

DERECHO FAMILIAR CHILENO

CRISTIÁN LEPIN MOLINA

Profesor Escuela de Derecho

Universidad de Chile



THOMSON REUTERS

260. DIVORCIO

La Ley de Matrimonio Civil de 1884 consagraba la figura del divorcio de forma temporal o perpetuo, permitiendo que los cónyuges suspendieran algunos de los deberes del matrimonio, como los de cohabitación o de fidelidad, en forma transitoria o permanente, dependiendo de las causales que se alegaban en juicio. Se trataba de una institución que no terminaba el vínculo matrimonial, en palabras de RAMOS, “... 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 veníamos 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 cinco años. Los efectos de uno y otro eran distintos, pero ninguno de los dos rompía el vínculo matrimonial”⁴⁵⁵.

Desde la dictación de la Ley de Matrimonio Civil hasta mayo de 2004 se presentaron siete proyectos de divorcio vincular, el primero fue presentado en 1917 por Ramón Briones Luco y el último por un grupo transversal de diputados integrado por los diputados(as) Sras. Aylwin y Allende y Sres. Barraeto, Cantero, Longton, Elgueta, Munizaga, Viera Gallo y Walker.⁴⁵⁶

Con la entrada en vigencia de la Nueva Ley de Matrimonio Civil, el 18 de noviembre de 2004, se incorpora como causal de término del matrimonio el divorcio vincular. En ese sentido, podríamos definir el divorcio como una forma de poner término al matrimonio, declarada judicialmente, por infracción de los deberes del matrimonio o por haber cesado la convivencia conyugal.

Según el Registro Civil, en el año 2006 se inscribieron 10.119 divorcios, que fue aumentando hasta alcanzar un número máximo el año 2009, con un total de 53.555 divorcios inscritos. Por último, el año 2014 se inscribieron en el Registro 47.253 divorcios⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ RAMOS PAZOS, René. *Derecho de Familia*, op. cit., p. 101.

⁴⁵⁶ Historia de la Ley, Boletín N° 1.759-18. Disponible en: www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/606/4/HL19947.pdf [citado 2016-07-15].

⁴⁵⁷ Registro Civil. *Estadísticas con enfoque de género*, op. cit.

Nuestro legislador reconoce un divorcio que en Derecho Comparado⁴⁵⁸ se conoce como “divorcio causado”, es decir, que para poder acceder al divorcio se debe acreditar en juicio una causal de las taxativamente señaladas por la ley. La NLMC establece dos grandes causales: a) la causal de divorcio por culpa, en las circunstancias descritas en el art. 54 de la NLMC; y, b) la causal de cese efectivo de la convivencia, cuya acción se puede ejercer de forma unilateral, acreditando un cese efectivo de la convivencia superior a 3 años, o de forma conjunta, caso en que tendrán que acreditar un plazo de 1 año de cese efectivo de la convivencia y acompañar un acuerdo completo y suficiente en los términos de los arts. 21 y 55 de la NLMC.

Existen distintos sistemas regulatorios del divorcio, los que podríamos resumir en dos: a) atendiendo a la autoridad que declara el divorcio, administrativo (Registro Civil o notario público) o judicial; y, b) atendiendo a si es necesario acreditar una causal legal, se distingue en divorcio causado e incausado. En este sentido, nuestro sistema es de un divorcio judicial (declarado por los Tribunales de Familia) y causado (por culpa o cese de la convivencia).

La tendencia en el Derecho Comparado es a prescindir de las causales y regular un divorcio incausado, por ejemplo, en España, las partes comparecen ante el tribunal y manifiestan la voluntad de divorciarse, sin tener que acreditar algo. Solo tienen que haber estado casados por más de tres meses (arts. 81 y 86 CC). Así, la doctrina española señala que “por aplicación del principio de libre desarrollo de la personalidad, se ha establecido como una única causa de separación y divorcio la mera voluntad de ambos cónyuges o de uno solo de ellos de no querer seguir conviviendo o de continuar casados (sin atribuir, pues, ninguna significación al posible incumplimiento de las obligaciones conyugales, ni exigir la acreditación de un periodo mínimo de cesación de la convivencia conyugal, como ocurría antes de la reforma). Ahora bien, si la separación o divorcio son solicitados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, la demanda solo podrá interponerse pasados tres meses desde la celebración del matrimonio (salvo que medien malos tratos, en cuyo caso no será necesario esperar al transcurso de dicho plazo)”⁴⁵⁹.

⁴⁵⁸ MIZRAHI, Mauricio. *Familia, matrimonio y divorcio*, op. cit., pp. 313 y ss.

⁴⁵⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón *et al.* *Derecho Civil II (Derecho de Familia)*, op. cit., pp. 88 y 89.

En Argentina, la profesora MEDINA señala que el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación “cambia el enfoque en la materia, eliminando el régimen de causalidad (con o sin atribución de culpabilidad) sustituyéndolo por un sistema incausado donde no se ventilan ante los Tribunales los hechos que motivaron la ruptura. Claro está que el divorcio siempre tendrá, como sostienen MIZRAHI y MEDINA, ‘causas’, pero ellas no serán de interés para los jueces”. Luego agrega que “en concordancia con ello se eliminan todas las restricciones de plazos que contenía el Cciv. El divorcio así regulado es entonces simplemente voluntario, y los cónyuges podrán expresar conjunta o unilateralmente esa decisión, sin necesidad de exponer o probar los motivos que los llevaron a ella. El único requisito indispensable para la tramitación de la causa será la presentación de un convenio regulador, aunque la falta de acuerdo sobre éste no impide al juez decretar el divorcio (arts. 436 y 438 del CCyCN)”⁴⁶⁰.

