instrumentos: a) escritura pública, o acta extendida y protocolizada ante notario público (nótese que debe cumplir ambos requisitos: extendida ante notario público y protocolizada); b) acta extendida ante un oficial del Registro Civil, o c) transacción aprobada judicialmente.

Además, “si el cumplimiento del acuerdo requiriese una inscripción, subinscripción o anotación en un registro público, se tendrá por fecha del cese de la convivencia aquella en que se cumpla tal formalidad” (art. 22 inc. 2º). Al discutirse la ley se puso como ejemplo de esta situación el caso en que en el acuerdo se constituya un usufructo sobre un bien raíz.⁵⁸

Este artículo agrega finalmente que “La declaración de nulidad de una o más de las cláusulas de un acuerdo que conste por medio de alguno de los instrumentos señalados en el inciso primero, no afectará el mérito de aquél para otorgar una fecha cierta al cese de la convivencia”. Si se lee con cuidado este inciso, se verá que contiene una excepción a los efectos de la nulidad contemplados en el artículo 1687 del Código Civil.

77. REGULACIÓN JUDICIAL. Si los cónyuges no logran acuerdo sobre las materias a que se refiere el artículo 21, cualquiera de ellos podrá solicitar la regulación judicial (art. 23). Lo importante de esta norma es que ello podrá pedirse en el juicio iniciado respecto de cualquiera de las materias señaladas en el referido artículo 21. Así lo dice el artículo 23: “A falta de acuerdo, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar que el procedimiento judicial que se sustancie para reglar las relaciones mutuas, como los alimentos que se deban, los bienes familiares o las materias vinculadas al

⁵⁸ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Boletín 1759-18, pág. 146.



régimen de bienes del matrimonio; o las relaciones con los hijos, como los alimentos, el cuidado personal o la relación directa y regular que mantendrán con ellos el padre o madre que no los tuviere bajo su cuidado, se extienda a otras materias concernientes a sus relaciones mutuas o a sus relaciones con los hijos”.

El artículo 24 agrega que “Las materias de conocimiento conjunto a que se refiere el artículo precedente se ajustarán al mismo procedimiento establecido para el juicio en el cual se susciten” (inc.1º).

Como se puede observar, con estos artículos se obtiene unidad de competencia (art. 23) y unidad de procedimiento (art. 24), lo que representa una evidente economía procesal para las partes. Al discutirse estas normas en el Parlamento, el Ministro de Justicia de la época expresó lo siguiente: “La experiencia nos dice que cuando hay ruptura familiar, lo normal es que se llegue a los tribunales, no porque estén separados, sino porque se desea pedir alimentos, visitas o tuición, o porque ha habido violencia intrafamiliar. Con el Proyecto del Ejecutivo —agregó el Ministro— es mucho más fácil llegar al tribunal, puesto que, llevada una de estas materias, el juez tiene la obligación de preocuparse de todas, y se concentra en una sola actividad lo que se hace en etapas, lo que, a su juicio, es bueno”.⁵⁹

78. TRIBUNAL COMPETENTE. PROCEDIMIENTO. Esta materia es de la competencia de los Tribunales de Familia (art. 8º de la Ley Nº 19.968), que conocen de ellas en el procedimiento contemplado en el Título III de esa ley, artículos 55 y siguientes.

79. FECHA CIERTA DEL CESE DE LA CONVIVENCIA CUANDO HAY REGULACIÓN JUDICIAL. Cuando la regulación de las materias señaladas en el artículo 21 se hace judicialmente, el cese de la convivencia tendrá fecha cierta a partir de la notificación de la demanda (art. 25 inc. 1º).

80. RESUMEN SOBRE LOS CASOS QUE DAN FECHA CIERTA DEL CESE DE LA CONVIVENCIA. De lo que se viene diciendo resulta que hay fecha cierta del cese de la convivencia en los siguientes casos:

⁵⁹ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Boletín 1759.

a) Cuando el acuerdo de los cónyuges conste, por escrito, en alguno de los instrumentos contemplados en el artículo 22;

b) Cuando, a falta de acuerdo, se demande judicialmente, caso en que la fecha cierta será la de la notificación de la demanda (art. 25 inc. 1º), y

c) Hay todavía un tercer caso, contemplado en el artículo 25 inciso 2º: “Asimismo, habrá fecha cierta, si no mediare acuerdo ni demanda entre los cónyuges, cuando, habiendo uno de ellos expresado su voluntad de poner fin a la convivencia a través de cualquiera de los instrumentos señalados en las letras a) y b) del artículo 22 o dejado constancia de dicha intención ante el Juzgado correspondiente, *se notifique al otro cónyuge*. En estos casos se trata de una gestión voluntaria a la que se podrá comparecer personalmente, debiendo la notificación practicarse según las reglas generales.

81. DE LA SEPARACIÓN JUDICIAL. El párrafo 2º del Capítulo III de la ley, arts. 26 al 41, trata de la separación judicial.

82. CAUSALES DE SEPARACIÓN JUDICIAL. La separación judicial se puede demandar:

a) Por uno de los cónyuges *si mediare falta imputable al otro*, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común (art. 26 inc.1º). El adulterio no es causal de separación judicial cuando exista previa separación de hecho consentida por ambos cónyuges (inc. 2º).

En este caso, la acción para pedir la separación corresponde únicamente al cónyuge que no ha dado lugar a la causal (art. 26 inc. 3º);

b) Por cualquiera de los cónyuges, cuando hubiere cesado la convivencia (inc. 1º). Si la solicitud fuere conjunta, “los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será *completo* si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es *suficiente* si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece

relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita”.

Hernán Corral estima que “por razones de coherencia interna del nuevo cuerpo legal –se refiere a la nueva Ley de Matrimonio Civil– los cónyuges que obtienen de común acuerdo la separación personal hay que entender que optan por esa fórmula de regulación de ruptura, que en la ley aparece claramente como un régimen de regulación de la ruptura alternativa al divorcio. No será admisible, entonces –agrega– que uno de ellos pretenda extinguir el régimen jurídico de la separación invocando el cese de la convivencia como fundamento del divorcio unilateral. Se aplicará aquí –continúa– la doctrina de los actos propios. El cónyuge ha optado por una figura alternativa que mantiene la vigencia del vínculo y lo ha hecho de común acuerdo con su marido o mujer; no podría luego ir contra su propia decisión y solicitar el divorcio unilateral, imponiéndole este estado civil a su consorte”.⁶⁰ No comparto esta opinión. Creo que la separación judicial y el divorcio son instituciones diferentes, de tal suerte que lo que se resuelva respecto de la primera no puede inhabilitar a los cónyuges para interponer una demanda de divorcio.

83. LA ACCIÓN PARA DEMANDAR LA SEPARACIÓN JUDICIAL ES IRRENUNCIABLE. Así lo establece el artículo 28.

84. TRIBUNAL Y PROCEDIMIENTO PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE SEPARACIÓN JUDICIAL. Corresponde conocer de esta materia a los tribunales de familia (art. 8º Nº 16 de la Ley Nº 19.968).

En cuanto al procedimiento, será el propio de los tribunales de familia (arts. 55 y siguientes de la Ley Nº 19.968).

En esta materia hay que tener presente también el artículo 29 de la Ley Nº 19.947: “La separación podrá solicitarse también en el procedimiento a que dé lugar alguna de las acciones a que se refiere el artículo 23, o una denuncia por violencia intrafamiliar producida entre los cónyuges o entre alguno de éstos y los hijos”.

⁶⁰ Hernán Corral, “Una ley de paradojas. Comentario a la nueva Ley de Matrimonio Civil”, Revista Chilena de Derecho Privado, año 2004, Nº 2, págs. 259-272.

85. MEDIDAS PROVISORIAS PARA PROTEGER EL PATRIMONIO FAMILIAR Y EL BIENESTAR DE CADA UNO DE LOS MIEMBROS QUE LA INTEGRAN. De acuerdo al artículo 30, cuando los cónyuges se encontraren casados en el régimen de sociedad conyugal “cualquiera de ellos podrá solicitar al tribunal la adopción de las medidas provisionales que estimen conducentes para la protección del patrimonio familiar y el bienestar de cada uno de los miembros que la integran”. Ello sin perjuicio del derecho de las partes para demandar alimentos o pedir la declaración de bienes familiares de acuerdo a las reglas generales (art. 30 inc. 2º).

86. CONTENIDO DE LA SENTENCIA QUE DECLARA LA SEPARACIÓN. Según el artículo 31 debe:

a) pronunciarse sobre cada una de las materias que indica el artículo 21, a menos que se encuentren reguladas o no procediere la regulación de alguna de ellas, lo que indicará expresamente. Si las partes hubieren establecido la regulación, el tribunal debe revisar tal acuerdo, procediendo de oficio a subsanar las deficiencias o a modificarlo, si fuere incompleto o insuficiente (art. 31 incs. 1º y 2º), y

b) debe, además, liquidar el régimen matrimonial que hubiere existido entre los cónyuges, si así se hubiere solicitado y se hubiere rendido la prueba necesaria (art. 31 inciso final). Evidentemente esto será así únicamente si estaban casados en sociedad conyugal o participación de gananciales. Esta norma constituye una excepción a la regla general de que la liquidación de la sociedad conyugal se haga en conformidad a las normas de la partición de bienes, por un árbitro de derecho.

87. EFECTOS DE LA SEPARACIÓN JUDICIAL. La sentencia de separación judicial producirá sus efectos desde que quede ejecutoriada. Debe además subinscribirse al margen de la respectiva inscripción matrimonial. Dice el artículo 32 que “Efectuada la subinscripción, será oponible a terceros y los cónyuges *adquirirán la calidad de separados*, que no los habilita para volver a contraer matrimonio”. Nótese que se genera un estado civil nuevo: el estado civil de separado.

Más adelante, la ley al tratar de la reanudación de la vida en común, dice que producida ésta –la reanudación de la vida

en común-, se “restablece el estado civil de casados” (art. 38). Desde el momento que esta disposición habla de que se *restablece* el estado civil de casados, podría entenderse que producida la separación judicial, se pierde el estado civil de casados, ya que sólo se puede restablecer lo que se ha perdido. Pero ¿será ello así? En un primer momento así lo entendimos. Empero, hoy, con mayor reflexión, creemos que los separados judicialmente mantienen su condición de casados. Nos basamos para ello en el hecho de que entre las causales de terminación del matrimonio que indica el artículo 42 no se contempla la sentencia que declara la separación judicial.

En otro orden de ideas, llama la atención que se requiera la subinscripción para que los cónyuges adquieran la calidad de separados, y no ocurra ello, como sería lo lógico, desde que la sentencia quede ejecutoriada. Entendemos que esta exigencia tiene por objeto la protección de terceros, por lo que en buena técnica, la sentencia debería producir efectos entre los cónyuges desde que quede ejecutoriada; y sólo respecto de terceros desde que se practique la subinscripción.

¿Cuáles son entonces los efectos de la sentencia que declara la separación judicial? Veamos:

a) como se acaba de señalar, a partir del momento en que se subinscribe, se adquiere por los cónyuges el estado civil de “separados judicialmente”. La prueba de este nuevo estado se hace con la correspondiente partida de matrimonio, según la modificación que la Ley N° 19.947 introdujo al artículo 305 del Código Civil;

b) Deja subsistentes los derechos y obligaciones personales de los cónyuges, con excepción de aquéllos cuyo ejercicio sea incompatible con la vida separada de ambos, como los deberes de cohabitación y de fidelidad (art. 33);

c) Se disuelve la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales que hubiere existido entre los cónyuges, sin perjuicio de que se pueda constituir prudencialmente a favor del cónyuge no propietario, un derecho de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares (artículo 34 y artículo 1792-27 en el nuevo texto de la Ley N° 19.947);

d) En principio, no se altera el derecho a suceder por causa de muerte, salvo que se hubiere dado lugar a la separación por

culpa de un cónyuge, caso en que el juez efectuará en la sentencia la declaración correspondiente, de la que se dejará constancia en la subinscripción. Para estos efectos, la ley sustituye en el artículo 1182 inciso 2° del C. Civil la frase “divorcio perpetuo o temporal” por “separación judicial”⁶¹ y dio una nueva redacción al artículo 994, que ahora pasa a decir: “El cónyuge separado judicialmente, que hubiere dado motivo a la separación por su culpa, no tendrá parte alguna en la herencia abintestato de su mujer o marido”;

e) El cónyuge que dio lugar a la separación judicial pierde el beneficio de competencia a que podría tener derecho (art. 1626 N° 2, en el nuevo texto);

f) En materia de alimentos, rigen las reglas especiales contempladas en el párrafo V del Título VI del Libro I del Código Civil. El nuevo texto del artículo 175 (que establece la Ley N° 19.947) prescribe: “El cónyuge que haya dado causa a la separación judicial por su culpa, tendrá derecho para que el otro cónyuge lo provea de lo que necesite para su modesta sustentación, pero en este caso, el juez reglará la contribución teniendo en especial consideración la conducta que haya observado el alimentario antes del juicio respectivo, durante su desarrollo o con posterioridad a él”. El artículo 177, en su nuevo tenor dado por la Ley N° 20.145 (Diario Oficial del 30 de diciembre de 2006) suaviza los efectos de la aplicación de la norma recién citada al disponer que “Si la culpabilidad del cónyuge contra quien se ha obtenido la separación judicial fuere atenuada por circunstancias graves en la conducta del cónyuge que lo solicitó, podrá el juez moderar el rigor de las disposiciones precedentes”;

g) De acuerdo al artículo 178 del Código Civil, en el nuevo texto dado por la Ley N° 19.947, se aplica a los cónyuges separados la norma del artículo 160, según la cual ambos cónyuges deben proveer a las necesidades de la familia común en proporción a sus facultades, debiendo el juez hacer la regulación en caso necesario;

h) El hijo concebido durante el estado de separación no goza de la presunción del artículo 184 del Código Civil, de tener por padre

⁶¹ Esta norma con la modificación que le introduce la Ley N° 19.947 –priva de la calidad de legitimario al cónyuge que por culpa suya haya dado ocasión a la separación judicial. Antes decía al divorcio perpetuo o temporal.

al marido (art. 37). No obstante, podrá el hijo ser inscrito como hijo de los cónyuges, si concurre el consentimiento de ambos. Esto último es lógico, pues importa un reconocimiento voluntario;

i) La sentencia firme de separación judicial autoriza para revocar todas las donaciones que por causa de matrimonio se hubieren hecho al cónyuge que dio motivo a la separación judicial (art. 1790 en el nuevo inciso 2º agregado por la Ley Nº 19.947);

j) Los cónyuges separados judicialmente pueden celebrar contratos de compraventa entre sí (art. 1796, en el nuevo texto);

k) No se suspende la prescripción a favor de la mujer separada judicialmente de su marido (art. 2509 en el nuevo texto dado por la Ley Nº 19.947);

l) No podrá concederse la adopción a los cónyuges respecto de los cuales se haya declarado la separación judicial mientras ésta subsista (inc. 5º de la Ley Nº 19.620, agregado por la Ley Nº 19.947). Sin embargo, "los cónyuges que hubieran iniciado la tramitación de una adopción, podrán solicitar que ésta se conceda aun después de declarada su separación judicial o el divorcio, si conviene al interés superior del adoptado" (inc. 3º del artículo 22 de la Ley Nº 19.620, agregado por la Ley Nº 19.947).

88. RECONCILIACIÓN O REANUDACIÓN DE LA VIDA EN COMÚN. El párrafo 4 del Capítulo III de la nueva Ley de Matrimonio Civil, artículos 38 al 41, regula esa materia.

Puede producirse en dos momentos:

a) mientras se tramita el juicio de separación, caso en que, a nuestro juicio, bastará con dejar constancia de ese hecho en el expediente, solicitando al tribunal el archivo de los antecedentes. Con ello se pone término al procedimiento (art. 38), o

b) cuando ya hay sentencia, supuesto en que será necesaria una nueva sentencia que, a petición de ambos cónyuges, revoque la sentencia de separación. Para que esta nueva sentencia sea oponible a terceros, se debe subinscribir al margen de la inscripción matrimonial (art. 39 inciso 1º).

En el caso que la separación judicial se hubiere producido porque uno de los cónyuges lo solicitó en conformidad al artículo 27, por haber cesado la convivencia, para que la reanudación sea oponible a terceros "bastará que ambos cónyuges dejen constancia de ella en un acta extendida ante el oficial del Registro Civil, subscrita

al margen de la inscripción matrimonial". En este supuesto "el oficial del Registro Civil comunicará esta circunstancia al tribunal competente, que ordenará agregar el documento respectivo a los antecedentes del juicio de separación" (art. 39 inc. 2º).

La reanudación de la vida en común no revive la sociedad conyugal ni el régimen de participación en los gananciales, pero los cónyuges podrán pactar por una sola vez este último en conformidad con el artículo 1723 del Código Civil (art. 40).

Finalmente, el artículo 41 agrega que "La reanudación de la vida en común no impide que los cónyuges puedan volver a solicitar la separación, si ésta se funda en hechos posteriores a la reconciliación".