La Suprema Corte de México, en sentencia de 25 de febrero de 2015, en contradicción de tesis 73/2014, ha resuelto la inconstitucionalidad de la exigencia de causales en el divorcio, al señalar que “el libre desarrollo de la personalidad constituye la expresión jurídica del principio liberal de ‘autonomía de la persona’, de acuerdo con el cual al ser valiosa en sí misma la libre elección individual de planes de vida, el Estado tiene prohibido interferir en la elección de éstos, debiéndose limitar a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno elija, así como a impedir la interferencia de otras personas en su persecución. En el ordenamiento mexicano, el libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental que permite a los individuos elegir y materializar los planes de vida que estimen convenientes, cuyos límites externos son exclusivamente el orden público y los derechos de terceros. De acuerdo con lo anterior, el régimen de disolución del matrimonio contemplado en las legislaciones de Morelos y Veracruz (y ordenamientos análogos), que exige la acreditación de causales cuando no existe mutuo consentimiento de los contrayentes, incide en el contenido *prima facie* del derecho al libre desarrollo de la personalidad. En este sentido, se trata de una medida legislativa que restringe injustificadamente ese derecho fundamental, toda vez que no resulta idónea para perseguir ninguno de los límites que imponen los derechos de terceros y

⁴⁶⁰ MEDINA, Graciela y ROVEDA, Eduardo. *Derecho de Familia*, op. cit., p. 240.

de orden público. En consecuencia, los artículos 175 del Código Familiar para el Estado de Morelos y 141 del Código Civil para el Estado de Veracruz, en los cuales se establecen las causales que hay que acreditar para que pueda decretarse la disolución del matrimonio cuando no existe mutuo consentimiento de los cónyuges, son inconstitucionales. De acuerdo con lo anterior, los jueces de esas entidades federativas no pueden condicionar el otorgamiento del divorcio a la prueba de alguna causal, de tal manera que para decretar la disolución del vínculo matrimonial basta con que uno de los cónyuges lo solicite sin necesidad de expresar motivo alguno. No obstante, el hecho de que en esos casos se decrete el divorcio sin la existencia de cónyuge culpable no implica desconocer la necesidad de resolver las cuestiones familiares relacionadas con la disolución del matrimonio, como pudieran ser la guarda y custodia de los hijos, el régimen de convivencias con el padre no custodio, los alimentos o alguna otra cuestión semejante”.⁴⁶¹

En este sentido, en la última reforma al Código Civil español⁴⁶² se ha incorporado el divorcio administrativo. Así, la ley N° 15/2015, que incorpora, en los arts. 82⁴⁶³ y 87⁴⁶⁴ CC español, el divorcio notarial de mutuo acuerdo,

⁴⁶¹ Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Pest1/Attachments/95/73-2014-CT-PS-VP.pdf> [citado 2016-08-01].

⁴⁶² Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763> [citado 2016-08-01].

⁴⁶³ Código Civil español, art. 82: “1. Los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario, en el que, junto a la voluntad inequívoca de separarse, determinarán las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación en los términos establecidos en el artículo 90. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de separación.

Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que deban estar asistidos por Letrado en ejercicio, prestando su consentimiento ante el Secretario judicial o Notario. Igualmente los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el Secretario judicial o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar.

2. No será de aplicación lo dispuesto en este artículo cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores”.

⁴⁶⁴ Código Civil español, art. 87: “Los cónyuges también podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario, en la forma y con el contenido regulado en el artículo 82,

siempre que transcurran tres meses desde la celebración del matrimonio y presenten un convenio regulador conforme al art. 90 CC español.

Este tipo de divorcio nos parece aplicable solo si los cónyuges no tienen hijos o estos son mayores de edad. En caso contrario, sería necesaria la intervención judicial para velar por el interés superior de los hijos y, en nuestro país, se debería incluir también la protección del cónyuge más débil.

261. DIVORCIO POR CULPA

El divorcio por culpa o divorcio por sanción es una forma de poner término al matrimonio por la acreditación en juicio de una falta imputable a uno de los cónyuges, que importe una violación grave a los deberes del matrimonio o a sus deberes para con sus hijos. En esta materia, el legislador sigue dos modelos legislativos, al establecer una causal genérica, en el inc. 1º del art. 54 y, en el inc. 2º, un catálogo de causales, según analizaremos a continuación:

262. CAUSAL GENÉRICA

El art. 54 inc. 1º NLMC establece la denominada causal genérica, es decir, se establecen los requisitos que permiten a uno de los cónyuges alegar cualquier falta imputable a los deberes de matrimonio o a los deberes para con los hijos. Los requisitos de la causal genérica son los siguientes:

1º. Debe tratarse de una falta imputable. La falta puede consistir en una acción o en una omisión. Además, debe ser imputable. Es decir, se puede realizar a su respecto un juicio de reproche, en el sentido de que se trata de un acto voluntario y culpable de uno de los cónyuges. El art. 44 CC señala que culpa o descuido sin otra calificación significa culpa o descuido leve. Por su parte, culpa leve consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Para PEÑA, "... la imputabilidad (en el

debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas en él. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de divorcio".

contexto de un juicio de divorcio por culpa) supone un juicio normativo de culpa. En consecuencia, diríamos hay divorcio cuando se incumplen los deberes recíprocos que impone el matrimonio, o se incumplen los deberes para con los hijos, con culpa. O sea, cuando existe incumplimiento de los deberes para con los hijos que surgen de la conyugalidad o de la filiación, derivados del hecho que uno de los cónyuges no ajustó su conducta al *standard* habitual de culpa leve, que es el *standard* que rige las relaciones generales del Derecho Privado. Luego, no basta probar causalidad. Entiéndase bien. Tampoco basta probar voluntariedad de la acción o de la omisión. Es necesario probar que tanto la voluntariedad como la acción y la omisión y la causalidad no satisfacen el *standard* de cumplimiento que se exige en Derecho Privado, y que es el *standard* de culpa leve”.⁴⁶⁵ Por último, estimamos que no es procedente la regla del derecho patrimonial de compensación de culpa, es decir, si ambos cónyuges demandan recíprocamente de divorcio por culpa, el tribunal debería decretar igualmente el divorcio.⁴⁶⁶