89. DE LA EXTINCIÓN DEL MATRIMONIO. Esta materia está tratada en el Capítulo IV de la Ley de Matrimonio Civil, artículos 42 y siguientes.

De acuerdo a estas normas, las únicas causales de terminación del matrimonio son:

- 1) La muerte de uno de los cónyuges (art. 42 Nº 1);
- 2) La muerte presunta de uno de los cónyuges, cumplidos que sean los plazos señalados en el artículo 43 (art. 42 Nº 2);
- 3) La sentencia que declara la nulidad del matrimonio, y
- 4) La sentencia que declara el divorcio.

90. MUERTE NATURAL. Respecto a la muerte natural, poco hay que decir, salvo recordar que de acuerdo a la propia definición de matrimonio que da el artículo 102 del Código Civil, los contrayentes se unen actual e indisolublemente y por toda la vida, con lo que queda claramente establecido que el fallecimiento de uno de los cónyuges, pone término al matrimonio.

91. MUERTE PRESUNTA. De acuerdo al artículo 42 Nº 2, "el matrimonio termina: 2º. Por la muerte presunta, cumplidos que sean los plazos señalados en el artículo siguiente". Estos plazos son los siguientes:

- a) el matrimonio se disuelve cuando transcurren diez años desde la fecha de las últimas noticias, fijada en la sentencia que declara la presunción de muerte (art. 43 inc. 1º). En la ley anterior ese el plazo era de 15 años;

b) el matrimonio también termina, si cumplidos cinco años desde la fecha de las últimas noticias, se probare que han transcurrido setenta años desde el nacimiento del desaparecido (art. 43 inc. 2º, primera parte).

c) cuando la presunción de muerte se haya declarado, en virtud del número 7 del artículo 81 del Código Civil –caso de la persona que recibe una herida grave en la guerra o le sobreviene otro peligro semejante– transcurridos cinco años contados desde la fecha de las últimas noticias, y

d) en el caso de los números 8 y 9 del artículo 81 del Código Civil –persona que viajaba en una nave o aeronave perdida; y caso del desaparecido en un sismo o catástrofe que provoque o haya podido provocar la muerte de numerosas personas, respectivamente– el matrimonio se termina transcurrido un año desde el día presuntivo de la muerte. En la ley anterior sólo se hacía referencia al Nº 8 y el plazo era de dos años contados desde el día presuntivo de la muerte.

Respecto de la disolución del matrimonio por muerte presunta, es importante tener presente que la sentencia ejecutoriada que declara la muerte presunta se inscribe en el Libro de Defunciones del Registro Civil de la comuna del tribunal que hizo la declaración (art. 5º Nº 5 de la Ley Nº 4.808). Por ello, si el otro cónyuge pretende contraer nuevo matrimonio, deberá acompañar un certificado de dicha inscripción y probar que ha transcurrido el plazo correspondiente.

Finalmente y respecto del caso de la muerte presunta, es sabido que para determinar la administración de los bienes del desaparecido se distinguen tres etapas: período del simple desaparecimiento; concesión provisoria de los bienes del desaparecido y concesión definitiva de los bienes del desaparecido. Recordamos esto para precisar que no hay ninguna correspondencia entre esas etapas –que miran a la administración de los bienes del desaparecido– y la disolución del vínculo matrimonial.

92. DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO POR DECLARACIÓN DE NULIDAD PRONUNCIADA POR AUTORIDAD COMPETENTE. La Ley de Matrimonio Civil destina el Capítulo V, artículos 44 a 52, a reglamentar la nulidad del matrimonio.

La circunstancia de que la ley trate en forma especial la nulidad del matrimonio nos lleva a preguntarnos si rigen para este tipo de nulidad las disposiciones contenidas en el Título XX del Libro IV del Código Civil, artículos 1681 y siguientes.

Nos parece, en principio, que no hay inconvenientes en aplicar esas normas a esta materia, en cuanto no se produzca incompatibilidad.

93. ALGUNAS PARTICULARIDADES DE LA NULIDAD MATRIMONIAL. La nulidad del matrimonio presenta algunas características propias, que la diferencian de la nulidad patrimonial. Podemos anotar las siguientes:

1) No hay causales genéricas de nulidad de matrimonio. La ley señala en forma precisa los vicios que la generan. En derecho patrimonial, existen causales genéricas, v. gr., son nulos los contratos prohibidos por la ley; son nulos los actos o contratos en que se han omitido las solemnidades legales, etc. En cambio, tratándose de la nulidad del matrimonio, las causales son taxativas, por ejemplo, el matrimonio es nulo por no haberse celebrado ante el número de testigos hábiles determinados en el artículo 17, por falta de consentimiento libre y espontáneo.

La Ley de Matrimonio Civil sigue en esta materia la opinión dominante de los tratadistas franceses del siglo XIX, en orden a que no hay nulidad de matrimonio sin texto expreso.

2) En materia de nulidad matrimonial, no cabe distinguir entre nulidad absoluta o relativa. Simplemente hay nulidad, porque la ley no ha hecho tal distinción. Esta es la opinión mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia. Somarriva,⁶² Velasco.⁶³

De manera distinta piensan Luis Claro Solar, José Clemente Fabres y Barros Errázuriz. El primero explica que “En el matrimonio, lo mismo que en los contratos en general, tiene, pues, cabida la distinción de las nulidades en absolutas y relativas, aunque no estén sujetas estrictamente a los mismos principios que rigen las nulidades de los demás contratos, porque en el matrimonio todo es especial y sometido a reglas que le son propias”.⁶⁴ (La Corte de

⁶² Somarriva, ob. cit., Nº 66, pág. 78.

⁶³ Velasco, *De la disolución del Matrimonio*, pág. 80.

⁶⁴ Claro Solar, ob. cit., t. I, Nº 724, pág. 407.

Apelaciones de Santiago en sentencia de 19 de octubre de 1988 afirma (Considerando 6º) que la distinción entre nulidades absolutas y relativas es aplicable a la nulidad del matrimonio, y que si tal distinción no la contempla la Ley de Matrimonio Civil, se debe a que no era necesario, desde que la hace el Código Civil.)⁶⁵

En definitiva y como lo observa Velasco⁶⁶ esta discusión es puramente teórica, puesto que la distinción entre nulidad absoluta y relativa tiene importancia para una serie de aspectos que aquí están expresamente reglamentados. Es sabido que la distinción entre nulidad absoluta y relativa interesa desde varios puntos de vista: titulares de la acción; admisibilidad de declarar de oficio la nulidad, plazos de prescripción y posibilidad de ratificar el acto nulo. Pues bien, en materia de nulidad de matrimonio, nada de esto interesa, puesto que la ley ha resuelto cada una de estas materias en forma expresa. Así, por ejemplo, señala en forma precisa los titulares de la acción de nulidad (art. 46); establece como norma general la imprescriptibilidad de la acción (art. 48), etc. Sin embargo, puede importar la distinción para los efectos de resolver si se aplica a la nulidad de matrimonio la sanción contemplada en el artículo 1683 (carecen de acción de nulidad absoluta los que celebraron el acto y contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba). Así, la Corte de Santiago resolvió que la persona que a la fecha que contrajo matrimonio lo hizo con pleno conocimiento de que estaba casado con otra, está impedido de demandar la nulidad de matrimonio, ya que "de conformidad al artículo 1683 del Código Civil, no puede alegar la nulidad absoluta quien sabía o debía saber el vicio que lo invalidaba".⁶⁷

3) En materia patrimonial, declarada la nulidad, las partes vuelven al estado anterior a la celebración del acto o contrato (art. 1687 del Código Civil). En materia matrimonial, no ocurre lo anterior respecto del cónyuge que de buena fe y con justa causa de error celebró el matrimonio. Juega en la nulidad del matrimonio una institución muy importante, el *matrimonio putativo*, destinada justamente a evitar que se produzcan algunos efectos propios de la nulidad. Esta materia estaba tratada antes en el artículo 122

⁶⁵ Gaceta Jurídica, N° 123, pág. 15. Igual sentido t. 94, sec. 2ª, pág. 148.

⁶⁶ Velasco, ob. cit., pág. 81.

⁶⁷ RDJ, t. 94, sec. 2ª, pág. 148.

del Código Civil, y hoy lo está en los artículos 51 y 52 de la Ley de Matrimonio Civil.

4) Según una jurisprudencia mayoritaria,⁶⁸ no rige lo dispuesto en el artículo 1683, de que no puede alegar la nulidad de matrimonio quien lo celebró sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, porque nadie se puede aprovechar de su propio dolo. En sentido contrario⁶⁹

A nuestro juicio, las razones que aconsejan la nulidad matrimonial son de tanta trascendencia para la sociedad, que debe admitirse que aun quien se casó sabiendo el vicio pueda alegar la nulidad. Así, por ejemplo, si una persona, conociendo su parentesco, se casa con su hermana, ¿podría alguien sostener que no puede alegar la nulidad porque celebró el matrimonio conociendo el vicio que lo invalidaba? Otro ejemplo, de más fácil ocurrencia: el bigamo puede pedir la nulidad de su segundo matrimonio invocando que se casó no obstante estar casado. Así lo ha resuelto la Corte Suprema.⁷⁰ En otro caso, la Corte de Apelaciones de Santiago, aplicando el principio de que nadie se puede aprovechar de su propio dolo, resolvió que no podía alegar la nulidad de su matrimonio la persona impotente que, sabiendo que lo era, contrajo matrimonio.⁷¹ El mismo Tribunal, en sentencia publicada en Gaceta Jurídica,⁷² resolvió que debe rechazarse la demanda de nulidad de matrimonio invocando como causal la existencia de un matrimonio celebrado en el extranjero, por cuanto al actor le está vedado invocar en su beneficio la nulidad de que se trata de acuerdo al artículo 1683 (Considerando 5º).⁷³

5) Por regla general, la acción de nulidad de matrimonio no prescribe, pero debe alegarse en vida de los cónyuges (artículos 47 y 48 de la Ley de Matrimonio Civil).

⁶⁸ Gaceta de los Tribunales, 1928, 21º semestre, N° 173, pág. 766; RDJ, t. 51, sec. 2ª, pág. 59; t. 51, sec. 1ª, pág. 443; Gaceta Jurídica, N° 167, sent. 3, pág. 34; RDJ, t. 55, sec. 1ª, pág. 305; t. 63, sec. 1ª, pág. 381, etc.

⁶⁹ RDJ, t. 94, sec. 2ª, pág. 148; t. 54, sec. 2ª, pág. 64.

⁷⁰ T. 55, sec. 1ª, pág. 305.

⁷¹ T. 54, sec. 2ª, pág. 55.

⁷² Gaceta Jurídica, N° 123, pág. 15.

⁷³ En el mismo sentido, Gaceta Jurídica, N° 97, pág. 33.



94. CAUSALES DE NULIDAD DE MATRIMONIO. Las causales de nulidad son taxativas y los vicios que las constituyen deben haber existido al tiempo del matrimonio. Así lo consigna el artículo 44 en su primera parte: "el matrimonio *sólo* podrá ser declarado nulo por alguna de las siguientes causales, *que deben haber existido al tiempo de su celebración*". Luego las únicas causales de nulidad de matrimonio en Chile son las siguientes:

- 1) Matrimonio celebrado existiendo algún impedimento dirimente (art. 44, letra a);
- 2) Falta de consentimiento libre y espontáneo de alguno de los contrayentes (art. 44 letra b), y
- 3) Celebración del matrimonio ante testigos inhábiles o en menor número de los que la ley exige (art. 45).

95. MATRIMONIO CELEBRADO EXISTIENDO IMPEDIMENTOS DIRIMENTES. El artículo 44 de la Ley de Matrimonio Civil señala que "el matrimonio sólo podrá ser declarado nulo por alguna de las siguientes causales, que deben haber existido al tiempo de su celebración: a) Cuando uno de los contrayentes tuviere alguna de las incapacidades señaladas en artículo 5º, 6º o 7º de esta ley".

96. MATRIMONIO CELEBRADO CON INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 27 DE LA LEY Nº 7.613 O AL ARTÍCULO 18 DE LA LEY Nº 18.703. Sobre este punto, el artículo 27 de la Ley Nº 7.613, señalaba que "Es nulo el matrimonio que contraiga el adoptante con el adoptado o el adoptado con el viudo o viuda del adoptante". El artículo 18 de la Ley Nº 18.703 repetía la misma norma.

Las Leyes Nºs 7.613 y 18.703 actualmente se encuentran derogadas (por la Ley Nº 19.620, que entró en vigencia el 27 de octubre de 1999), pero nos asiste la duda de si rige este impedimento respecto de quienes fueron adoptados bajo el imperio de tales leyes. ¿Podría hoy día casarse el adoptante con la adoptada o el adoptado con la viuda del adoptante? La respuesta es dudosa, porque bien podría sostenerse que atendido lo que disponen los artículos 44 y 45 de la Ley de Matrimonio Civil, no hay más causales de nulidad que las que esas normas señalan, con lo que habría que concluir que la inhabilidad de los artículos 27 de la Ley Nº 7.613 y 18 de la Ley Nº 18.703 habría desaparecido. El hecho de ser la Ley Nº 19.947 posterior a las Leyes Nº 7.613 y Nº 18.703,

confirman esta conclusión, pues debería entenderse que a lo menos la Ley de Matrimonio Civil ha derogado orgánicamente a los referidos artículos 27 y 18 de las leyes señaladas.

97. FALTA DE LIBRE Y ESPONTÁNEO CONSENTIMIENTO POR PARTE DE ALGUNO DE LOS CONTRAYENTES. Esta causal está contemplada en el artículo 44 letra b) de la Ley de Matrimonio Civil: "cuando el consentimiento no hubiere sido libre y espontáneo en los términos expresados en el artículo 8º".

Al estudiar los requisitos de validez del matrimonio, señalamos que de acuerdo al artículo 8º de la Ley de Matrimonio Civil, los vicios de que puede adolecer el consentimiento son error sobre la identidad de la persona del otro contrayente; error acerca de alguna cualidad personal del otro contrayente que atendida la naturaleza y fines del matrimonio sea estimada como determinante para otorgar el consentimiento; y fuerza, en los términos de los artículos 1456 y 1457 del Código Civil, ocasionada por una persona o por una circunstancia externa que hubiere sido determinante para contraer el vínculo.

98. MATRIMONIO CELEBRADO ANTE MENOR NÚMERO DE TESTIGOS O DE TESTIGOS INHÁBILES. Recordemos que el matrimonio se debe celebrar ante dos testigos (art. 17) y que no hay más testigos inhábiles que los que indica el artículo 16 de la Ley de Matrimonio Civil.

99. ELIMINACIÓN DE LA CAUSAL DE INCOMPETENCIA DEL OFICIAL DEL REGISTRO CIVIL. Bajo la vigencia de la anterior Ley de Matrimonio Civil, la incompetencia del oficial del Registro Civil podía obedecer a dos razones:

- a) Cuando un oficial del Registro Civil autorizaba un matrimonio fuera de su territorio jurisdiccional, como por ejemplo, que el oficial civil de Valdivia celebrara un matrimonio en Concepción, y
- b) Cuando el matrimonio se verificaba ante un oficial del Registro Civil que no correspondía al domicilio o residencia (por el tiempo legal) de ninguno de los contrayentes. Era el caso, por ejemplo, de las personas que se casaban en Concepción teniendo el varón domicilio en Santiago y la mujer en Viña del Mar.

Respecto del primer caso nada ha cambiado. Los oficiales civiles sólo pueden ejercer su ministerio dentro del territorio que la ley les asigna. Si autoriza un matrimonio fuera de su territorio jurisdiccional, ese acto adolece de nulidad de derecho público, que se rige por los artículos 6º y 7º de la Constitución Política de la República.

De las dos situaciones recién descritas, la verdaderamente importante era la segunda, pues a ella se recurría para anular los matrimonios. Por ello, y aunque sea sólo por razones históricas, parece pertinente comentar este tipo de incompetencia.

El artículo 31 de la anterior Ley de Matrimonio Civil establecía que era nulo el matrimonio que no se celebrara ante el oficial del Registro Civil correspondiente. Y el artículo 35 de la Ley de Registro Civil establecía cuál era ese oficial civil correspondiente: "Será competente para celebrar un matrimonio el Oficial del Registro Civil de la comuna o sección en que cualquiera de los contrayentes tenga su domicilio, o haya vivido los tres últimos meses anteriores a la fecha del matrimonio".

Como en Chile no hubo divorcio vincular hasta que entró en vigencia la Ley Nº 19.947 (18 de noviembre de 2004), las personas que querían anular su matrimonio recurrían al artificio de sostener que a la fecha de su casamiento, el domicilio y la residencia de ambos estaba en un lugar distinto de aquel en que se habían casado, con lo que venía a resultar que el matrimonio aparecía celebrado ante un funcionario incompetente. Y para probar el domicilio y residencia que afirmaban haber tenido recurrían a la prueba de testigos. Como se trataba de probar un hecho negativo (que no tenían domicilio ni residencia en la comuna o sección del oficial civil ante el que se casaron), los testigos atestiguaban que ambos contrayentes a la fecha del matrimonio y durante los tres meses anteriores al matrimonio tenían su domicilio y residencia en un lugar distinto de aquel en que habían contraído nupcias.

Esta situación comenzó a ser aceptada por nuestros tribunales alrededor del año 1925⁷⁴ y rápidamente se generalizó pasando

⁷⁴ Hubo sobre el particular un caso clásico caratulado "Sabioncello con Hausmann", que puede consultarse en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 29, sec. 1ª, pág. 351, que trae un interesante comentario de don Arturo Alessandri Rodríguez.

a constituir lo que un jurista alemán denominó "divorcio a la chilena".⁷⁵

La Ley Nº 19.947, eliminó esta causal de nulidad al derogar el artículo 35 de la Ley Nº 4.808 y eliminar el artículo 31 de la antigua Ley de Matrimonio Civil.

100. ACCIÓN DE NULIDAD DE MATRIMONIO. La nulidad de un matrimonio debe ser declarada judicialmente. No opera por el solo ministerio de la ley. De consiguiente, si el matrimonio adolece de vicios que producen su nulidad, deberá interponerse la acción de nulidad.

Se ha fallado que para que un mandatario ejerza la acción de nulidad de matrimonio requiere de poder especial.⁷⁶ A nuestro juicio, ese poder deberá cumplir con las mismas solemnidades y exigencias que el que se otorga para contraer matrimonio.

101. CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN DE NULIDAD. La acción de nulidad tiene algunas características que le son propias:

1) Es una acción de Derecho de Familia (art. 46). Por ello está fuera del comercio; es intransmisble, salvo en el caso del matrimonio en artículo de muerte o cuando el vicio sea vínculo matrimonial no disuelto; irrenunciable; no es susceptible de transacción (art. 2450 del Código Civil), no cabe a su respecto el llamado a conciliación de que tratan los artículos 262 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; no puede someterse a compromiso (arts. 230 y 357 del Código Orgánico de Tribunales).

2) Es una acción personal, pues emana de una relación entre personas determinadas y por lo mismo sólo puede ejercerse respecto de la que ha contraído el vínculo correlativo.

3) Por regla general, es imprescriptible, esto es, puede hacerse valer en cualquier momento (art. 48 de la Ley de Matrimonio Civil).

4) Por regla general, sólo se puede hacer valer en vida de los cónyuges (art. 47 de la Ley de Matrimonio Civil).

⁷⁵ Jürgen Samblebem, Heirat und Scheidung in nemen chilenischen Elsdgestz STAZ, Nº 3, 1998.

⁷⁶ RDJ, t. 99, sec. 2ª, pág. 109.



102. TITULARES DE LA ACCIÓN DE NULIDAD. Como acabamos de señalar, la acción de nulidad de matrimonio corresponde a cualquiera de los presuntos cónyuges (art. 46).

Esta regla tiene varias excepciones:

a) la nulidad fundada en el N° 2 del artículo 5° –matrimonio de una persona menor de 16 años– podrá ser demandada por cualquiera de los cónyuges o por alguno de sus ascendientes, pero alcanzados los 16 años por parte de ambos contrayentes, la acción se radicará únicamente en el o los que lo contrajeron sin tener esa edad (art. 46 a);

b) la acción de nulidad fundada en vicios del consentimiento (artículo 8°) corresponde exclusivamente al cónyuge que ha sufrido el error o la fuerza (art. 46 letra b);

c) en los casos de matrimonio en artículo de muerte, la acción *corresponde también* a los demás herederos del difunto (art. 46). La redacción que la ley nueva da a esta norma resuelve un problema que planteaba la anterior, en cuanto a si sólo podían alegar la nulidad los herederos del cónyuge difunto o si también podían hacerlo los demás titulares;

d) cuando la causal invocada es la existencia de un vínculo matrimonial no disuelto, corresponde también la acción de nulidad al cónyuge anterior o a sus herederos (art. 46 letra d). Es útil señalar que en la ley anterior era muy discutible que pudiera alegar la nulidad el cónyuge anterior o sus herederos, por cuanto la ley antigua sólo hablaba de los presuntos cónyuges.⁷⁷

Esta causal nos plantea el siguiente problema: ¿cuándo el segundo matrimonio se celebró en el extranjero, ¿desde cuándo se cuenta el plazo de prescripción de un año? Nos parece que hay dos respuestas posibles:

1) Que se cuente desde la fecha del fallecimiento del causante, que es lo que parece desprenderse del artículo 34 de la Ley de Matrimonio Civil, o

2) Que se cuente desde la fecha del fallecimiento del causante sólo a condición que a esa fecha se encontrare inscrito en Chile

⁷⁷ Al respecto pueden consultarse dos sentencias, una publicada en el t. 64 de la Revista de Derecho y Jurisprudencia, sec. 1ª, pág. 177, y la otra de la Corte de Concepción de 30 de mayo de 1994, comentada por los profesores Ramón Domínguez Benavente y Ramón Domínguez Águila, en la Revista de Derecho de la Universidad de Concepción N° 194, pág. 189.

ese matrimonio verificado en el extranjero, que sería la solución que recomienda el sentido común, pues mientras no se verifique dicha inscripción, no existe una forma cierta de que los interesados en la nulidad puedan tomar conocimiento de la existencia del matrimonio verificado en el extranjero.

Una interpretación literal de la norma llevaría a concluir que la primera solución es la correcta, ya que podría afirmarse que la letra de la disposición es clara en cuanto a que “la acción podrá intentarse dentro del año siguiente al fallecimiento de uno de los cónyuges”. Todavía podría agregarse que como tal norma no distingue entre matrimonios celebrados en Chile o en el extranjero, no corresponde al intérprete distinguir, por lo que debería aplicarse a ambos casos.

No estamos, sin embargo, por esa solución, que juzgamos manifiestamente inconveniente, pues bastaría con no inscribir el segundo matrimonio en Chile hasta que hubiere transcurrido un año del fallecimiento de uno de los cónyuges, para que en la práctica no fuera posible alegar su nulidad. Podemos dar en apoyo de esta interpretación las siguientes razones:

1) No debe aceptarse una interpretación que conduzca al fraude de la ley;

2) Creemos que el artículo 34 de la Ley de Matrimonio Civil sólo se ha puesto en el caso de que ambos matrimonios sean celebrados en Chile, y no en la situación de que el segundo matrimonio se haya verificado en el extranjero. Así las cosas, nos encontramos frente a una laguna legal, que debe ser resuelta –como lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia– aplicando lo dispuesto en el artículo 24 del Código Civil, vale decir, recurriendo al espíritu general de la legislación y a la equidad natural. Y ambos caminos conducen a rechazar la interpretación que estamos cuestionando. Corresponde al espíritu general de la legislación que al impedido no le corra prescripción, como lo demuestran varias disposiciones del Código, v. gr., la que hace inútil la posesión clandestina (art. 709 en relación con el art. 713); el artículo 1691 inciso 2°, que en el caso de los incapaces hace correr el plazo de prescripción de la acción de nulidad relativa desde que cesa la incapacidad; el art. 2509, que establece la suspensión de la prescripción, etc. Si se adopta el camino de la equidad natural, se llega al mismo resultado, puesto que nada pudiera resultar más injusto que es-

timar prescrita una acción de nulidad respecto de un vicio que no había forma de verificar.

En conclusión, estimamos que en el caso del vínculo matrimonial no disuelto, cuando el segundo matrimonio se celebró en el extranjero, el plazo de prescripción para alegar su nulidad debe empezar a correr desde el fallecimiento de uno de los cónyuges en el caso de que a esa fecha tal matrimonio se encontrare inscrito en Chile; en caso contrario, el plazo del año deberá contarse desde la fecha de esa inscripción. En este mismo sentido, sentencia de la Excm. Corte Suprema de 27 de noviembre de 1965, acordada por 5 votos contra 2.⁷⁸

e) La declaración de nulidad fundada en alguna de las causas contempladas en los artículos 6º y 7º -vínculo de parentesco y matrimonio con el que tuvo participación en el homicidio de su marido o mujer- puede ser alegada, por cualquier persona, en el interés de la moral y de la ley. La naturaleza del vicio explica que se otorgue en este caso acción popular para demandar la nulidad.

103. LA ACCIÓN DE NULIDAD ES IMPRESCRIPTIBLE. EXCEPCIONES. El artículo 48 establece que la acción de nulidad de matrimonio no prescribe por tiempo. Y en seguida contempla las excepciones, que son las siguientes:

a) La causal fundada en la menor edad de uno de los contrayentes, que prescribe en el plazo de un año, contado desde la fecha que el cónyuge inhábil para contraer matrimonio hubiere adquirido la mayoría de edad (nótese *la mayoría de edad*, no los 16 años (art. 48 letra a);

b) Cuando la causal fuere vicio del consentimiento, la acción prescribe en tres años contados desde que hubiere desaparecido el hecho que origina el vicio de error o fuerza (art. 48 b);

c) En el caso del matrimonio en artículo de muerte, la acción prescribe en un año contado desde la fecha del fallecimiento del cónyuge enfermo (art. 48 c);

d) Si la causal invocada es vínculo matrimonial no disuelto, la acción prescribe en un año desde el fallecimiento de uno de los cónyuges (art. 48 letra d), y

⁷⁸ RDJ, t. 62, sec. 1ª, pág. 435.

e) Si la causal de nulidad es la falta de testigos hábiles, la acción prescribe en un año, contado desde la celebración del matrimonio (art. 48 letra e).

104. LA ACCIÓN DE NULIDAD SÓLO PUEDE INTENTARSE MIENTRAS VIVAN AMBOS CÓNYUGES. EXCEPCIONES. Según el artículo 47 de la Ley de Matrimonio Civil, "la acción de nulidad del matrimonio sólo podrá intentarse mientras vivan ambos cónyuges, salvo los casos mencionados en las letras c) y d) del artículo precedente", esto es, en los casos del matrimonio en artículo de muerte o cuando el vicio es vínculo matrimonial no disuelto.

Sobre esta materia, se ha fallado que "el vocablo *intentar* que emplea el artículo 34 de la Ley de Matrimonio Civil (hoy artículo 47 de la actual Ley de Matrimonio Civil) debe entenderse en el sentido de entablar y notificar en forma legal la acción de nulidad de matrimonio por vínculo matrimonial no disuelto".⁷⁹

Respecto a la excepción relativa al vínculo matrimonial no disuelto, cabe señalar que fue incorporada por la Ley Nº 10.271, y tuvo por objeto permitir que en el caso de bigamia, fallecido uno de los cónyuges se pudiera demandar la nulidad, para evitar que los dos matrimonios quedaren consolidados produciéndose dos líneas de descendencia matrimonial, dos sociedades conyugales, etc., lo que habría ocurrido de no establecerse esta excepción.

105. SENTENCIA QUE DECLARA LA NULIDAD DEBE SUBINSCRIBIRSE AL MARGEN DE LA INSCRIPCIÓN MATRIMONIAL. Así lo dispone el inciso 2º del artículo 50. Sólo se trata de un requisito de oponibilidad frente a terceros, como lo reconoce expresamente esta disposición. De consiguiente, si un cónyuge anulado contrae nuevas nupcias antes de subinscribir la sentencia de nulidad, su segundo matrimonio es válido, pues el vínculo del matrimonio anterior ya estaba extinguido.

106. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL MATRIMONIO. Declarada la nulidad de un matrimonio, los cónyuges quedan en la misma situación que tenían al momento de casarse, por aplicación del artículo 1687 del Código Civil. Ello significa lo siguiente:

⁷⁹ RDJ, t. 83, sec. 2ª, pág. 6.

1) Que si con posterioridad a la celebración del matrimonio que se anuló, uno de ellos contrajo un nuevo matrimonio, tal matrimonio es válido, pues no existe el impedimento de vínculo matrimonial no disuelto. Por la misma razón tampoco se ha incurrido en el delito de bigamia;

2) No se ha producido parentesco por afinidad entre cada cónyuge y los consanguíneos del otro;

3) No ha habido derechos hereditarios entre los cónyuges;

4) Las capitulaciones matrimoniales que pudieren haber celebrado caducan;

5) No ha habido sociedad conyugal, habiéndose formado únicamente entre los cónyuges una comunidad que debe ser liquidada de acuerdo a las reglas generales. Si los cónyuges se habían casado en régimen de participación en los gananciales, como se debe volver al estado anterior al matrimonio, no debería haber reparto de gananciales;

6) La mujer no ha tenido el privilegio de cuarta clase que le otorga el artículo 2481 N° 3° del Código Civil;

7) La filiación de los hijos concebidos dentro del matrimonio anulado sería extramatrimonial.

Fácil es entender la gravedad que toda esta situación supone. Por ello, y pensando especialmente en la filiación de los hijos, ha nacido la institución del matrimonio putativo, que pretende justamente evitar que se produzcan los efectos propios de la declaración de nulidad.

107. UN EFECTO EXCEPCIONAL DEL MATRIMONIO NULO. Según lo que acabamos de expresar, declarada la nulidad, los cónyuges vuelven al estado anterior como si nunca hubieren contraído nupcias. Sin embargo, en el juicio de nulidad el cónyuge que, por haberse dedicado al cuidado de los hijos y a las labores propias del hogar común, no pudo durante el matrimonio desarrollar una actividad remunerada o lucrativa, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tiene derecho a demandar la compensación económica de que tratan los artículos 61 y siguientes de la Ley N° 19.947, que estudiaremos cuando tratemos del divorcio.

108. MATRIMONIO PUTATIVO. Declarada la nulidad de un matrimonio, deberían las partes volver al mismo estado en que se

hallarían si no se hubieren casado, lo que significa, entre otras cosas, aceptar que habrían convivido en concubinato, y que los hijos, que en ese estado hubieren concebido tendrían filiación no matrimonial. Esta situación es de tal gravedad que desde antiguo ha preocupado a los juristas y los ha llevado a elaborar la institución del matrimonio putativo.

Los primeros vestigios de la institución, se encuentran en las obras de los intérpretes (Hugo de S. Víctor, Pedro Omabardo, Ugucione de Piesa, etc.), a comienzos del siglo XII. A fines del mismo siglo esta elaboración de la doctrina canónica fue sancionada por las constituciones pontificias, con ocasión de decidir algunos casos particulares. De manera que el matrimonio putativo es uno de los tantos aportes al Derecho, introducidos por el Derecho Canónico.

El Código Civil dio la cabida a la institución del matrimonio putativo en el artículo 122, que fue suprimido por la Ley N° 19.947, que lo reemplazó por los artículos 51 y 52 de la Ley de Matrimonio Civil. El inciso 1° del artículo 51 prescribe: "El matrimonio nulo que ha sido celebrado ante el oficial del Registro Civil produce los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que, de buena fe, y con justa causa de error, lo contrajo, pero dejará de producir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges" (inc. 1°).

109. REQUISITOS DEL MATRIMONIO PUTATIVO. De la definición del artículo 51 se desprende que los requisitos para que exista matrimonio putativo son los siguientes:

- 1) Matrimonio nulo;
- 2) Que se haya celebrado ante un oficial del Registro Civil;
- 3) Buena fe de parte de uno de los cónyuges a lo menos;
- 4) Justa causa de error.

110. MATRIMONIO NULO. Si el matrimonio es inexistente, no cabe el matrimonio putativo. Esto es absolutamente claro y no hay opiniones discordantes. Y justamente por esta razón es trascendente la distinción entre matrimonio inexistente y nulo.

111. DEBE CELEBRARSE ANTE OFICIAL DEL REGISTRO CIVIL. El artículo 51 contempla expresamente esta exigencia. Con anterioridad a



la reforma de la Ley N° 10.271, el antiguo artículo 122 tenía una redacción distinta, que dio lugar a algunos problemas. Decía "el matrimonio nulo, si ha sido celebrado con las solemnidades que la ley requiere, produce..., etc.". Ese texto arrojaba dudas acerca de lo que ocurría cuando el matrimonio se celebraba ante oficial civil incompetente, pues, según algunos, en ese caso no se había celebrado "con las solemnidades que la ley requiere" y por lo mismo, no podía ser putativo. El mismo problema se planteaba en el caso de ausencia o inhabilidad de los testigos. La jurisprudencia había resuelto que en esos supuestos había matrimonio putativo.⁸⁰

La Ley N° 10.271 puso fin al problema cambiando la redacción por la que tuvo el artículo 122 hasta que entró en vigencia la Ley N° 19.947, que corresponde a la que tiene actualmente en el artículo 51 de la Ley de Matrimonio Civil. La redacción de este artículo 51 inc. 1° es igual a la que tenía el artículo 122 del Código Civil, salvo en cuanto agrega lo de "ratificado ante el oficial del Registro Civil", para comprender los matrimonios celebrados ante una entidad religiosa, los que para que adquieran valor se deben ratificar ante un oficial del Registro Civil. Hoy día, en consecuencia, si el matrimonio se celebra ante oficial del Registro Civil incompetente, tal matrimonio es nulo, pero puede ser putativo si se cumplen las demás exigencias legales.