2°. La falta debe ser grave, es decir, de una entidad importante. Para la Corte de Apelaciones de La Serena, “en relación a la noción de falta la ley no se ha ocupado de precisar este concepto, pero de acuerdo a su sentido natural y obvio y del contexto de la ley, debe entenderse que ella alude a una conducta que implica la ausencia del cumplimiento de un deber u obligación que impone el matrimonio...”.⁴⁶⁷

3°. Debe tratarse de una infracción a los deberes y obligaciones que impone el matrimonio entre los cónyuges (arts. 131 y siguientes CC) o de una obligación y deberes para con los hijos (el cuidado personal, art. 225 CC; la relación directa y regular, art. 229 CC, y los alimentos, arts. 321 y siguientes CC, y ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias).

⁴⁶⁵ PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. *Seminario Nueva Ley de Matrimonio Civil*, en serie Charla del Colegio de Abogados de Chile, Santiago, Chile, efectuada el martes 1 de junio de 2004, p. 63.

⁴⁶⁶ Cfr. PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. *Seminario Nueva Ley de Matrimonio Civil*, op. cit., p. 65.

⁴⁶⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena de 22 de agosto de 2006, en causa rol N° 905-2006, considerando 7°.

La única excepción la señala el art. 26 inc. 2º NLMC, que prescribe que no se puede invocar el adulterio cuando ha existido previamente una separación de hecho consentida por ambos cónyuges. *A contrario sensu*, si la separación no ha sido consentida por ambos, se puede alegar el adulterio y, con mayor razón, cualquier infracción al deber de fidelidad o de guardarse fe.

4º. Esta falta debe tornar intolerable la vida en común, lo que significa que el hecho que configura la causal debe ser el causante de la ruptura matrimonial, es decir, si ocurren los hechos y el cónyuge inocente no alega la causal, no podrá hacerlo si continúa su convivencia. En consecuencia, el hecho que genera la causal debe ser el motivo de la ruptura de la vida en común de los cónyuges. A diferencia del divorcio por cese, no requiere acreditar un plazo, solo que torne intolerable la vida en común. Así, la Corte de Apelaciones de Santiago ha resuelto que “esta incompatibilidad estriba en que el divorcio por culpa, también exige el cese de la vida en común, pero en este caso en particular no se produce por una simple ruptura con separación de cuerpos, sino que ella está motivada por una razón específica, motivo por el cual prevalece sobre el simple cese de la convivencia y no porque la ley lo diga, sino por una cuestión de lógica y sentido común, ya que el artículo 54 al exigir como presupuesto que la falta imputable al otro cónyuge, torne intolerable la vida en común, está haciendo alusión directa al cese de la convivencia, pero por un motivo específico y no genérico, como exige el artículo 55 de la Ley de Matrimonio Civil”.⁴⁶⁸

Según BARRIENTOS, “la Ley de Matrimonio Civil no ofrece ningún criterio específico para precisar la noción de ‘intolerable’, que es voz opuesta a la de ‘tolerable’ y a su nombre verbal ‘tolerar’, las que en derecho civil siempre están ligadas a la idea de admitir una cierta situación que envuelve, en definitiva, sufrir o padecer una cierta carga, como lo denotan las cinco ocasiones en el que el *Código Civil* recurre a ellas: así, frente a la regla que impide que lo (sic) edificios ocupen cualquier espacio de lugares de propiedad nacional, puede haberse ‘tolerado la práctica contraria’, es decir, dichos bienes pueden padecer la carga de unos edificios que los ocupen (art. 600 Cc); del mismo modo, el usufructuario es responsable de las servidumbres

⁴⁶⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 29 de agosto de 2011, en causa rol Nº 170-2011, considerando 6º.

que ‘por su tolerancia’ haya dejado adquirir sobre el predio fructuario, esto es, la tolerancia se liga al sufrimiento de un gravamen (art. 802 Cc), y en igual sentido pueden leerse los artículos 2195 y 2499 del Código Civil. En dicho contexto, no tolerable o intolerable, necesariamente, implica la idea de no soportar, padecer o sufrir unos determinados hechos como, por lo demás, se desprende de los lugares respectivos del *Diccionario* de la Academia, cuando sienta que ‘tolerar’ es ‘sufrir, llevar con paciencia’ y que ‘intolerable’ significa ‘que no se puede tolerar’⁴⁶⁹.

263. CATÁLOGO DE CAUSALES

El art. 54 inc. 2º NLMC contiene un catálogo no taxativo de causales, así lo señala el legislador al utilizar la frase “entre otros casos”. De todas formas, la causal es una sola, el catálogo solo describe cuáles conductas, a juicio del legislador, reúnen los requisitos señalados en la denominada causal genérica. Así lo ha entendido la Corte de Apelaciones de Santiago, al señalar que “... la Ley de Matrimonio Civil contempla una sola causal de divorcio por culpa o divorcio/sanción, que no es otra que la prevista en el inciso primero de esa norma. Acto seguido y solo a modo ejemplar, se especifican determinados casos en los cuales puede entenderse configurado el motivo de divorcio. Empero, dar lugar a la terminación del matrimonio es menester que respondan a la idea matriz que inspira la causal examinada”⁴⁷⁰.