112. BUENA FE, A LO MENOS, DE UNO DE LOS CÓNYUGES. Este es el requisito esencial del matrimonio putativo. En definitiva la institución es un reconocimiento a esta buena fe.

El Código no define lo que se entiende por buena fe. Para nosotros, es la conciencia que tiene el contrayente de estar celebrando un matrimonio sin vicios.

Con anterioridad a la Ley N° 19.947, se discutía si la buena fe debía probarse o se presumía igual que en materia posesoria (art. 707). En general, la doctrina se pronunciaba por la tesis de que el artículo 707, si bien está ubicado en materia posesoria, es de alcance general, por lo que también debía aplicarse al matri-

monio putativo.⁸¹ En cambio Claro Solar, reconociendo que la opinión generalmente aceptada es presumir la buena fe, dice estar de acuerdo con Laurent cuando este autor afirma que una vez anulado el matrimonio, no puede producir efecto sino por excepción, cuando ha sido celebrado de buena fe y que, por tanto, es al esposo que reclama un efecto civil a quien toca probar que lo ha contraído de buena fe desde que éste será el fundamento de su demanda.⁸²

Hubo fallos en ambos sentidos. Así, la Corte de La Serena resolvió en una oportunidad que la buena fe debía probarse⁸³. En cambio, sostuvieron lo contrario algunos fallos de la Corte Suprema.⁸⁴

La Ley N° 19.947 vino a poner fin a esta discusión, resolviendo el problema del mismo modo que lo había entendido la mayoría de la doctrina, es decir, que la buena fe se presume. Así lo dice expresamente el artículo 52 de la Ley de Matrimonio Civil: "Se presume que los cónyuges han contraído matrimonio de buena fe y con justa causa de error, salvo que en el juicio de nulidad se probare lo contrario y así se declarare en la sentencia".

La buena fe es un requisito que se debe tener al momento de celebrarse el matrimonio. Si a ese momento uno solo estaba de buena fe, sólo para él el matrimonio es putativo. El matrimonio mantiene el carácter de putativo hasta que desaparece la buena fe. No es claro lo que ocurre cuando ambos contraen el matrimonio de buena fe y ésta desaparece en uno de los cónyuges primero que en el otro. En general, la doctrina estima que en este supuesto el matrimonio continúa como putativo únicamente respecto del que mantiene la buena fe. Fueyo opina diferente. Para él "si ambos (cónyuges) lo han contraído de buena fe y con justa causa de error, basta que uno de ellos conserve la buena fe para que los efectos del matrimonio válido alcancen a ambos cónyuges; puesto que para cesar los efectos se precisa la mala fe

⁸¹ Fueyo, ob. cit., t. V, N° 156, págs. 173-174; Somarriva, *Derecho de Familia*, N° 80, págs. 101-102; Rossel, ob. cit., N° 78, págs. 86-87.

⁸² Ob. cit., t. I, N° 758, pág. 423.

⁸³ Gaceta, 1939, 2° semestre, N° 108, pág. 447.

⁸⁴ RDJ, t. 3, sec. 1ª, pág. 426; t. 29, sec. 1ª, pág. 73.

⁸⁰ RDJ, t. 29, sec. 1ª, pág. 73.

de 'ambos cónyuges', como dice el Código" (hoy el artículo 50 de la Ley de Matrimonio Civil).⁸⁵

113. JUSTA CAUSA DE ERROR. Lo que ha querido decir el antiguo artículo 122 del Código Civil –hoy 51 de la Ley N° 19.947– al establecer esta exigencia es que cualquier error no es suficiente. Debe tratarse de un error excusable. En definitiva esta exigencia tiende a confundirse con el requisito de la buena fe.

Un error de hecho puede ser excusable. Pero es dudoso que pueda serlo un error de derecho, desde que la ley se presume conocida (art. 8° del Código Civil). Por lo demás, si antes se aceptaba que respecto de esta institución regía la presunción de buena fe establecida en la posesión, un mínimo de consecuencia obligaba a aplicar también el artículo 706, ubicado en la misma materia según el cual "el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario".

Pongamos un ejemplo para clarificar las cosas: si se casa una pareja de hermanos, sin saber que lo eran, han padecido un error de hecho, que permite la putatividad. En cambio, si la misma pareja se casa a sabiendas que eran hermanos, pero ignorando que la ley no permite tal matrimonio, han sufrido un error de derecho que, según algunos, sería incompatible con la existencia de un matrimonio putativo.

Somarriva es de opinión de admitir el error de derecho, por cuanto el artículo 122 (hoy artículo 51) no hace ninguna distinción, sólo habla de "justa causa de error". Además, por la función que cumple la institución, es conveniente ampliar su campo de aplicación.⁸⁶

114. DECLARACIÓN JUDICIAL DE PUTATIVIDAD. Mientras estuvo vigente el artículo 122 del Código Civil, la doctrina nacional no exigía más requisitos para el matrimonio putativo que los cuatro señalados. Una opinión distinta tenía Fueyo, quien estimaba que se requería además de una resolución judicial que declare que

el matrimonio había sido putativo. Así también lo resolvió en su momento una sentencia de la Excma. Corte Suprema.⁸⁷

En general, la doctrina vinculaba este problema con el de la buena fe y la justa causa de error. Con el artículo 52 de la Ley N° 19.947, el asunto quedó expresamente resuelto. En efecto, al presumirse estos requisitos debe concluirse que todo matrimonio nulo es putativo, salvo que en el juicio de nulidad se alegare y probare lo contrario y así lo declare la sentencia (art. 52).

115. EFECTOS DEL MATRIMONIO PUTATIVO. El artículo 51 precisa los efectos al señalar que "produce los mismos efectos civiles que el válido, respecto del cónyuge que, de buena fe y con justa causa de error, lo contrajo".

Los autores distinguen entre: efectos en relación con los hijos; y efectos entre los cónyuges.

116. EFECTOS EN RELACIÓN CON LOS HIJOS. La institución del matrimonio putativo fue creada con el objeto de evitar la ilegitimidad de los hijos en los casos en que el matrimonio se anulaba. Por ello resulta lógico que el hijo concebido durante el matrimonio putativo de los padres mantenga la filiación matrimonial.

Este efecto se produce sea que el matrimonio haya sido putativo para ambos padres, sea que lo haya sido sólo para uno de ellos, pues al ser el estado civil indivisible, no podrían los hijos tener filiación matrimonial respecto de uno de sus padres y no tenerla respecto del otro.

Los efectos que produce el matrimonio putativo respecto de los hijos son permanentes, se mantienen aun cuando desaparezca la putatividad. Ello es consecuencia de ser el estado civil una calidad "permanente" de toda persona, como en su momento veremos.

117. LA NULIDAD DEL MATRIMONIO NO AFECTA EN CASO ALGUNO LA FILIACIÓN YA DETERMINADA DE LOS HIJOS, AUNQUE EL MATRIMONIO NO SEA PUTATIVO. Así lo establece el artículo 51 inciso 4° de la Ley de Matrimonio Civil: "Con todo, la nulidad no afectará la filiación ya determinada de los hijos, aunque no haya habido buena fe ni justa causa de error por parte de ninguno de los cónyuges".

⁸⁵ Ob. cit., t. VI, N° 154, págs. 171-172.

⁸⁶ Somarriva, *Derecho de Familia*, N° 82, págs. 103-104.

⁸⁷ RDJ, t. 29, sec. 1ª, pág. 73.



Es importante destacar que en el artículo 122 del Código Civil (derogado por la Ley N° 19.947) la situación era distinta, porque cuando no se daban los requisitos del matrimonio putativo, la nulidad no afectaba la filiación matrimonial de los hijos únicamente cuando la nulidad se había declarado por incompetencia del oficial civil, por no haberse celebrado el matrimonio ante el número de testigos requeridos por la ley o por inhabilidad de éstos. En los demás casos, declarada la nulidad del matrimonio, se afectaba la filiación de los hijos. Con la Ley N° 19.947 la excepción se amplía a todo matrimonio nulo, cualquiera sea el vicio de nulidad.

118. EFECTOS DEL MATRIMONIO PUTATIVO EN RELACIÓN CON LOS CÓNYUGES. El matrimonio putativo produce los mismos efectos civiles del válido mientras se mantenga la buena fe a lo menos en uno de los cónyuges. Desaparecida la buena fe en ambos, cesan los efectos del matrimonio putativo. Así lo señala el artículo 51 inciso 1º, parte final.

¿Cuándo cesa la buena fe? Respecto del cónyuge que demanda la nulidad del matrimonio, debe entenderse que el solo hecho de presentar la demanda, constituye prueba de que la buena fe ha desaparecido para él, en ese momento. En cuanto al demandado, Somarriva, aplicando por analogía la regla dada por el artículo 907 al hablar de las prestaciones mutuas, sostiene que la buena fe desaparece con la contestación de la demanda.⁸⁸ De acuerdo a lo que se viene diciendo, el matrimonio nulo produce los mismos efectos civiles que el válido hasta el momento de la contestación de la demanda. Ello, sin perjuicio de que pueda probarse que la buena fe desapareció antes.

Atendido lo que se acaba de explicar, mientras se mantiene la buena fe a lo menos en un cónyuge, el matrimonio produce todos sus efectos, tanto en la persona de los cónyuges como respecto de los bienes. Así, deben cumplir con todos los deberes y obligaciones que surgen del matrimonio: fidelidad, ayuda mutua, socorro, se ha generado entre ellos sociedad conyugal si se casaron bajo ese régimen, etc.

⁸⁸ *Derecho de Familia*, N° 86, pág. 106.

Como lo vimos en su momento, la jurisprudencia, haciendo aplicación de estos principios, ha resuelto que si una persona, vigente su matrimonio, contrae uno nuevo, este segundo es nulo, por existir vínculo matrimonial no disuelto, aunque se declare la nulidad del primero, pues tal matrimonio debe presumirse putativo y por ello ha producido los mismos efectos civiles del válido, es decir, ha generado el impedimento de vínculo matrimonial no disuelto.⁸⁹ En sentido contrario, puede verse la sentencia de la Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda, de 14 de mayo de 1996, en que se resolvió que "la institución del matrimonio putativo tiene consecuencias muy puntuales referidas a los bienes e hijos, pero en ningún caso puede pretenderse que por el hecho de haber sido declarado putativo un matrimonio nulo éste continúe vigente, existente, al extremo de constituir por sí solo un impedimento dirimente..."⁹⁰ Con anterioridad la Excma. Corte Suprema, en un fallo de 27 de mayo de 1986, había acogido un recurso de revisión que interpuso una persona que fue condenada por bigamia, y que fundó en la posterior declaración de nulidad del primer matrimonio. Tal fallo señaló: "que en estas condiciones se ha acreditado que con posterioridad a la sentencia condenatoria, se ha constatado la existencia de un hecho demostrativo de la inocencia de la condenada, como quiera que la declaración de nulidad del primer matrimonio de la recurrente, en virtud de su efecto retroactivo, hace desaparecer uno de los elementos esenciales del delito de matrimonio ilegal, que motivó la condena..."⁹¹

Un estudio aparte merece lo relativo a la sociedad conyugal o al régimen de participación en los gananciales. Declarada la nulidad del matrimonio, si el matrimonio ha sido putativo, se disuelve la sociedad conyugal (art. 1764 N° 4) o el régimen de participación en los gananciales (art. 1792-27 N° 3). Si el matrimonio ha sido simplemente nulo, ésta no ha nacido y por ende no se puede disolver lo que no ha existido. Así resulta del efecto retroactivo de la declaración de nulidad (artículo 1687). Por

⁸⁹ T. 40, sec. 2ª, pág. 17, con un comentario favorable de Somarriva, publicado al pie de la sentencia.

⁹⁰ RDJ, t. 93, sec. 2ª, pág. 51.

⁹¹ Revista Fallos del Mes, N° 330, sentencia 11, p. 264, consid. 3º.



ello, cuando el artículo 1764 N° 4 indica entre las causales de extinción de la sociedad conyugal la declaración de nulidad, o el art. 1792-27 N° 3 la señala entre las causales de terminación del régimen de participación, debe entenderse que ello sólo es así si el matrimonio fue putativo. En caso contrario, no se ha generado la sociedad conyugal o el régimen de participación, y sólo se ha producido una comunidad o sociedad de hecho que habrá de disolverse y liquidarse de acuerdo a las reglas generales.

En relación con el régimen matrimonial, cabe preguntarse qué ocurre cuando los requisitos del matrimonio putativo sólo concurren respecto de uno solo de los cónyuges. Es un problema que antes de la Ley N° 19.947 no estaba resuelto. En todo caso es claro que no puede haber sociedad conyugal o régimen de participación en los gananciales sólo para uno de ellos, y no para el otro. O hay sociedad conyugal o régimen de participación para ambos o no la hay para ninguno. En general, se pensaba que el cónyuge que celebró el matrimonio de buena fe tenía derecho a optar entre liquidar la comunidad de acuerdo a las reglas dadas para la liquidación de la sociedad conyugal o a las establecidas para liquidar una comunidad o sociedad de hecho.⁹² Otros, en cambio, estimaban que había sociedad conyugal que aprovechaba incluso al cónyuge de mala fe, aplicando el principio "*mala fides superviniens non nocet*".⁹³ La Ley N° 19.947 resolvió este problema en el mismo sentido que lo entendía la mayor parte de la doctrina. El artículo 51 inciso 2° de la Ley de Matrimonio Civil estableció que "Si sólo uno de los cónyuges contrajo matrimonio de buena fe, éste podrá optar entre reclamar la disolución y liquidación del régimen de bienes que hubiere tenido hasta ese momento, o someterse a las reglas generales de la comunidad".

Otro efecto que produce el matrimonio putativo es permitir al cónyuge de buena fe conservar las donaciones que por causa de matrimonio le hizo o prometió hacer el otro cónyuge. Así lo establece el inciso final del artículo 51: "Las donaciones o promesas que por causa de matrimonio se hayan hecho por el otro

⁹² Así Alessandri, *Tratado Práctico de las Capitulaciones Matrimoniales, de la Sociedad Conyugal y los Bienes Reservados de la Mujer Casada*, N° 767, p. 480; Somarriva, ob. cit., N° 86, pág. 107.

⁹³ Fueyo, ob. cit., t. VI, N° 164, págs. 181-182; Rossel, ob. cit., N° 81, págs. 909-910.

cónyuge al que casó de buena fe, subsistirán no obstante la declaración de la nulidad del matrimonio". Está de más decir que, contrario sensu, las donaciones que se ha hecho al cónyuge de mala fe deben ser restituidas. Así, por lo demás, lo dice en forma expresa el artículo 1790 inciso primero del Código Civil.



CAPÍTULO II DEL DIVORCIO

119. DEL DIVORCIO. En el párrafo 5º de la anterior Ley de Matrimonio Civil, artículos 19 al 28, se establecía un mal llamado divorcio. Y decimos “mal llamado divorcio”, porque universalmente se entiende que el divorcio produce la ruptura del vínculo matrimonial, pudiendo los ex cónyuges contraer válidamente nuevas nupcias, lo que no ocurría con el que venimos comentando. Los cónyuges quedaban separados de mesa, casa y lecho. Había dos clases de divorcio, uno perpetuo y otro temporal, no pudiendo este último exceder de 5 años. Los efectos de uno y otro eran distintos, pero ninguno de los dos rompía el vínculo matrimonial.

La gran innovación de la Ley N° 19.947, ha sido introducir el divorcio vincular en Chile. Tanto es así que corrientemente cuando se quieren referir a ella, se habla de la “ley de divorcio”, en circunstancias que trata además una serie de otras materias. Con la incorporación del divorcio vincular cae la última columna del Derecho de Familia del Código de Bello, quedando con ello nuestro derecho positivo, en esta materia, a tono con la legislación comparada.⁹⁴

Es sabido que el proyecto de divorcio vincular motivó un gran debate nacional, donde sectores importantes de la sociedad chilena manifestaron su oposición por estimar que esta institución debilitaba la familia chilena.

⁹⁴ La renovación será completa cuando se elimine en la sociedad conyugal la facultad del marido de administrar los bienes sociales y los propios de su mujer, contemplada en el artículo 1749, norma arbitraria, claramente discriminatoria y por lo mismo inconstitucional.

Me parece razonable la incorporación del divorcio vincular, pues a nadie puede merecer dudas que la realidad social del año 1857, cuando el Código Civil entró en vigencia, era muy distinta a la actual. En ella la mujer cumplía la elevada función de traer hijos al mundo, tanto como los que Dios quisiera darles, de criarlos y educarlos. Su actividad se reducía al cuidado de sus hijos y de su marido. No trabajaba fuera del hogar. El marido, por su parte, era el proveedor exclusivo de la familia. Ése era el mundo de ayer, por emplear el nombre de uno de los más conocidos libros de Stephan Zweig.

Era absurdo pensar que una legislación hecha para una sociedad decimonónica pudiera satisfacer los requerimientos del mundo de hoy, donde la mujer estudia carreras universitarias, tiene los medios para regular su función reproductiva, trabaja fuera del hogar, lo que le da una independencia económica que hace 100 años no pudo imaginar, ocupa elevados cargos y aspira a las más altas dignidades. Del mundo de la carreta de bueyes se ha pasado al de las naves espaciales. Miradas así las cosas, era una ilusión creer que la institución matrimonial podía mantenerse inconvencional.

Me complace que, por fin, después de tantos años,⁹⁵ se haya encontrado una solución para el grave problema social de las parejas que no han tenido la fortuna de lograr matrimonios felices. Siempre he creído que se deben enfrentar los problemas y no

⁹⁵ En el año 1883, cuando se discutía la Ley de Matrimonio Civil, el diputado radical Manuel Novoa Somoza presentó una indicación para permitir que el matrimonio se disolviese. Posteriormente, se sucedieron diversos proyectos que no lograron convertirse en ley. Así tenemos que en el año 1914 hubo uno del diputado radical Alfredo Frigolett; en el año 1927, otro del diputado Santiago Rubio; en 1934, otro presentado por los senadores Luis Álamos, Hernán Figueroa, Octavio Señoret, Darío Barrueto y Rodolfo Michels; el año 1964, uno presentado por la diputada por Concepción Inés Enríquez Fródden; en el año 1969 el presentado por los diputados Alberto Naudon y Carlos Morales A. Posteriormente, cuando el país recobró su normalidad institucional, hubo tres proyectos de ley de divorcio, el primero, del año 1991, patrocinado por los diputados Laura Rodríguez, Adriana Muñoz, Víctor Barrueto, Roberto Muñoz y Mario Devaud; el segundo presentado el año 1993 por los diputados Adriana Muñoz, Carlos Montes, Mario Devaud, Víctor Barrueto y Juan Pablo Letelier, y finalmente, el tercero presentado el 11 de noviembre de 1995, que dio lugar a la ley que motiva este trabajo. En el ámbito académico debe destacarse un completo proyecto elaborado por el profesor Fernando Fueyo Laneri, en el año 1972.

ocultarlos, pues con ello, al ser la realidad más fuerte que el derecho, los afectados buscan solucionar sus problemas recurriendo a puertas falsas, como ocurrió entre nosotros con las nulidades de matrimonio fundadas en la incompetencia del oficial del Registro Civil, que los tribunales y la sociedad toda terminaron aceptando, a sabiendas que eran manifiestamente fraudulentas, con lo que se producía un grave daño a las instituciones. No es sano vivir permanentemente en la mentira.

Es ilustrativo constatar que en Argentina, cuando el matrimonio era indisoluble, una interesante sentencia —“caso Sejean”— acogió, en 1986, una demanda de divorcio, declarando inconstitucional el artículo 64 de la Ley N° 2.393 (que establecía la indisolubilidad matrimonial), por atentar contra el derecho a la autonomía personal consagrado en el artículo 19 de la Constitución de la Nación. Como se puede ver, los tribunales argentinos, por un camino distinto al chileno, buscaron también la forma de atacar la indisolubilidad matrimonial.⁹⁶

120. EL DIVORCIO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA. Si se estudia la legislación comparada, se podrá observar diferencias importantes en relación con las exigencias para obtener el divorcio. Veamos algunos casos:

Derecho francés. Se acepta el divorcio por petición de ambas partes, petición que en principio es *vinculante* para el juzgador. A partir del 1 de enero de 2005 (Ley N° 439 de 2004) se facilita el procedimiento en este divorcio por mutuo consentimiento, eliminándose la anterior exigencia de que el matrimonio tuviera una vigencia mínima de 6 meses y de que hubiera que renovar la petición de divorcio después de un plazo de reflexión (nuevos artículos 230 y 232). Se exige sí que los cónyuges presenten un convenio que regule las consecuencias del divorcio, convenio que el juez podrá rechazar en casos de iniquidad manifiesta. En todo caso “la no aprobación del convenio conyugal en la realidad sólo dilatará en el tiempo el dictado de la sentencia de divorcio. El juez al advertir que el acuerdo no reúne las condiciones para

⁹⁶ Mauricio Luis Mizrahi, *Familia, matrimonio y divorcio*, Edit. Astrea, 2006, págs. 84 y sigtes. y 365 y sigtes.

ser homologado, señalará a los cónyuges sus objeciones para que éstos las subsanen mediante la presentación de una convención rectificatoria que satisfaga la expectativa judicial”.⁹⁷

Derecho español. La ley española de 8 de julio de 2005 incorporó al derecho positivo español el divorcio sin expresión de causa. No exige que el matrimonio tenga un plazo de duración mínima ni tampoco contempla un plazo de reflexión.⁹⁸

Derecho sueco. Para la ley sueca vigente desde el año 1987 (reformada en 1994), no se contemplan mayores exigencias para solicitar el divorcio de común acuerdo. Ninguna explicación deben las partes dar al tribunal para justificar su decisión. Sólo se exige un plazo de reflexión, salvo cuando ambos cónyuges lo pidan, o lo solicite aquel que viva permanentemente con un hijo suyo menor de 16 años.

Derecho cubano. El Código de Familia cubano contempla el divorcio de común acuerdo sin limitaciones de ninguna clase. En su artículo 51, parte primera, prescribe que “Procederá el divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges”. También acepta el divorcio unilateral “cuando el tribunal compruebe que existen causas de las que resulte que el matrimonio ha perdido su sentido para los esposos y para los hijos, y con ello también para la sociedad (art. 51, 2ª parte).

Derecho japonés. Contempla un divorcio administrativo, cuando existe acuerdo entre los cónyuges, y un divorcio judicial en que se confieren al tribunal amplias facultades para apreciar la existencia de las causales que se invoquen. La forma más socorrida por las partes es la del divorcio administrativo.⁹⁹

Derecho colombiano. La Ley N° 862, de 8 de julio de 2005, contempla en Colombia un divorcio consensual sin expresión de causa y por vía notarial. Dice la norma que “podrá convenirse ante notario, por mutuo acuerdo de los cónyuges, por intermedio de abogado, mediante escritura pública, la cesación de los efectos

⁹⁷ Mauricio Luis Mizrahi, *Familia, matrimonio y divorcio*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2006, N° 158, pág. 350.

⁹⁸ Mizrahi, ob. cit., N° 159, pág. 356.

⁹⁹ Mizrahi, ob. cit., N° 155, pág. 347.

civiles de todo matrimonio religioso y el divorcio del matrimonio civil”. Para el caso de existir hijos menores, debe intervenir el defensor de familia para salvaguardar que el acuerdo de los cónyuges respete el interés de aquéllos.

Derecho argentino. En Argentina, el divorcio vincular se estableció por la Ley N° 23.515 de 3 de junio de 1987. Como explicábamos recién, previo a ello hubo un conocido fallo de la Corte Suprema de Justicia, conocido como el “caso *Sejeam*”, que declaró inconstitucional el artículo 64 de la Ley N° 2.393, que obstaba al divorcio vincular, fallo que, en buena medida, precipitó la incorporación del divorcio vincular. Como dice Mizrahi, “el fallo significaba un antecedente valioso en un aspecto más general, cual es el rescate del valor de la *autonomía personal* en lo atinente al matrimonio. Esto es, el resguardo constitucional de todas aquellas acciones que se despliegan en el ámbito privado, y que hacen a la plena realización del sujeto y a la independencia en la formulación de sus planes de vida; ello sin entenderlo en dicotomía con los intereses sociales, pues aquellas libertades que se garantizan en el hombre constituyen un *requisito de una sociedad sana...*”¹⁰⁰

La Ley N° 23.515 mantiene un divorcio por causales señaladas en el artículo 202 del Código Civil, pero incorpora la idea del divorcio remedio, estableciendo como causa del divorcio vincular “la separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años con los alcances y en la forma prevista en el artículo 204” (art. 214). Además el artículo 215 prescribe que “transcurridos tres años de matrimonio, los cónyuges en presentación conjunta podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su divorcio vincular...”.

121. DIVORCIO SANCIÓN; DIVORCIO REMEDIO.¹⁰¹ Como es sabido, respecto a las causales de divorcio, la doctrina y la legislación comparada se mueven entre dos polos: “divorcio sanción” y “divorcio remedio” (llamado también “divorcio solución”). El primero está concebido como una pena para el cónyuge culpable de una con-

¹⁰⁰ Ob. cit., pág. 366.

¹⁰¹ Mizrahi, ob. cit., N°s 109, 351 y siguientes: divorcio en Suecia y España.



ducta que lesiona gravemente la vida familiar. En el segundo, en cambio, el divorcio se acepta como la solución a una crisis proveniente de la ruptura definitiva de la armonía conyugal, cuando la convivencia de la pareja se torna imposible. Como explica Hernán Corral, "el legislador inglés fue uno de los primeros en romper con el tradicional 'divorcio sanción' o por culpa (año 1969), para establecer la concepción del 'divorcio remedio'. Lo hizo mediante un expediente técnico, que, como veremos, tendría seguidores: el establecimiento de una causa única de divorcio, determinada luego a través de la descripción de varias causales específicas". "La Matrimonial Causes Act de 1973 establece como causa única de divorcio la *irretrievable breakdown of marriage*, esto es, la ruptura irremediable de la comunidad conyugal".¹⁰²

Posteriormente, a partir de reformas introducidas en el estado de Los Ángeles, California, en 1969, la idea del divorcio sanción tendió a ser desplazada por la del divorcio remedio, más nueva en el tiempo. Sin embargo, en definitiva, en ninguna parte se adoptan posiciones extremas, sino que se buscan fórmulas intermedias, en lo que pudiera llamarse un sistema mixto. Es lo que ocurre entre nosotros con la Ley N° 19.947. En efecto, el artículo 54 contempla causales propias del divorcio sanción, y el artículo siguiente establece el divorcio como remedio para una convivencia que ya no existe o que está gravemente deteriorada.

Cabe agregar que en el caso del divorcio remedio pueden darse dos situaciones: a) divorcio por mutuo consentimiento, y b) divorcio unilateral. Y tratándose del divorcio sanción, también debe hacerse una distinción entre: a) divorcio por causales taxativas (sistema cerrado), y b) divorcio por causales genéricas llamadas también inculpatorias de sistema abierto (v. gr., quiebra irremediable del matrimonio, o, como lo dice la ley chilena, cuando se ha tornado intolerable la vida en común).

122. CAUSALES DE DIVORCIO SANCIÓN. El artículo 54 establece que "el divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, *por falta imputable al otro*, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que le impone el matrimonio,

¹⁰² Hernán Corral Talciani, *Ley de Divorcio. Las razones de un no*. Estudios de Derecho Actual. Universidad de los Andes, págs. 41-42.

o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común". La norma agrega que se incurre en esta causal, *entre otros casos*, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos:

1º. "Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos";

2º. "Trasgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo o reiterado del hogar común es una forma de trasgresión grave de los deberes del matrimonio";

3º. "Condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, o contra las personas, previstos en el Libro II, Títulos VII y VIII, del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal". Dentro de estos títulos están los delitos de aborto, abandono de niños o personas desvalidas, delitos contra el estado civil de las personas, rapto, violación, estupro y otros delitos sexuales, incesto, matrimonios ilegales, homicidio, infanticidio, lesiones corporales, duelo, calumnia, injurias.

4º. "Conducta homosexual";

5º. "Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos", y

6º. "Tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos".

Estas causales no son taxativas, pues la norma emplea la expresión "entre otros casos" y muchas de ellas reproducen las causales de divorcio que contemplaba la anterior Ley de Matrimonio Civil.

Un aspecto que me parece útil destacar es que cuando se demanda el divorcio invocando causales, no rige la exigencia de que debe haber un plazo del cese de la convivencia. Ella está contemplada sólo cuando el divorcio se pide en conformidad al artículo 55 de la ley (divorcio remedio), y el caso que estamos tratando -divorcio sanción- lo está en el artículo 54.

123. CAUSALES DE DIVORCIO REMEDIO. De acuerdo al artículo 55, además, se puede dar lugar al divorcio en dos casos: cuando ambos cónyuges lo piden de común acuerdo y cuando lo solicita uno

solo de ellos por haberse producido el cese efectivo de la convivencia conyugal a lo menos durante tres años. Ambas situaciones se analizarán en los puntos siguientes.

124. CUANDO AMBOS CÓNYUGES LO PIDEN DE COMÚN ACUERDO, acreditando que ha cesado la convivencia entre ellos durante un lapso mayor de *un año* y acompañen un acuerdo regulatorio (completo y suficiente en los términos definidos en el artículo 27) de sus relaciones mutuas y para con los hijos, que resguarde el interés superior de los hijos, procurando aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establezca relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita (art. 55).

Hacemos notar que el acuerdo entre los cónyuges sólo está referido a la acción de divorcio –ambos quieren divorciarse– no al plazo de cese de la convivencia, pues ni aun en las normas transitorias aplicables a los juicios de divorcio que se tramitaron antes de entrar en vigencia los tribunales de familia, se aceptaba la prueba confesional para acreditar el cese de la convivencia. Así se dejó constancia en la Comisión de Constitución del Senado.¹⁰³

Javier Barrientos y Aránzazu Novales señalan que en la Comisión de Constitución del Senado la mayoría estimó que “la causa del divorcio no es el mutuo acuerdo, sino que el cese de la convivencia...”, explicación que ellos no comparten, puesto que “aunque exista el cese de la convivencia, no puede ejercerse la acción de divorcio si no hay mutuo consentimiento”.¹⁰⁴

Respecto a la tramitación que debe darse a esta petición, estimamos que se trata de una gestión no contenciosa. Ello es así porque se cumplen las exigencias del artículo 821 del Código de Procedimiento Civil: no haber contienda entre partes (desde que están de acuerdo) y existir una norma legal –el mismo artículo 55– que da competencia al tribunal para conocer del asunto. Lo anterior no significa que en tal gestión no se deba probar el cumplimiento de las exigencias legales, en especial el cese de la convivencia por el plazo de un año. Tampoco que se pueda omitir la sentencia. Debe haberla, igual que en toda gestión voluntaria.

¹⁰³ Barrientos y Aránzazu Novales, ob. cit., pág. 384.

¹⁰⁴ Ob. cit., págs. 381-382.

La Corte de Santiago, en fallo de 9 de junio de 2006, estimó –equivocadamente a nuestro entender– que se trata de un juicio contradictorio, por lo que invalidó de oficio la sentencia al no haberse recibido la causa a prueba.¹⁰⁵

Recibida la solicitud de divorcio, el tribunal debe citar a la conciliación especial de que tratan los artículos 67 y siguientes, llamado que persigue un doble propósito: examinar las condiciones en que se podría superar el conflicto matrimonial; y, cuando proceda, acordar las medidas destinadas a regular lo concerniente a los alimentos de los hijos, su cuidado personal, la relación directa y regular que mantendrá con ellos el padre o la madre que no los tenga bajo su cuidado.

125. CUANDO LO SOLICITE CUALQUIERA DE LOS CÓNYUGES por haber cesado la convivencia conyugal, durante a lo menos *tres años* (art. 55 inc. 3º). Así lo establece el artículo 55 inciso 3º de la Ley de Matrimonio Civil, que a la letra dice: “Habrá lugar también al divorcio cuando se verifique un cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, a lo menos, tres años, salvo que, a solicitud de la parte demandada, el juez verifique que el demandante, durante el cese de la convivencia, no ha dado cumplimiento, reiterado, a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo”.

Los requisitos para que opere esta causal son los siguientes: a) cese de la convivencia efectiva por tres años a lo menos; b) que el actor haya cumplido con la obligación de proporcionar alimentos a su cónyuge e hijos durante el cese de la convivencia.

Respecto al primer requisito, llama la atención que esta disposición hable del “cese efectivo de la convivencia conyugal”, y no simplemente de “cese de la convivencia”, como lo dice en el inciso 1º. Se ha dado como explicación que, en el caso que nos ocupa, no basta el hecho material de la separación, sino que se requiere además que falte *el animus separationis*, es decir, la intención de que no querer hacer vida común. Por ello se ha dicho que no habrá cese “aunque haya separación material y los esposos (sic) vivan en lugares diferentes y, por el contrario, si falta *la afectio*, tendrá

¹⁰⁵ Revista Leyes y Sentencias, Nº 21, pág. 105.

lugar técnicamente el cese de la convivencia, aunque convivan los esposos bajo un mismo techo".¹⁰⁶

En cuanto a la segunda exigencia –cumplimiento de la obligación de otorgar alimentos al cónyuge e hijos– entendemos que para que pueda darse esta situación se requiere: a) que se haya convenido o exista una sentencia judicial que haya condenado al demandante al pago de una pensión alimenticia a su cónyuge o a los hijos comunes; b) que el demandante haya tenido los medios para poder cumplir esa obligación alimenticia, y c) que, a pesar de ello, en forma reiterada, haya incumplido con el pago de la pensión respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes.