Se incurre en dicha causal cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos:

a) Atentados contra la vida o malos tratamientos graves de la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos. Esta causal se configura con un hecho grave que atenta contra la integridad física o psíquica del cónyuge o los hijos. No es necesario que exista una sentencia condenatoria por violencia intrafamiliar, si existiera facilitaría la actividad probatoria de la parte demandante.

⁴⁶⁹ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. *Derecho de las personas. El Derecho Matrimonial*, op. cit., p. 677.

⁴⁷⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 17 de junio de 2011, en causa rol Nº 1462-2010, considerando 2º.

Los hechos constitutivos del maltrato se pueden probar por cualquier medio probatorio en conformidad a la ley. Las denuncias realizadas ante la policía no son suficiente prueba de la violencia, ya que solo se trata de la declaración de la misma “víctima”.

La violencia puede ser contra el cónyuge o contra los hijos, si atenta contra la vida de otro pariente del cónyuge demandante no se configura la causal en comento, pero se puede configurar la causal genérica, ya analizada.

En este sentido, BARRIENTOS señala que “en plena coherencia con la tipificación genérica de la causa de divorcio que realiza el inciso 1° del artículo 54 de la ley, no se exige la reiteración de los malos tratamientos para que se incurra en la causa de divorcio, a diferencia de lo que sí hacía la ley de 1884 al tratar del divorcio perpetuo o temporal. La mayoría de la Comisión de Constitución del Senado, al proponer este número 1° en segundo trámite constitucional, justificó la eliminación del requisito de la reiteración: ‘Se eliminó la exigencia copulativa de que los malos tratamientos graves fuesen ‘repetidos’, por estimarse que la gravedad de los mismos ya configura la causal’”.⁴⁷¹

b) Transgresión grave y reiterada a los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo o reiterado del hogar común es una forma de transgresión grave de los deberes del matrimonio.

Se trata de una violación de los deberes de convivencia, es decir, el incumplimiento a la obligación de vivir juntos que implica el matrimonio. El deber de socorro se refiere a la contribución a los gastos de la familia en común, y el deber de fidelidad o de guardarse fe corresponde a abstenerse de mantener una relación de carácter sentimental con una persona distinta de su marido o mujer.

La disposición en comento exige reiteración y gravedad de la conducta. Es decir, por una parte, la infracción debe ser reiterada (que suceda varias veces) y grave (de mucha importancia o entidad).

⁴⁷¹ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. *Derecho de las personas. El Derecho Matrimonial*, op. cit., p. 681.

En este sentido, la causal exige reiteración para la infracción al deber de fidelidad, situación que resulta un tanto curiosa. Nos parece que es una situación de facto que depende del cónyuge que alega la causal, no parece razonable exigir reiteración.

Respecto de este deber, la jurisprudencia señala que debe entenderse en un sentido amplio. Como cualquier infracción al deber de guardarse fe, no se restringe, por tanto, al adulterio (tener relaciones sexuales con un tercero).⁴⁷² En consecuencia, basta que se acredite una relación afectiva con un tercero, lo que puede quedar de manifiesto con el intercambio de correos electrónicos y mensajes de texto o de otras formas de comunicación electrónicas.

c) La condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública y contra las personas, previstos en el Libro II, Títulos VII y VIII, del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal.⁴⁷³

Se trata de delitos como el aborto, abandono de niños y personas desvalidas, suposición de parto, violación, estupro, incesto, homicidio, infanticidio, entre otros. Son delitos de especial gravedad, se requiere sentencia penal condenatoria ejecutoriada y debe provocar una ruptura en la armonía conyugal.

Así, la Corte Suprema ha resuelto “que al respecto necesario es tener en consideración que el numeral 3° del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil junto con exigir, para los efectos de configurar la causal de divorcio culposo, la existencia de una condena ejecutoriada por la comisión de determinados crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública o contra el orden de las personas, requiere que

⁴⁷² Corte Suprema, sentencia de 12 de marzo de 2007, en causa rol N° 5048-2006, considerando 7°, y sentencia de 3 de noviembre de 2008, en causa rol N° 7843-2008, considerando 7°. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 12 de septiembre de 2008, en causa rol N° 665-2008, y Corte de Apelaciones de Rancagua, de 3 de noviembre de 2010, en causa rol N° 278-2010, considerando 8°.

⁴⁷³ Véase LEPIN MOLINA, Cristián. *Compendio de normas de Derecho Familiar*, op. cit., pp. 295 y ss.

ello involucre como consecuencia ‘una grave ruptura conyugal’, es decir, que la falta imputable al otro cónyuge ‘torne intolerable la vida en común’. En este sentido, es el juez quien debe apreciar la existencia de antecedentes idóneos para los efectos de determinar la existencia de la ‘grave ruptura de la armonía conyugal’”.⁴⁷⁴

d) La conducta homosexual. Esta causal plantea el problema respecto a si existe o no discriminación por la orientación sexual de la persona, ya que se trata de una categoría “sospechosa”.⁴⁷⁵

Se puede sostener que no sería necesario especificar esta causal, ya que se puede subsumir en la del numeral 2, es decir, como una infracción al deber de fidelidad, lo que sería efectivo si se restringe la conducta homosexual a mantener una relación afectiva o sexual con un tercero, en este caso del mismo sexo del infractor.

En este sentido, el primer Informe de la Comisión de Constitución del Senado señala que “la cuarta circunstancia es la conducta homosexual. La Comisión coincidió en que debe exigirse un comportamiento externo objetivo y no la mera condición o inclinación sexual”.⁴⁷⁶

Para el Tribunal Constitucional, “la legislación sobre matrimonio y divorcio existente en Chile no considera como causal de divorcio culpable la mera orientación afectiva hacia persona del otro o del mismo sexo, y únicamente considera transgresión grave al deber de fidelidad propio del matrimonio la conducta, o actos, de uno de los cónyuges con personas del otro o del mismo sexo, que impliquen contacto sexual o que, sin llegar a serlo, constituyan la exteriorización de efectos propios del matrimonio, lo

⁴⁷⁴ Sentencia de la Corte Suprema de 1 de julio de 2014, en causa rol N° 15.903-2013, considerando 8°.