Si el actor ha dejado de cumplir la obligación de dar los alimentos, la demandada puede oponer la excepción perentoria del incumplimiento de esa obligación. A nuestro juicio, el cónyuge que opone la excepción tendrá que probar que existió una sentencia o un avenimiento que estableció la obligación de pagar los alimentos y probar además que se produjo el incumplimiento reiterado. En el caso que el actor haya incumplido la obligación de proporcionar alimentos, y sostenga que no estuvo en condiciones de pagarlos, a él le corresponderá el peso de la prueba.

La disposición en estudio plantea algunos problemas:

a) ¿Tiene que haberse producido el incumplimiento tanto respecto del cónyuge como de los hijos comunes?, duda que se nos crea por el uso de la conjunción copulativa "y". Entendemos que, pese a la redacción de la norma, basta que se haya incumplido la obligación respecto de cualquiera de ellos;¹⁰⁷

b) ¿Qué ocurre si se rechaza la demanda por no haber cumplido el demandante con esta obligación? ¿Quiere decir que nunca más podrá intentar la acción de divorcio? Pensamos que en este caso este demandante deberá expresar su voluntad de poner fin a la convivencia, en alguno de los instrumentos que indica el artículo 22 letra a) o b), o bien dejando constancia judicial en los términos señalados en el art. 25 inciso 2º. Y a partir de ese momento cumplir con sus obligaciones alimenticias, esperando que transcurra un nuevo plazo de 3 años;

¹⁰⁶ Barrientos y Novales, ob. cit., pág. 390.

¹⁰⁷ Así ha sido fallado por la Corte Suprema el 21 de noviembre de 2006, Revista Leyes y Sentencias, N° 30, pág. 24.

c) Un aspecto del mayor interés, respecto de esta excepción, es si se puede hacer valer cuando el incumplimiento de la obligación alimenticia ha ocurrido con anterioridad a la fecha en que entró en vigencia la Ley N° 19.947. Una sentencia de la Corte de Concepción del 3 de julio de 2006 (causa rol 996-2006) resolvió que "la privación de la acción de divorcio vincular por el no pago reiterado de la obligación de alimentos, durante el cese de la convivencia, para el alimentante constituye una verdadera sanción civil, de manera que no parece admisible su aplicación con efecto retroactivo, como se pretende por la demandada en el caso" (considerando 5º).¹⁰⁸

En igual sentido, voto disidente en causa rol 3167-2006, de la misma Corte de Apelaciones de Concepción, que sostiene que "no es posible castigar a nadie con una pena –civil o penal– por una conducta que al momento en que fue desarrollada no estaba sancionada de esa manera, pues los seres humanos ajustan su actuar a lo que permite la legislación vigente a ese momento, no a lo que pueda establecer una norma futura, en caso contrario, se atenta severamente contra el principio de la seguridad jurídica, que es obligación de los tribunales cautelar" (Leyes y Sentencias N° 28, pág. 75). La Corte Suprema declaró inadmisibles los recursos de casación interpuestos en contra de esta sentencia.

Estamos claramente por la tesis de la Corte de Concepción en la causa rol 996-2006, reiterada en el voto disidente recién mencionado. Incluso pensamos que de no entenderse las cosas de esta manera, se estaría vulnerando el artículo 19 N° 3, inciso penúltimo, de la Carta Fundamental, que dispone que "ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado". Basamos nuestra opinión en lo que expresó, cuando se discutía esta norma constitucional, el profesor José Bernal en la Comisión Constituyente. En esa oportunidad señaló que cuando estudió Derecho Constitucional en su época de estudiante, se le enseñó que en realidad aquí se trataba de algo relacionado con el proceso penal. "Se restringía el concepto de la condena al proceso penal y se sostenía que cuando se decía 'en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae

¹⁰⁸ Revista Leyes y Sentencias, N° 22, pág. 69.



el juicio', se trataba de que la ley penal fuere anterior al hecho, al delito, que era investigado. Pero, con posterioridad, los constitucionalistas han evolucionado y han entendido este concepto en el sentido de que nadie puede ser condenado en materia civil, materia de sentencia de condena, si no hay un proceso legal, si no hay un juicio legal, y en virtud de una ley promulgada antes del conflicto suscitado".¹⁰⁹

En síntesis, a nuestro juicio, el hecho de que se niegue la acción de divorcio al cónyuge que no ha cumplido en forma reiterada con su obligación alimenticia, implica una sanción y por ello no puede tener lugar respecto de incumplimientos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.947.

126. LOS PLAZOS DEL CESE DE LA CONVIVENCIA DEBEN ESTAR CUMPLIDOS AL MOMENTO DE NOTIFICARSE LA DEMANDA. Planteamos este asunto, porque en Argentina, frente a normas semejantes a las chilenas, se ha discutido si el plazo debe estar cumplido antes de iniciarse el proceso o si basta que esté cumplido al momento de dictarse la sentencia. Al respecto, Mizrahi se pronuncia por la tesis de que basta que el plazo esté cumplido al momento de dictarse la sentencia, argumentando que "no beneficia a nadie –ni tampoco se preservan los derechos de terceros ni se defiende la moral pública– resolviendo rechazar los tanteos que hacen los cónyuges en el curso del proceso, en los cuales se invoca el transcurso del plazo legal y piden su divorcio vincular. Tal tesitura no hará más que obligar a los esposos –un verdadero absurdo para nuestro concepto– a promover al otro día una nueva acción, generando –como bien se dijo– mayores problemas a la administración de justicia y un dispendio inútil de esfuerzos".¹¹⁰ No compartimos esta opinión, pues, en nuestro concepto, todos los requisitos de la acción deben estar cumplidos al momento de notificarse la demanda.

127. FORMA DE PROBAR EL PLAZO DE CESE DE LA CONVIVENCIA. El cese de la convivencia sólo podrá probarse en la forma que indican

¹⁰⁹ Enrique Evans de la Cuadra, *Los Derechos Constitucionales*, t. II, tercera edición, año 2004, pág. 145.

¹¹⁰ Ob. cit., N° 177, pág. 390.

los artículos 22 y 25 de la Ley N° 19.947, esto es: 1) por alguno de los instrumentos que se indican en el artículo 22; 2) por la notificación de la demanda de regulación de sus relaciones mutuas, especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio y, si hubiere hijos menores, al régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquel de los padres que no los tuviere a su cuidado; 3) cuando no mediando acuerdo ni demanda entre los cónyuges, uno de ellos haya expresado su voluntad de poner fin a la convivencia a través de cualquiera de los instrumentos indicados en el artículo 22 y se haya notificado al otro cónyuge, y 4) cuando uno de los cónyuges haya dejado constancia de su intención de poner fin a la convivencia ante el juzgado correspondiente y ello sea notificado al otro cónyuge (art. 25 inc. 2°). Esta última situación constituye una gestión voluntaria a la que se podrá comparecer personalmente. La notificación se practicará según las reglas generales (art. 23 inc. 2°, parte final).

128. LA LIMITACIÓN PROBATORIA NO RIGE PARA LOS MATRIMONIOS CELEBRADOS ANTES DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY N° 19.947. Esta limitación probatoria para acreditar el cese de la convivencia no rige para los matrimonios celebrados con anterioridad al 11 de noviembre de 2004, fecha de entrada en vigencia de la nueva Ley de Matrimonio Civil. En estos casos, las partes no tienen mayores limitaciones probatorias, salvo que la sola confesión no es suficiente. Los tribunales deben ponderar la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica, y acoger la demanda si los medios de prueba aportados por las partes permiten formar plena convicción sobre este hecho (art. 2° transitorio, inc. 3°).

129. CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN DE DIVORCIO.

- a) pertenece exclusivamente a los cónyuges (art. 56 inc. 1°);
- b) corresponde a ambos cónyuges, salvo en el caso del artículo 54, es decir, cuando el divorcio es por culpa de uno de ellos, caso en que la acción no la tiene el culpable (art. 56 inc. 2°);
- c) es irrenunciable (art. 57);
- d) es imprescriptible (art. 57);
- e) por su misma naturaleza tiene que intentarse en vida de los cónyuges.

El cónyuge menor de edad y el interdicto por disipación pueden ejercer por sí mismos la acción de divorcio, sin perjuicio de su derecho a actuar por intermedio de sus representantes (art. 58).

130. EFECTOS DEL DIVORCIO.

1) El artículo 59 inciso 1º señala que “el divorcio producirá efectos entre los cónyuges desde que quede ejecutoriada la sentencia que lo declare” y el inciso 2º agrega que “sin perjuicio de ello, la sentencia ejecutoriada en que se declare el divorcio deberá subinscribirse al margen de la respectiva inscripción matrimonial. Efectuada la subinscripción, la sentencia será oponible a terceros y los cónyuges adquirirán el estado civil de divorciados, con lo que podrán volver a contraer matrimonio”. Sin embargo, para que afecte a terceros es necesario que la sentencia se subinscriba al margen de la inscripción matrimonial.

Vemos una suerte de contradicción entre los dos incisos de este artículo 59. En efecto, de estarnos al inciso 1º, como el divorcio produce efectos entre los cónyuges desde que queda ejecutoriada la sentencia respectiva, quiere decir que a partir de ese momento –sin necesidad de la subinscripción– adquieren el nuevo estado civil de divorciados que les habilita para casarse. En cambio, el inciso 2º expresa que “efectuada la inscripción, la sentencia será oponible a terceros (lo que sin duda es correcto) y los cónyuges adquirirán el estado civil de divorciados (ello es incorrecto, pues ese estado lo adquirieron antes, cuando la sentencia quedó ejecutoriada), con lo que podrán volver a contraer matrimonio”.

2) El estado civil de divorciado se prueba en conformidad al art. 305 del Código Civil (según el nuevo texto dado por la Ley Nº 19.947).

3) El divorcio no afecta la filiación ya determinada de los hijos ni los derechos y obligaciones que emanan de ella. Luego los hijos continuarán siendo hijos de filiación matrimonial de sus padres y tendrán, respecto de ellos, los derechos y obligaciones que tal filiación supone (art. 53).

4) El divorcio pone fin a los derechos de carácter patrimonial, como el de alimentos y sucesorios entre los cónyuges (art. 60). Ello sin perjuicio de que se acuerde o se fije judicialmente una

compensación al cónyuge económicamente más débil, determinada en la forma dispuesta en el párrafo 1º del Capítulo VII de la ley, artículos 61 y siguientes.

Por una inadvertencia del legislador, la Ley Nº 19.947 no había sustituido en el artículo 174 del Código Civil la expresión “al divorcio” por “la separación judicial”, lo que motivó que se sostuviera por algunos que cuando el divorcio se decretaba por culpa de uno de los cónyuges, se mantenía la obligación alimenticia. Siempre nos pareció que ello no era así, que el divorcio ponía fin al derecho de alimentos entre los cónyuges, cualquiera hubiere sido la causal. El problema quedó aclarado con la dictación de la Ley Nº 20.145 (Diario Oficial de 30 de diciembre de 2006) que reemplazó en los artículos 174 y 177, la expresión “divorcio” por “separación judicial”. Luego, hoy no cabe discusión: el divorcio pone fin al derecho de alimentos entre los ex cónyuges, cualquiera haya sido la causal.

5) La sentencia de divorcio firme autoriza para revocar todas las donaciones que por causa de matrimonio se hubieren hecho al cónyuge que dio motivo al divorcio por su culpa, con tal que la donación y su causa constare por escritura pública (art. 1790 en el nuevo texto), y

6) Habilita para pedir la desafectación de un bien de propiedad de un cónyuge que esté declarado como bien familiar (art. 145 C. Civil, en el nuevo texto).

131. POSIBILIDAD DE DEMANDAR INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS POR DAÑOS CAUSADOS POR EL DIVORCIO. En el derecho extranjero, se plantea la posibilidad de que con motivo del divorcio, uno de los cónyuges pueda demandar del otro indemnización de perjuicios. La ley chilena no toca el punto.

A nuestro entender, entre nosotros el problema sólo se podría plantear en el caso del divorcio culpable, pues en los casos del divorcio remedio no vemos cuál sería la fuente generadora de la obligación de indemnizar.

Aclarado lo anterior, se mantiene la duda de si cuando el divorcio es culpable resulta o no procedente intentar una demanda de indemnización de perjuicios. El caso más recurrente en el derecho extranjero es si procede la indemnización cuando la causal de divorcio ha sido el adulterio de uno de los cónyuges.

Al respecto, en Argentina hay autores como Guillermo Borda, que niegan esta posibilidad, entre otras razones, porque no se puede tratar la culpa en el divorcio con el mismo criterio con el que se la juzga en todo daño del derecho propiamente patrimonial. La culpa puede ser atribuida a ambos y si bien el juez puede encontrar culpable a uno de ellos, resulta difícil dilucidar cuál es el cónyuge verdaderamente culpable, pues es posible que la culpabilidad de uno tenga por causa hechos del otro esposo, igualmente constitutivos de causales de separación, que no se han podido acreditar en el juicio.¹¹¹ Incluso para algunos autores los deberes entre cónyuges (fidelidad, socorro, etc.) no constituyen propiamente obligaciones en sentido técnico, porque estiman que para que haya obligación la prestación debe tener contenido económico y por lo mismo su incumplimiento no podría generar indemnización de perjuicios.¹¹² Se afirma también que aceptar este tipo de divorcios puede conducir a juicios escandalosos.

En cambio, para otros, no habría inconvenientes en admitir esta clase de demandas, siempre que los hechos que dieron motivo al divorcio ocasionen un daño efectivo al otro cónyuge. Argumentan que la ley no las prohíbe; que una demanda de esta clase no sería contraria a la moral, al orden público o a las buenas costumbres, sino al revés, "la ética quedaría reñida con el derecho si en materia de daños conectados con las causales de divorcio se concluyera que la reparación se limita a la simple declaración de culpabilidad, dejando sin resarcimiento a aquéllos perjuicios. No es inmoral, en suma, el reclamo resarcitorio; lo inmoral es que el daño quede impune. No se persigue, por otra parte, un lucro, sino el resarcimiento del perjuicio producido por la conducta antijurídica del cónyuge culpable".¹¹³

Como se ha señalado, nuestra Ley de Matrimonio Civil no emite pronunciamiento alguno, por lo que creemos que se podrá plantear entre nosotros la misma discusión que se ha

¹¹¹ Cit. por Eduardo Sambrizzi, *Separación personal y divorcio*, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, t. I, pág. 580.

¹¹² Llambías, J. J., citado por Francisco A. M. Ferrer, *Daños resarcibles en el divorcio*, pág. 26.

¹¹³ Francisco A. M. Ferrer, *Daños resarcibles en el divorcio*, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, págs. 33 y sigtes.

producido en Argentina. Debo agregar que cuando se discutía el proyecto que dio origen a la Ley N° 19.947 y más concretamente al tratarse en el Senado lo relativo a la compensación económica, hubo algunas intervenciones que demuestran que el ánimo de los que participaron era limitar la posibilidad de que, terminado el matrimonio, los ex cónyuges pudieran quedar sujetos a obligaciones pecuniarias entre sí. Justamente por ello, la compensación económica se estableció en una suma única que al no tener carácter alimenticio no permite cambios posteriores según la variación que pudiere experimentar la situación económica de los ex cónyuges. La idea fue que terminado el matrimonio desapareciera la posibilidad de nuevos conflictos entre las partes. Así lo prueban algunas intervenciones en la discusión de la ley. Al respecto, por ejemplo, la Ministra Delpiano opinó que "no podría solicitarse indemnización de perjuicios cuando el divorcio responde al cese de la convivencia. Si alguno de los cónyuges es culpable, se determinará al invocar la causal respectiva en el juicio de divorcio, pero si no se invocó, no se puede seguir aduciendo culpas eternamente, porque las rupturas, en términos generales, tienen causas subjetivas y es muy difícil determinar culpabilidades", y el Ministro de Justicia de la época, José Antonio Gómez, expresó que "desde el momento que se produce la ruptura de un matrimonio, debería evitarse que la relación se extienda en el tiempo, porque tenderá a deteriorarse cada vez más".¹¹⁴

Finalmente, debo expresar que no soy partidario de estas demandas, pues creo que los problemas de la pareja que motivaron el divorcio deben tener un término. Creo, además, que estos juicios pueden conducir a situaciones escandalosas, en que se discutan aspectos íntimos de la pareja que no parece sano ventilar públicamente y que pueden producir daños no sólo a los cónyuges, sino a todo el núcleo familiar. Por lo demás, como lo reconoce la mayor parte de la doctrina, en los problemas matrimoniales es difícil atribuir la culpa a uno solo. Lo normal es que si el matrimonio ha hecho crisis, ha sido porque ambas partes pusieron lo suyo para que así ocurriera.

¹¹⁴ Diario de Sesiones del Senado, sesión 11 de 9 de julio de 2003, pág. 1615.

132. DIVORCIO OBTENIDO EN EL EXTRANJERO. Recordemos que en la ley antigua, esta materia estaba tratada en el artículo 120 del Código Civil: “El matrimonio disuelto en territorio extranjero en conformidad a las leyes del mismo país, pero que no hubiera podido disolverse en Chile según las leyes chilenas, no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse en Chile, mientras viviere el otro cónyuge”. Cabe recordar que esta norma creaba varios problemas, como, por ejemplo, si se aplicaba sólo a los matrimonios de chilenos o también a los matrimonios mixtos de chileno con extranjero.

La Ley N° 19.947, derogó este artículo 120 y pasó a regular esta materia en el artículo 83, que trata dos aspectos:

a) En el inciso 1° establece que “El divorcio estará sujeto a la ley aplicable a la relación matrimonial al momento de interponerse la acción”. ¿Cuál es esa ley aplicable a la relación matrimonial? Patricio Aguirre Veloso, relacionando los artículos 83 inciso 1° y 84, concluye que la legislación competente para resolver las cuestiones relativas a la terminación del matrimonio por divorcio es la misma aplicable en materia de efectos, y sería la chilena. Explica que “esta conclusión se obtiene luego de examinar la historia fidedigna de establecimiento de la disposición. “En ella –agrega– queda claramente demostrado que la alusión en la norma a ‘la ley aplicable a la relación matrimonial’ debe entenderse referida a la ley aplicable a los efectos del matrimonio”. Apoya su argumentación en el hecho de que el profesor Enrique Barros Bourie –el autor intelectual de los artículos 80 a 84 de la ley– así lo señaló en una minuta explicativa de su propuesta enviada a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, con fecha 5 de diciembre de 2002.¹¹⁵

b) El inciso 2° se refiere a un segundo aspecto: “las sentencias de divorcio y de nulidad de matrimonio dictadas por tribunales extranjeros serán reconocidas en Chile conforme a las reglas generales que establece el Código de Procedimiento Civil. Dicho en otras palabras, para cumplir esas sentencias en

¹¹⁵ Patricio Aguirre Veloso, “Derecho Internacional privado del matrimonio y reconocimiento de sentencias extranjeras sobre divorcio y nulidad en la Ley N° 19.947”, *El nuevo derecho chileno del matrimonio*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pág. 322.

Chile deberá obtenerse el exequátur de la Corte Suprema, para lo cual deberá acompañarse una copia debidamente legalizada de la sentencia.

Los incisos siguientes del artículo 83 privan de valor a las sentencias de divorcio extranjeras, en los siguientes casos:

a) cuando no ha sido declarado por resolución judicial (art. 83 inc. 3°). No se admite entonces el divorcio administrativo que contemplan algunas legislaciones, como ocurre, por ejemplo, con la de Japón y de Colombia;

b) cuando se oponga al orden público chileno (art. 83 inc. 3°);

c) cuando se ha obtenido con fraude a la ley (art. 83 inc. 4°). Con el objeto de evitar que las personas domiciliadas en Chile se vayan a divorciar al extranjero para eludir las limitaciones que establece la nueva ley, la norma señala que “se entenderá que se ha actuado en fraude a la ley cuando el divorcio ha sido declarado bajo una jurisdicción distinta a la chilena, a pesar de que los cónyuges hubieran tenido domicilio en Chile durante cualquiera de los tres años anteriores a la sentencia que se pretende ejecutar, si ambos cónyuges aceptan que su convivencia ha cesado a lo menos ese lapso, o durante cualquiera de los cinco años anteriores a la sentencia, si discrepan acerca del plazo de cese de la convivencia. El acuerdo o la discrepancia entre los cónyuges podrá constar en la propia sentencia o ser alegado durante la tramitación del exequátur”. Nótese que este inciso 4° establece una presunción de derecho de fraude a la ley.

Aunque la norma tiene una redacción confusa, es claro que lo que pretende es evitar que los interesados en el divorcio viajen a hacerlo al extranjero para eludir el plazo de cese de la convivencia que les exige la legislación chilena.

133. REGLAS COMUNES A CIERTOS CASOS DE SEPARACIÓN, NULIDAD Y DIVORCIO. El Capítulo VII de la ley, artículos 61 y siguientes, contiene reglas aplicables: al divorcio, nulidad y algunos tipos de separación. Éstas son:

a) La relativa a la compensación económica en los casos de divorcio o nulidad (no procede en el caso de separación judicial);

b) La relativa a la conciliación;

c) La referente a la mediación.

134. DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA. Esta materia la trata el párrafo 1º del Título VII, artículos 61 al 66. Constituye uno de los aspectos más interesantes de la ley y, a la vez, es el que implica mayor peligro. Interesante, pues persigue un objetivo de justicia: que el divorcio o la nulidad no deje a un cónyuge en una situación económica desmedrada, para que pueda seguir viviendo con un mínimo de dignidad. Peligroso, porque si los tribunales no manejan con prudencia esta parte de la ley, puede llegar a constituir un freno a lo que se pretende, que es que las parejas que han cesado su convivencia por largo tiempo puedan separarse, sea por la vía de la nulidad, sea por la vía del divorcio.¹¹⁶

Si se revisan los fallos sobre divorcio dictados desde que entró en vigencia la Ley N° 19.947, se podrá observar que la mayoría de los problemas que ha generado su aplicación dicen relación con esta materia.

135. CONCEPTO DE COMPENSACIÓN ECONÓMICA. Es el derecho que asiste al cónyuge más débil –normalmente la mujer– a que se le compense el menoscabo económico que, producido el divorcio o la nulidad, experimentará por no haber podido desarrollar durante el matrimonio una actividad remunerada o lucrativa, o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar. Así aparece del artículo 61. “Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa”.

Es importante acotar que cuando se incorporó esta institución en el Senado, el artículo que corresponde al actual 61 hablaba

¹¹⁶ En el CC español también se contiene la misma idea. El artículo 97 establece que el cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución, teniendo en cuenta entre otras las siguientes circunstancias (circunstancias muy parecidas a las que establece el artículo 62 de la Ley N° 19.947).

de “*dedicación preferente*” (al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar). Pero hubo reparos de varios senadores (Aburto, Moreno, Espina) sobre el alcance de esta frase, estimándola imprecisa, ya que no quedaba claro cómo se determinaba. Por ello se la eliminó, dejando la solución entregada al criterio del juez.

En el Código Civil español –art. 97– se contempla la misma idea, cuando el divorcio o la separación han producido un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento de su situación anterior en el matrimonio, obligando al que queda en mejor situación a pagar *una pensión*, que se debe ir reajustando, que puede después substituirse por un usufructo, por la constitución de una renta vitalicia o por la entrega de un capital en bienes o en dinero. La pensión o las bases fijadas pueden ser modificadas por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge (art. 100 del CC español). En el Código Civil argentino también existen normas sobre la materia, el art. 207 que establece que el cónyuge que hubiere sido causante de la separación o del divorcio debe contribuir a que el otro, si no dio también lugar a la separación, mantenga el nivel económico del que gozaron durante su convivencia e incluso, en el caso de enfermedad, se establece la obligación de contribuir a los gastos médicos, pasando esta obligación a la sucesión. Como se puede observar, en estas dos legislaciones la compensación se produce mediante el pago de una pensión que se puede modificar si cambia la situación patrimonial de las partes. No es esa la solución que da la Ley N° 19.947, como lo veremos luego.

136. ORIGEN DE LA INSTITUCIÓN. La compensación económica no formaba parte del proyecto enviado por el Ejecutivo al Parlamento ni tampoco del que aprobó la Cámara de Diputados. Fue incorporada con posterioridad en el Senado. Examinando la historia fidedigna de la ley (en especial el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, que aparece como anexo en el Diario de Sesiones del Senado correspondiente a la sesión 11 del 9 de julio del 2003, correspondiente a la Legislatura Ordinaria N° 349, se encuentran dos antecedentes que constituyen el origen de esta institución. El primero corresponde a una indicación de los senadores Chadwick, Romero y Diez al artículo 48 inciso 2º; y el segundo, a otra indicación formulada

por el Ejecutivo al artículo 38 del proyecto. Según la primera, “el presunto cónyuge que hubiere contraído (nupcias) de buena fe y que haya tenido a su cargo el cuidado cotidiano del hogar o de los hijos comunes, tendrá derecho a solicitar que el otro cónyuge le proporcione alimentos durante un plazo que no excederá de 5 años, contados desde que quede ejecutoriada la sentencia que declare la nulidad”; y, de acuerdo a la segunda, “deberá evitarse que, como consecuencia del divorcio, alguno de los cónyuges quedare imposibilitado de su mantención, considerando las resultas de la liquidación del régimen matrimonial de bienes que existiere, o el estado de separación de bienes, la existencia de bienes familiares y la eventual provisión de alimentos que hubiere existido entre ellos” (inc. 1^º). “Si el divorcio generare una situación de esa naturaleza, el tribunal podrá adoptar una o más de las siguientes medidas a favor del cónyuge afectado... c) “Determinar el pago de un monto o de una pensión compensatoria por un período de tiempo que no exceda de los cinco años, contados desde la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia que declare el divorcio”. “Las medidas se adoptarán a petición de parte, pudiendo solicitarse en forma conjunta a la demanda de divorcio o por vía reconvenzional en el mismo procedimiento. En ambos casos deberá resolverse en la sentencia definitiva”. “Para acceder a la solicitud y precisar la medida el tribunal deberá considerar especialmente lo siguiente...”. Y a continuación señala una serie de factores semejantes a los que contempla el artículo 62 de la ley (duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges, la edad, estado de salud y capacidad económica de ambos cónyuges).

137. NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA. La historia de la ley no es clara respecto a cuál es exactamente la naturaleza jurídica de la compensación económica. Ello hace que no haya uniformidad en la opinión de quienes tratan el punto en la doctrina nacional.

En los orígenes de la discusión en el Senado tuvo una clara connotación alimenticia, como lo demuestra la indicación de los senadores Chadwick, Diez y Romero, “el presunto cónyuge que hubiere contraído de buena fe y que haya tenido a su cargo el cuidado cotidiano del hogar o de los hijos comunes, tendrá derecho

a solicitar que el otro cónyuge le proporcione *alimentos* durante un plazo que no excederá de cinco años contados desde que quede ejecutoriada la sentencia que declara la nulidad”. Posteriormente, en la Comisión de Constitución del Senado, el senador Espina formuló una indicación que confirmaba este carácter alimenticio al establecer que cuando, como consecuencia del divorcio, uno de los cónyuges quedare privado de los medios necesarios para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social, se podría constituir derechos de usufructo, uso o habitación en su favor o decretar que el otro cónyuge le pague en una o varias cuotas una suma única de dinero o le pague una renta periódica, que se reputarían alimentos para todos los efectos legales. Al parecer una de las razones para darle este carácter era evitar que fuera tributable.¹¹⁷

Durante la tramitación del proyecto, se abandonó la idea de darle un carácter alimenticio, estimando que lo que se perseguía era reparar el menoscabo económico que podía sufrir uno de los cónyuges a consecuencia de la separación. Así lo dejan de manifiesto algunas intervenciones, como la del senador Viera-Gallo y de la Ministra del Sernam. Esta última precisó que “si uno de los cónyuges se dedicó al cuidado de los hijos, las prestaciones de que se trata deben considerarse una compensación económica por el lucro cesante que le significó no poder trabajar por muchos años”.¹¹⁸ Carmen Domínguez explica que “en la pérdida patrimonial se pretende cubrir, por un lado, el desequilibrio económico entre los cónyuges que le impide a uno enfrentar la vida futura de un modo independiente, y, por otro lado –de modo más discutible, pero a falta de precisión del régimen en la ley, atendible y dentro de esa desigualdad– al costo de oportunidad laboral, esto es, la imposibilidad o disminución de inserción en la vida laboral que el cónyuge ha experimentado por haberse dedicado a su familia”. Agrega que “este costo podría asemejarse a la idea de lucro cesante, pero sólo por aproximación, porque no apunta a lo dejado de obtener, sino a una oportunidad de obtener, que es distinto...”.¹¹⁹

¹¹⁷ Javier Barrientos y Aránzazu Novales Alquézar, ob. cit., pág. 416.

¹¹⁸ Informe 1759-18, pág. 1615.

¹¹⁹ Carmen Domínguez Hidalgo, “El convenio regulador y la compensación económica: una visión en conjunto”, Matrimonio Civil y Divorcio, Cuadernos de Extensión Jurídica de la Universidad de los Andes, pág. 107.



Álvaro Vidal Olivares, por su parte, afirma que “la compensación económica no constituye una forma de responsabilidad civil; ella es una obligación impuesta por la ley a uno de los cónyuges que tiene por objeto corregir el menoscabo económico que como efecto inmediato produce el divorcio o la nulidad, agregando que “al momento de contraer matrimonio cada uno de los cónyuges tendrá que contar con la posibilidad que si el otro cónyuge durante su vigencia deja de desarrollar una actividad remunerada por dedicarse a la familia y sobreviene su terminación, podrá quedar obligado, atendidas ciertas circunstancias, a pagar una suma de dinero o una prestación suficiente para que el beneficiario rehaga su vida separada y consiga un *status* económico autónomo adecuado al que poseía durante el matrimonio”.¹²⁰

Para el profesor Carlos Pizarro Wilson, la explicación más adecuada es estimar que tiene por objeto compensar el enriquecimiento injusto de un cónyuge a expensas del otro, como consecuencia de haberse dedicado uno de ellos a los hijos o a las tareas del hogar sin poder desarrollar una actividad remunerada durante el matrimonio o haberlo hecho en menor medida de que lo que podía o quería. Agrega que “el legislador no distingue para admitir la procedencia de la compensación si el demandante de la compensación decidió por sí mismo no trabajar o no tenía más alternativa. El hecho objetivo de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a trabajar en menor medida conlleva un menoscabo económico que debe compensarse”.¹²¹

138. RUBROS A LOS QUE HAY QUE ATENDER PARA SU FIJACIÓN. El artículo 62, señala varios factores que se deben considerar para fijar el quantum de esta compensación: duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges –nótese no sólo la duración del matrimonio, sino también la duración de la vida en común–; la buena o mala fe, la edad y estado de salud del cónyuge beneficiario; su situación previsional y beneficios de salud; su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral,

¹²⁰ Ob. cit., pág. 250.

¹²¹ Carlos Pizarro Wilson, “La compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil”. Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil. Seminario, Academia Judicial de Chile, pág. 73.

colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge. Estos rubros no son taxativos, pues el artículo 62 dice que ellos se deben considerar “especialmente”.

139. OBLIGACIÓN DEL JUEZ DE INFORMAR A LOS CÓNYUGES SOBRE LA POSIBILIDAD DE PEDIR COMPENSACIÓN ECONÓMICA. El artículo 64 inciso 2° establece que “Si no se solicitare en la demanda (la compensación económica), el juez informará a los cónyuges la existencia de este derecho durante la audiencia de conciliación”. Al respecto la Corte de Antofagasta (causa rol 372-2006) ha estimado que si el tribunal no cumple con esta obligación incurre en el vicio de casación de forma contemplado en el artículo 768 N° 9 del Código de Procedimiento Civil.¹²²

140. DETERMINACIÓN DE LA PROCEDENCIA Y MONTO DE LA COMPENSACIÓN.¹²³ Puede fijarse de dos maneras: a) por acuerdo de las partes o b) judicialmente, a falta de acuerdo.

a) *fijación por las partes.* Dice el artículo 63: “La compensación económica y su monto y forma de pago, en su caso, serán convenidos por los cónyuges, si fueren mayores de edad, mediante acuerdo que constará en escritura pública o acta de avenimiento, las cuales se someterán a la aprobación judicial;

b) *fijación por el tribunal.* Si no hay acuerdo, se fija judicialmente (art. 64). Se puede pedir esta determinación en la demanda o con posterioridad, para lo cual el tribunal informará a los cónyuges sobre la existencia de este derecho durante la audiencia de conciliación. Si el juez acoge la demanda de nulidad o de divorcio, debe pronunciarse sobre la compensación económica en la sentencia. Nos parece que si el tribunal aprueba la compensación económica en la audiencia respectiva, no es necesario que lo haga nuevamente en la sentencia.

141. FORMA DE PAGO DE LA COMPENSACIÓN. De acuerdo al artículo 65, en la misma sentencia el juez debe señalar la forma de pago

¹²² Cit. en libro *Jurisprudencia y Divorcio*, de Carolina Montecinos Fabio, Edit. Punto Lex, pág. 164.

¹²³ No procede fijar como compensación económica una renta vitalicia, Revista Leyes y Sentencias, N° 32, pág. 18.



de la compensación, para lo cual podrá establecer las siguientes modalidades:

a) disponer la entrega de una suma de dinero, acciones u otros bienes. Si se establece una suma de dinero, podrá el juez fijar una o varias cuotas reajustables,¹²⁴ debiendo el tribunal adoptar las seguridades para su pago, o

b) constituir un derecho de usufructo, uso o habitación respecto de bienes que sean de propiedad del cónyuge deudor. La constitución de estos derechos no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario hubiere tenido a la fecha de su constitución, ni aprovechará a los acreedores que el cónyuge beneficiario tuviere en cualquier tiempo (de aquí se deduce que es un derecho personalísimo del cónyuge titular).