⁴⁷⁵ Sobre categorías sospechosas, cfr. ÍÑIGUEZ MANSO, Andrea. “La noción de ‘categoría sospechosa’ y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* [online], 2014, N° 43, pp. 495-516. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000200013&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-6851. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512014000200013> [citado 2016-07-08].

⁴⁷⁶ Historia de la Ley N° 19.947, op. cit., p. 577.

que no representa una diferenciación arbitraria respecto a otras causales de divorcio por culpa como sostiene el requerimiento, pues todas ellas –al menos– suponen una infracción al deber de fidelidad conyugal, sin perjuicio de que alguna de tales conductas además, llegue a ser constitutiva de delito. De ahí que el requerimiento deba ser rechazado”.⁴⁷⁷

Según DEL PICÓ, “... en los términos descritos y con todas sus posibles interpretaciones, es innecesaria y discriminatoria, pues la conducta reprochable se encuentra comprendida en el N° 2 del artículo 54, al constituir toda relación sexual extramatrimonial una forma de infidelidad”.⁴⁷⁸

e) El alcoholismo o drogadicción que constituyan un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre estos y los hijos.

El alcoholismo y la drogadicción generan un síndrome de dependencia, es decir, se encuentran dentro del plano de las adicciones. En consecuencia, no solo se debe probar el consumo habitual (normalmente con testigos o examen toxicológico de pelo, orina o sangre), sino que, además, requiere de evaluaciones psicológicas y psiquiátricas tendientes a analizar la estructura de personalidad del individuo y si tiene algún tipo de adicción. De existir un trastorno, será más fácil probar esta causal, en caso contrario, se debe probar el consumo de drogas o alcohol y la manera en que afecta la convivencia familiar.

En este sentido, BARRIENTOS ha señalado que “la ley N° 19.947 ha eliminado la referencia al calificativo de ‘vicio’, y ha optado simplemente por la referencia al ‘alcoholismo’ y ‘drogadicción’, que hoy en día son tenidas como enfermedades y, por tanto, para que proceda esta causa concreta de divorcio se requerirá de la prueba de la enfermedad alcohólica o de la toxicomanía”.⁴⁷⁹

⁴⁷⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de diciembre de 2014, en causa rol N° 2681-14-INA, considerando 18°. En el mismo sentido, sentencia de 10 de abril de 2014, en causa rol N° 2435-13-INA, considerando 18°.

⁴⁷⁸ DEL PICÓ RUBIO, Jorge. *Derecho matrimonial chileno*, op. cit., p. 423.

⁴⁷⁹ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. *Derecho de las personas. El Derecho Matrimonial*, op. cit., p. 699.

Para la Organización Mundial de la Salud (OMS), el alcoholismo y la drogadicción se pueden incluir en los trastornos mentales y del comportamiento, específicamente, como un síndrome de dependencia, que ha sido definido como “un grupo de fenómenos conductuales, cognitivos y fisiológicos que se desarrollan después del uso repetido de sustancias y que típicamente incluyen un fuerte deseo de consumir la droga, dificultades en el control de su consumo, persistencia en su consumo a pesar de consecuencias dañinas, una priorización mayor al consumo de drogas versus el desarrollo de otras actividades y obligaciones, aumento de la tolerancia y en algunas ocasiones, un estado de ausencia física”. Agrega que “el síndrome de dependencia puede estar presente debido al uso de sustancia psicoactiva específica (p. ej. el tabaco, el alcohol, o diazepam), por una clase de sustancias (p. ej. drogas opioides) o por una mayor gama de sustancias psicoactivas farmacológicamente diferentes”.⁴⁸⁰

Aunque en este caso nos parece que no se trata propiamente de un divorcio por falta imputable, toda vez que no se trata de un acto voluntario. Sin perjuicio de ello, es evidente que el consumo excesivo de drogas o alcohol afecta la convivencia armoniosa al interior de la familia y, para que constituya la causal, debe ser un impedimento grave para la convivencia, no solo respecto de los cónyuges, también respecto de sus hijos.

f) Tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos. Se trata de hechos de una gravedad tal que basta la mera tentativa para configurar la causal. En este sentido, BARRIENTOS señala que “como, claramente, se desprende de la sola lectura de su descripción, basta la mera tentativa para que se configure en hecho constitutivo de la causa de divorcio por falta imputable. Recuérdese que, según el inciso 3° del artículo 7° del Código Penal: ‘Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento’”.⁴⁸¹

⁴⁸⁰ Organización Mundial de la Salud (OMS), en su clasificación internacional de enfermedades, CIE-10 versión 2016. Disponible en: <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2016/en#/F10-F19> [en inglés]. [Citado 2016-08-10].

⁴⁸¹ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. *Derecho de las personas. El Derecho Matrimonial*, op. cit., p. 700.

Si bien en el derecho comparado el divorcio sanción ya no se encuentra vigente, toda vez que la tendencia es eliminar las causas en el juicio de divorcio, parece necesario mantener, por lo menos, las causales que implican un atentado contra la integridad física y psíquica de las personas, es decir, las de malos tratos y de atentados contra la vida del otro cónyuge.

264. DIVORCIO POR CESE EFECTIVO DE LA CONVIVENCIA

La causal de divorcio por cese efectivo de la convivencia, que se encuentra consagrada en el art. 55 NLMC, se puede solicitar en forma unilateral o por mutuo acuerdo de los cónyuges. En ambos tipos de divorcio es necesario acreditar un cese efectivo de la convivencia conyugal y se diferencian, principalmente, en el tiempo de cese exigido por el legislador para impetrar una u otra causal y en la necesidad de acompañar un convenio regulador en los casos en que se solicite de común acuerdo.