Si el deudor no tuviere bienes suficientes para solucionar el monto de la compensación mediante las modalidades señaladas, el juez puede dividirlo en cuantas cuotas fueren necesarias, para lo cual tomará en consideración la capacidad económica del cónyuge deudor y expresará el valor de cada cuota en alguna unidad reajutable (art. 66).

142. EN EL CASO DEL DIVORCIO SANCIÓN, SE DEBE CONSIDERAR, PARA LA FIJACIÓN DE LA COMPENSACIÓN, LA CULPABILIDAD DEL CÓNYUGE. El artículo 62 en su inciso 2º establece que "si se decretare el divorcio en virtud del artículo 54, el juez podrá denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal, o disminuir prudencialmente su monto".

En España nada se dice sobre el punto, no así en Argentina, en que se contemplan dos situaciones: 1) el cónyuge que *hubiere dado causa a la separación* personal (en palabras nuestras, el que hubiere dado lugar al divorcio por su culpa) deberá contribuir a que el otro mantenga el nivel económico de que gozaron durante su convivencia (art. 207 C. Civil argentino), y 2) los cónyuges aun *cuando sean culpables* de la separación tienen derecho a que el otro, si tuviere medios, le provea lo necesario para su subsistencia (art. 209 del C. Civil argentino).

¹²⁴ Ver Revista Leyes y Sentencias, N° 34, pág. 57.

143. CUANDO LA COMPENSACIÓN SE FIJA EN CUOTAS, PARA LOS EFECTOS DEL CUMPLIMIENTO, ÉSTAS SE ASIMILAN A LOS ALIMENTOS (ART. 66 INCISO FINAL). Estas cuotas se consideran *alimentos para el efecto de su cumplimiento*, a menos que se hubieren ofrecido otras garantías para su efectivo y oportuno pago, lo que se declarará en la sentencia (art. 66). Por consiguiente, para su pago el cónyuge deudor puede ser apremiado con multas.¹²⁵ Destacamos que estas cuotas no constituyen una pensión alimenticia. Así lo aclaró la Ministra Delpiano al responder a una pregunta del senador Diez. Se la considera alimentos únicamente para los efectos del cumplimiento por lo que a) no rige la limitación contenida en el artículo 7º de la Ley N° 14.908, de que no puede exceder del 50% de las rentas del deudor; b) una vez fijada, no se debe alterar por circunstancias sobrevinientes, por ejemplo, si el cónyuge que tiene que pagar queda cesante, tiene nuevos hijos o mejora su condición económica por cualquier razón, y c) por no constituir una obligación alimenticia, si el deudor no cumple, no se le puede apremiar con arrestos.

144. COMPENSACIÓN ECONÓMICA Y RÉGIMEN MATRIMONIAL. Se ha planteado si procede la compensación económica cuando existe una elevada masa de bienes provenientes de la disolución de la sociedad conyugal. La doctrina en este punto está muy dividida. Podemos observar tres posiciones muy definidas: a) Para un primer grupo, procede la compensación económica, con prescindencia del régimen matrimonial; b) Para un segundo, si los cónyuges estaban casados en un régimen participativo (sociedad conyugal o participación en los gananciales), no cabe la compensación, y c) finalmente, hay quienes piensan que la existencia de gananciales no obsta a la compensación, pero es un elemento que se debe considerar para la determinación de su monto.

Para el primer grupo, cualquiera sea lo que le pueda corresponder al cónyuge más débil a título de gananciales, de

¹²⁵ Al no ser alimentos, no procede apremiarlo con arresto, en conformidad al art. 7 N° 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, que sólo admite los arrestos en el caso del no pago de pensiones alimenticias.

todas formas tiene derecho a la compensación económica, si cumple los requisitos del artículo 61. Ello, porque los gananciales quedan determinados al momento de la disolución de la sociedad conyugal, pero el menoscabo económico que se debe indemnizar es el que va a experimentar a futuro el cónyuge que durante la vigencia del matrimonio, por dedicarse al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería. Dentro de este grupo podemos citar a Carmen Domínguez¹²⁶ y Carlos Pizarro Wilson.¹²⁷

En el segundo grupo podemos mencionar al profesor Gustavo Cuevas, quien afirma que "el régimen patrimonial de sociedad conyugal repara satisfactoriamente a la mujer, por lo que en principio no debería proceder la indemnización reparatoria, salvo renuncia parcial de la mujer a los gananciales en las capitulaciones matrimoniales o intangibilidad de los bienes que queden en comunidad y que hagan difícil para la mujer su liquidación". (Indemnizaciones reparatorias de la nueva Ley de Matrimonio Civil (Nº 19.947) y regímenes matrimoniales.)

En el tercer grupo podemos mencionar a Álvaro Rodrigo Vidal Olivares,¹²⁸ Paulina Veloso Valenzuela,¹²⁹ y Mauricio Tapia R.¹³⁰

Personalmente me incluyo en este último grupo, con lo que quiero indicar que la existencia de gananciales no excluye el derecho del cónyuge más débil para demandar compensación económica. Pero la existencia de esos gananciales debe ser considerada para el cálculo de la compensación, pues el artículo 62 de la ley señala, entre los rubros que se deben tomar en cuenta para su determinación, "la situación patrimonial de ambos" y, naturalmente, si el cónyuge débil obtuvo gananciales importantes,

¹²⁶ Ob. cit., pág. 118.

¹²⁷ La compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil chilena. Revista Chilena de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, pág. 83.

¹²⁸ "La compensación por menoscabo económico en la Ley de Matrimonio Civil", pág. 33.

¹²⁹ "Algunas reflexiones sobre la compensación económica". Revista Actualidad Jurídica, Nº 13, enero 2006, Universidad del Desarrollo, pág. 171.

¹³⁰ "La compensación económica en la Ley de Divorcio". La Semana Jurídica Nº 271.

su situación patrimonial será mejor, por lo que la compensación económica debe ser menor.

145. SITUACIÓN TRIBUTARIA DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA. Se ha resuelto por el Servicio de Impuestos Internos que la compensación económica no constituye renta sujeta a tributación.¹³¹

146. DE LA CONCILIACIÓN ESPECIAL. El artículo 67 establece que solicitada la separación o el divorcio –nótese que no procede en el caso de las demandas de nulidad– se debe llamar a las partes a una audiencia de conciliación especial, con dos objetivos: tratar de superar el conflicto de la pareja y, además, acordar las medidas relativas a los alimentos de los cónyuges e hijos, su cuidado personal, la relación directa y regular que mantendrá con ellos el padre o la madre que no los tenga a su cuidado, y el ejercicio de la patria potestad. A esta audiencia se debe comparecer personalmente, pudiendo apremiarse al cónyuge que se niegue a asistir sin causa justificada. El juez debe instar a las partes a la conciliación y proponerles bases de arreglo que se ajusten a las expectativas de cada parte.

Esta conciliación especial es un trámite esencial, de tal suerte que su incumplimiento constituye un vicio de casación de forma (768 Nº 9 del Código de Procedimiento Civil). Así se ha fallado.¹³²

147. DE LA MEDIACIÓN. Se debe ordenar por el tribunal si las partes lo piden. No cabe mediación en las causas de nulidad (art. 71).

Si las partes no la solicitan, puede ordenarla el tribunal –a menos que la estimara inútil– al término de la audiencia de conciliación. Para ello citará a las partes a una audiencia para proceder a la designación del mediador que, si no es elegido de común acuerdo, lo debe nombrar el tribunal de inmediato de entre los que figuren en un Registro de Mediadores que debe llevar el Ministerio de Justicia.

¹³¹ Boletín Oficial del Servicio de Impuestos Internos Nº 625, diciembre de 2005, oficios números 4605 y 4606 del 18 de noviembre de 2005.

¹³² Corte de Antofagasta, 13 de julio de 2006, Revista Leyes y Sentencias, Nº 22, pág. 65; Corte de Santiago, 13 de julio de 2006, Gaceta Jurídica, Nº 313, pág. 189.

La mediación presenta las siguientes *características*:

a) debe hacerse por profesionales idóneos, que aparezcan en un Registro elaborado por el Ministerio de Justicia, salvo que los mediadores sean designados de común acuerdo por las partes;

b) es voluntaria en el sentido que basta que alguna de las partes, citadas por dos veces, no concurra a la audiencia del mediador, para que ésta se estime frustrada;

c) los acuerdos que deriven de la mediación son voluntarios;

d) el proceso de mediación tiene plazo de duración: no puede demorar más de 60 días desde que el mediador haya recibido la comunicación del tribunal que lo designó, pero los cónyuges, de común acuerdo, pueden pedir ampliación del plazo hasta por otros 60 días;

e) puede ser gratuita o remunerada. En este último caso, su costo será de cargo de las partes, siendo los honorarios máximos los establecidos en un arancel que dictará mediante decreto, el Ministerio de Justicia. Los que gocen de privilegio de pobreza o sean patrocinados por la Corporación de Asistencia Judicial recibirán atención gratuita.

148. DISPOSICIONES TRANSITORIAS DE LA LEY N° 19.947. La Ley N° 19.947 contiene varios artículos transitorios referentes a las normas procesales por las que se deben regir los juicios de separación judicial, de nulidad de matrimonio y de divorcio mientras no se encuentren instalados los tribunales de familia, esto es, con anterioridad al 1° de octubre de 2005; a la legislación aplicable a los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.947 (anteriores al 18 de noviembre de 2004); a lo que ocurre con los juicios de nulidad de matrimonio y de divorcio perpetuo o temporal iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia de la referida Ley N° 19.947; a la situación de los que a la fecha de entrada en vigencia de la ley se encuentran divorciados temporal o perpetuamente. Finalmente, el artículo 7° transitorio señala que las incapacidades referidas a los imputados que se establecen en los artículos 7° y 78 de la Ley de Matrimonio Civil se entenderán hechas a los procesados en las causas criminales seguidas por hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la reforma procesal penal en la región respectiva.

149. TRIBUNAL COMPETENTE Y PROCEDIMIENTO PARA CONOCER DE LAS ACCIONES DE SEPARACIÓN JUDICIAL, NULIDAD O DIVORCIO. El artículo 1° transitorio, disposición primera, reguló lo relativo al tribunal competente y al procedimiento en los juicios de separación judicial, nulidad de matrimonio y divorcio mientras no se encontraren instalados los juzgados de familia.

150. PROCEDIMIENTO PARA LOS JUICIOS DE SEPARACIÓN JUDICIAL DEMANDADA CONJUNTAMENTE POR AMBOS CÓNYUGES. La disposición segunda del artículo 1° transitorio establece que "Cuando los cónyuges solicitaren conjuntamente que se declare su separación judicial, de conformidad al artículo 27 (cuando ha cesado la convivencia entre ellos) el procedimiento se sustanciará en conformidad a las reglas del Título I del Libro IV del Código de Procedimiento Civil. (Disposiciones generales de los actos judiciales no contenciosos), y el juez resolverá con conocimiento de causa.

151. PROCEDIMIENTO POR LOS QUE SE REGIRÁN LOS PROCESOS DE SEPARACIÓN JUDICIAL, NULIDAD DE MATRIMONIO Y DIVORCIO. Salvo la excepción contemplada en el punto anterior, los juicios de separación judicial, nulidad de matrimonio y divorcio se regirán por el procedimiento establecido en la disposición tercera del artículo 1° transitorio, esto es, por las reglas del juicio ordinario con algunas modificaciones, entre otras, las siguientes: no proceden los trámites de réplica ni dúplica; las excepciones dilatorias deben deducirse en la contestación de la demanda y se tramitarán junto a las demás excepciones en forma conjunta con la cuestión principal; la prueba confesional no es suficiente para acreditar la fecha de cese de la convivencia entre los cónyuges; la prueba se rendirá en el plazo y forma establecidos para los incidentes, se apreciará de acuerdo a las reglas de la sana crítica y vencido el término probatorio el tribunal de inmediato citará a las partes para oír sentencia; la apelación de la sentencia definitiva se concederá en ambos efectos, no se esperará la comparecencia personal de las partes y tendrá preferencia para la vista de la causa. La apelación de las demás resoluciones se concederá en el solo efecto devolutivo.



152. LEGISLACIÓN APLICABLE A LOS MATRIMONIOS CELEBRADOS CON ANTERIORIDAD A LA VIGENCIA DE LA NUEVA LEY. De acuerdo al artículo 2º transitorio, las personas casadas con anterioridad a la vigencia de la nueva ley podrán separarse judicialmente, anular sus matrimonios y divorciarse en conformidad a las disposiciones de la nueva ley, con las siguientes salvedades:

a) Las formalidades y requisitos externos del matrimonio y las causales de nulidad que su omisión origina se regirán por la ley vigente al tiempo de su celebración, pero los cónyuges no podrán hacer valer la causal de nulidad por incompetencia del oficial del Registro Civil contemplada en el artículo 31 de la anterior Ley de Matrimonio Civil;

b) No rigen para estas personas las limitaciones contempladas en los artículos 22 y 25 de la Ley de Matrimonio Civil, para acreditar el cese de la convivencia. Ello quiere decir que estas personas pueden acreditar el cese de la convivencia por otros medios distintos a los que señalan esas normas.

Para la cabal comprensión de lo que venimos diciendo es necesario recordar que para obtener el divorcio (salvo el caso contemplado en el artículo 54) se debe acreditar el cese de la convivencia entre los cónyuges (por uno o tres años, según los casos), y este cese sólo se puede probar por alguno de los siguientes medios:

1) por una escritura pública o acta extendida y protocolizada ante notario público, o acta extendida ante oficial del Registro Civil o transacción aprobada judicialmente, en que se hubiere dejado constancia del acuerdo a que arribaron los cónyuges sobre sus relaciones mutuas o de ellos con sus hijos, alimentos, cuidado personal y relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquel de los padres que no los tuviere a su cuidado;

2) por la notificación de la demanda que uno de los cónyuges deduce en contra del otro para que se regulen las materias recién indicadas, cuando no se lograron poner de acuerdo;

3) cuando no habiendo acuerdo ni demanda entre los cónyuges, alguno de ellos exprese su voluntad de poner fin a la convivencia a través de los instrumentos señalados en el artículo 22 (escritura pública, acta, transacción) o dejado constancia de dicha intención ante el juzgado correspondiente y esta circunstancia sea notificada al otro cónyuge.

Ahora bien, respecto de las personas casadas con anterioridad a la vigencia de la nueva ley, no es necesario que el cese de la convivencia se pruebe por alguno de estos medios, pudiendo recurrirse a los demás medios probatorios, salvo a la confesión. Será el juez en cada caso el que deberá resolver si la prueba rendida es suficiente.

Lo que se viene diciendo es del mayor interés, porque demuestra que quienes deseen divorciarse de inmediato pueden hacerlo probando que ya tienen cumplido el requisito del cese de la convivencia por el tiempo exigido por la ley.

153. PROCEDIMIENTO APLICABLE A LOS JUICIOS DE NULIDAD DE MATRIMONIOS Y DE DIVORCIO PERPETUO O TEMPORAL EN TRAMITACIÓN A LA FECHA EN QUE ENTRÓ EN VIGENCIA LA LEY Nº 19.947. Según los artículos 3º y 4º transitorios, estos juicios continuarán sustanciándose conforme al procedimiento vigente al momento de deducirse la demanda, salvo que las partes pidan se aplique el nuevo procedimiento.

154. TERMINADOS POR SENTENCIA EJECUTORIADA LOS JUICIOS DE DIVORCIO PERPETUO O TEMPORAL O NULIDAD DE MATRIMONIO, LAS PARTES NO QUEDAN IMPEDIDAS PARA EJERCER LAS ACCIONES PREVISTAS EN LA LEY NUEVA. Así lo establece el artículo 5º transitorio.

155. ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS QUE A LA FECHA DE ENTRAR EN VIGENCIA LA NUEVA LEY SE ENCONTRAREN DIVORCIADAS TEMPORAL O PERPETUAMENTE. El artículo 6º transitorio establece que las personas que con anterioridad a la vigencia de la nueva ley se hayan divorciado, temporal o perpetuamente, por sentencia ejecutoriada, tendrán el estado civil de separados y se regirán por lo dispuesto en ella para los separados judicialmente respecto del ejercicio de derechos y demás efectos anexos que tengan lugar después de su entrada en vigencia.

156. INCAPACIDAD DE LOS IMPUTADOS QUE SE ESTABLECEN EN LOS ARTÍCULOS 7º Y 78 DE LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL. Se entenderán hechas a los procesados en las causas criminales seguidas por hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la reforma procesal penal en la región respectiva (art. 7º transitorio).



René Ramos Pazos

DERECHO DE FAMILIA

TOMO I

Sexta edición actualizada