Se ha denominado también divorcio-remedio, ya que se presentaría como una solución ante el quiebre matrimonial. Así, COURT señala que “las causales de divorcio-remedio no suponen una *falta imputable* al otro cónyuge, sino que se fundamentan en un hecho objetivo, que en el caso de la ley N° 19.947 se encuentra constituido *por el cese efectivo de la convivencia de los cónyuges durante los lapsos determinados por la ley*, según establece el artículo 55”.⁴⁸²

265. DIVORCIO UNILATERAL POR CESE EFECTIVO DE LA CONVIVENCIA

El art. 55 inc. 3° NLMC consagra esta causal, mediante la cual uno de los cónyuges puede demandar el divorcio cuando se ha verificado un cese efectivo de la convivencia conyugal, de a lo menos tres años, sin que exista una interrupción del plazo con ánimo de permanencia, de esta manera, los requisitos son los siguientes:

1°. El cese efectivo de la convivencia conyugal;

2°. El transcurso de un plazo de 3 años; y,

⁴⁸² COURT MURASSO, Eduardo. *Nueva Ley de Matrimonio Civil*, op. cit., p. 87.

3°. Que no exista reanudación de la vida en común con ánimo de permanencia que interrumpa el plazo antes señalado.⁴⁸³

266. CESE EFECTIVO DE LA CONVIVENCIA CONYUGAL

Entendemos por cese efectivo de la convivencia el término de la comunidad de vida que implica el matrimonio. Se señala que el cese de la convivencia estaría compuesto de dos elementos: a) separación material o de cuerpos (*corpus separationis*): y, b) el ánimo de poner fin al matrimonio (*animus separationis*).

A pesar de que esto no está expresamente regulado, nos parece que el elemento predominante es el ánimo. Así, por ejemplo, pueden ocurrir las siguientes situaciones:

a) Un matrimonio que vive en Santiago, donde el marido debe viajar a Italia a estudiar un doctorado, por lo que pasará varios años alejado de su cónyuge, no obstante, mantiene el ánimo de permanecer junto a ella, como matrimonio. En este caso, se cumple con el primer requisito de la acción (*corpus separationis*), sin embargo, no existe el ánimo de poner fin a la relación conyugal, por lo que subsiste el matrimonio.

b) Los cónyuges deciden separarse pero, por razones económicas o de otra índole, tienen que permanecer en la misma vivienda, no obstante ya no realizan vida marital. En esta situación, si bien las partes siguen compartiendo el mismo domicilio, existe el *animus separationis*, por lo que nos parece que en este segundo caso también predomina el ánimo, ahora, de poner fin a la relación matrimonial.

No obstante lo señalado, nos parece que lo relevante no es compartir el mismo lugar físico (casa o habitación), sino el mantener una vida marital, que implica mantener una relación afectivo-sexual.

⁴⁸³ Barrientos señala como requisitos: i) cese efectivo de la convivencia conyugal; ii) plazo mínimo de tres años no interrumpidos del cese efectivo de la convivencia conyugal; y, iii) cumplimiento por el demandante de sus obligaciones de alimentos para con su cónyuge e hijos. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. *Derecho de las personas. El Derecho Matrimonial*, op. cit., pp. 716 y 717.

En este sentido, la Corte de Apelaciones de Concepción ha resuelto “que la situación descrita en el basamento precedente es lo que ocurre en la especie, según puede concluirse del informe social agregado a fojas 12 del expediente sobre tuición rol N° 28.178, en el que la Asistente Social que lo practica deja constancia que la demandada ocupa un dormitorio del segundo piso del hogar conyugal, el cual comparte con su hija S.R.U., de modo que, pese a estar viviendo bajo el mismo techo como lo expresan los testigos de la demandada, dicha circunstancia no impide concluir que los intervinientes del presente juicio, cesaron efectivamente la convivencia, exigencia esta contenida en el inciso 3° del artículo 55 de la Ley de Matrimonio Civil como causal de divorcio sin culpa”.⁴⁸⁴

267. TRANSCURSO DEL PLAZO MÍNIMO DE 3 AÑOS

Para el cómputo del plazo de 3 años se debe distinguir entre matrimonio celebrado antes o después de la entrada en vigencia de la Nueva Ley de Matrimonio Civil, el 18 de noviembre de 2004, según se analizará más adelante.

268. QUE NO EXISTA REANUDACIÓN DE LA VIDA EN COMÚN, CON ÁNIMO DE PERMANENCIA, QUE INTERRUMPA EL PLAZO

La reanudación de la vida en común, según se ha dicho, implica retomar, por parte de los cónyuges, la comunidad de vida que implica el matrimonio, además del ánimo de permanencia, es decir, que se proyecte hacia el futuro para toda la vida (intención que se desprende de la definición del art. 102 CC). No se cumpliría este requisito si los cónyuges deciden salir un fin de semana, aunque la mujer quede embarazada.

269. DEFENSA DE LA DEMANDADA DE DIVORCIO UNILATERAL

La defensa que podría tener una de las partes ante la demanda de divorcio unilateral puede ser de dos tipos:

⁴⁸⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 18 de mayo de 2007, en causa rol N° 519-2007, considerando 11°.

a) Que no se cumple el plazo o que ha existido una interrupción del mismo. En el primer caso, la defensa implica acreditar que no se cumple el plazo de tres años que exige la ley. En cambio, en el segundo, se debe acreditar la reanudación de la vida en común con ánimo de permanencia.

b) La denominada cláusula de dureza. Aquí, se faculta al juez para rechazar la acción de divorcio si la parte demandada alega que el demandante/alimentante no ha cumplido con la obligación alimentaria respecto del cónyuge y/o los hijos. Si bien la NLMC utiliza la expresión conjuntiva “y”, entendemos que puede acreditarse un incumplimiento respecto del cónyuge o de los hijos. El art. 55 inc. 3° NLMC señala que “*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*”.⁴⁸⁵

Los requisitos de la cláusula son: (i) solicitud de parte; (ii) que esté determinada judicialmente la pensión de alimentos; (iii) incumplimiento reiterado durante el cese de la convivencia; y, (iv) que el incumplimiento sea injustificado.⁴⁸⁶

En cuanto al primer requisito (i) se trata de una excepción perentoria destinada a enervar la acción de divorcio. También se ha entendido que se trata de un requisito de la acción de divorcio unilateral, por lo que el demandante debe acreditar que no existe incumplimiento.⁴⁸⁷ Nos parece que la primera interpretación es más armónica con el art. 55 inc. 3° NLMC, que señala que debe existir “*solicitud de la parte demandada*”.⁴⁸⁸

⁴⁸⁵ El destacado es nuestro.

⁴⁸⁶ En un sentido similar, la sentencia de la Corte Suprema de 7 de junio de 2010, en causa rol N° 2857-2010.

⁴⁸⁷ LEPIN MOLINA, Cristián. “El principio de protección del cónyuge más débil en el moderno Derecho de Familia”, op. cit.

⁴⁸⁸ *Ibid.*

En este sentido, la expresión “*el juez verifique*”, según hemos señalado, puede dar lugar a dos interpretaciones. En primer lugar, que se otorgan facultades de oficio al juez para indagar sobre la existencia del incumplimiento; esto es coherente con las normas que rigen esta materia en los Tribunales de Familia, artículo 29 LTF, que permite al juez ordenar que se acompañen todos los medios de prueba necesarios para resolver el conflicto familiar. En segundo lugar, que se aplique la regla general, es decir, que quien alega el incumplimiento deberá probarlo, conforme al art. 1698 CC⁴⁸⁹. Esta última nos parece debe ser la solución. El simple retardo en el pago de las cuotas no configura la cláusula de dureza.⁴⁹⁰

Es necesario que se regulen judicialmente (ii), así la ley no distingue si debe tratarse de alimentos provisorios o definitivos, por tanto, lo fundamental será que debe existir una resolución judicial⁴⁹¹ que fije los alimentos en forma provisorio o definitiva. Así se deduce del art. 331 CC, que señala que “*los alimentos se deben desde la primera demanda*”.

En cuanto al requisito (iii) de incumplimiento de la obligación alimentaria, se debe solicitar en la causa de alimentos una liquidación de la deuda. El alimentante tiene 3 días para oponerse acreditando el pago mediante un antecedente escrito (art. 12 LAFPPA). Este incumplimiento debe ser reiterado, es decir, tiene que acreditarse dos o más meses de incumplimiento, aunque no es necesario que se hayan decretado apremios contra el deudor.

Por último, el incumplimiento debe ser injustificado (iv), lo que deriva de la expresión del art. 55 inc. 3º NLMC “*pudiendo hacerlo*”, lo que no ocurriría si el alimentante se encuentra cesante⁴⁹² o en quiebra.⁴⁹³

⁴⁸⁹ LEPIN MOLINA, Cristián. “El principio de protección del cónyuge más débil en el moderno Derecho de Familia”, op. cit.

⁴⁹⁰ En este sentido, sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia de 24 de febrero de 2010, en causa rol N° 8-2010.

⁴⁹¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 30 de julio de 2008, en causa rol N° 3822-2007.

⁴⁹² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 24 de febrero de 2009, en causa rol N° 1701-2008.

⁴⁹³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 3 de julio de 2006, en causa rol N° 996-2006.

Se trata de una norma de protección al cónyuge más débil y el interés superior de los hijos, principios rectores del Derecho Familiar⁴⁹⁴ que permiten obtener el pago de los alimentos devengados al término del matrimonio.

270. DIVORCIO POR EL CESE EFECTIVO DE CONVIVENCIA DE COMÚN ACUERDO

Se trata también de un divorcio por cese de convivencia que puede ser solicitado de común acuerdo, en consecuencia, los cónyuges deben probar el cese efectivo de la convivencia matrimonial, por lo que en nuestro país no existe el divorcio de común acuerdo. Así lo señala PEÑA: “el primero de ellos es el que se llamaba erróneamente *divorcio por mutuo consentimiento* y el segundo es el que se llamaba también, *divorcio unilateral o repudio*. Ni lo uno ni lo otro; *ambos son divorcio por cese efectivo de la convivencia...*”.⁴⁹⁵

El acuerdo de las partes se manifiesta en el ejercicio conjunto de la acción y en la obligación de acompañar un convenio regulador. Los requisitos son: a) demanda de común acuerdo; b) cese efectivo de la convivencia por un lapso mayor a 1 año; y, c) acompañar un acuerdo o convenio regulador, completo y suficiente, de todas las materias de familia.

En este caso, la NLMC solo exige que se pruebe en juicio un año de cese efectivo de la convivencia (cabe recordar que, según el art. 55 inc. final NLMC, la reanudación de la vida en común, con ánimo de permanencia, interrumpe el cómputo del plazo). Si bien el acreditar un plazo de un año representa un beneficio en relación con la demanda unilateral, las partes, en este caso, tienen la carga de acompañar un convenio regulador de las relaciones familiares. La NLMC no establece ninguna formalidad para este acuerdo, basta un instrumento privado, incluso que se incorpore en un otrosí del escrito de demanda, siempre que se encuentre suscrito por los cónyuges. No obstante, sí regula materias que establecen determinadas solemnidades como, por ejemplo, si se sustituye el régimen patrimonial del matrimonio (art. 1723 CC) o se regula una compensación económica (art. 63 NLMC), será necesario que se cumpla dicha solemnidad.

⁴⁹⁴ LEPIN MOLINA, Cristián. “Los nuevos principios del Derecho de Familia”, op. cit.

⁴⁹⁵ PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. *Seminario Nueva Ley de Matrimonio Civil*, op. cit., p. 66.

271. CONVENIO REGULADOR

Es un acto jurídico complejo en que se regulan las materias de familia propias de la ruptura matrimonial, tanto respecto de los cónyuges como de los hijos. Señalamos que se trata de un acto complejo, ya que está compuesto por varios actos jurídicos que regulan las distintas materias de familia.

La NLMC exige que el convenio sea completo y suficiente, calificación que deberá realizar el juez de familia en la sentencia. El acuerdo es completo (art. 55 inc. 2º NLMC) si los cónyuges regulan todas las materias del contenido mínimo y obligatorio que establece el art. 21 NLMC, que distingue entre: a) relaciones mutuas entre los cónyuges: los alimentos que se deban (en este caso, solo se puede referir a deudas de alimentos, ya que la obligación alimentaria cesa con el divorcio), y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio; y, b) las materias respecto de los hijos: pensión de alimentos, cuidado personal (los padres pueden pactar un régimen de cuidado compartido) y relación directa y regular.

Fuera del contenido mínimo u obligatorio, los cónyuges pueden pactar otros acuerdos lícitos, como podría ocurrir con la compensación económica, patria potestad, renuncia a los gananciales, entre otros. Tratándose de la regulación de alimentos en forma posterior al divorcio, ya no se trataría de una obligación legal sino convencional, sujeta, por tanto, a las normas generales de los contratos (no sería aplicable la LAFPPA ni sus apremios). En Italia, incluso se ha planteado la regulación entre los cónyuges respecto de las mascotas. En este sentido, se ha criticado el lenguaje referente a la “relación parental” que pretende aplicar a las mascotas un régimen similar al que se aplica a los hijos.⁴⁹⁶

La ley no obliga a regular la compensación económica, lo que es entendible ya que es un derecho al que pueden renunciar los cónyuges en el marco del juicio de divorcio. Tampoco obliga a regular la patria potestad,

⁴⁹⁶ En este sentido, el *Diario La República* se refiere a un acuerdo de divorcio presentado ante el tribunal de Como, en Italia. Disponible en: http://milano.repubblica.it/cronaca/2016/05/14/news/cane_figlio_tribunale_como_giudice-139767798/?ref=twhr&utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter&refresh_ce [citado 2016-08-05].

materia que la ley suple en silencio de las partes, caso en que corresponderá al padre o madre que ejerza el cuidado personal (art. 245 CC).

Por su parte, el acuerdo es suficiente (art. 55 inc. 2º NLMC) 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. El interés superior del niño se refiere a la regulación de las materias que los afecten directamente, como el cuidado personal.

272. EFECTOS DEL DIVORCIO

El divorcio produce efecto, respecto de las partes, desde que la sentencia se encuentra firme y ejecutoriada y, respecto de terceros, será oponible desde la correspondiente subinscripción.

La regla general es que *“el divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se fundan en la existencia del matrimonio, como los derechos sucesorios recíprocos y el derecho de alimentos, sin perjuicio de lo dispuesto en el Párrafo §1 del capítulo siguiente: un derecho de carácter patrimonial que se genera al momento de la ruptura”* (art. 60 NLMC), en consecuencia, el divorcio genera los siguientes efectos:

a) Pone término al matrimonio. Como consecuencia, se pone término a las relaciones personales (como, por ejemplo, el deber de fidelidad, el de cohabitación, el de socorro mutuo, etc.) y cesan a los efectos patrimoniales (como, por ejemplo, los alimentos, los derechos sucesorios y el régimen patrimonial del matrimonio, es decir, como dice el art. 60 de la NLMC, pone fin a los derechos y obligaciones de carácter patrimonial que se funden en la existencia del matrimonio). Sin perjuicio de un derecho de carácter patrimonial que se genera con la ruptura.

b) Genera un nuevo estado civil de divorciado.

c) Se pueden revocar las donaciones por causa del matrimonio en los casos de divorcio por culpa (art. 1790 CC).

d) No afecta la filiación determinada de los hijos (art. 53 NLMC).

e) El juez puede denegar o rebajar prudencialmente la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar al divorcio por culpa (art. 62 inc. final NLMC).

f) Pone término a la declaración de bien familiar (art. 145 inc. final CC), tema que ha sido discutido por la doctrina y la jurisprudencia y que se analizará al estudiar la institución del bien familiar.

g) Puede dar lugar a responsabilidad civil⁴⁹⁷ en los casos de divorcio por culpa, como se analizará con los efectos patrimoniales del Derecho Familiar.

273. ASPECTOS PROCESALES

Esta materia es de competencia de los juzgados de familia del domicilio del demandado (art. 87 NLMC). El problema discutido en tribunales se refiere a los casos en que el demandado tiene su domicilio en el extranjero, hipótesis en que el tribunal competente es el último domicilio que tuvo en el país. Así, la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha resuelto “que lo expuesto precedentemente significa que los chilenos están sujetos a la ley personal chilena cuando residen o se domicilian en el extranjero en cuanto a la constitución y término del estado de las personas; en cuanto a su capacidad para ejecutar los actos y celebrar contratos que hayan de tener efecto en Chile y en cuanto los derechos y obligaciones propios del estado civil respecto de su cónyuge y parientes chilenos”,⁴⁹⁸ por aplicación del art. 15 CC. El procedimiento aplicable es el ordinario de los Tribunales de Familia⁴⁹⁹ (arts. 55 y ss. LTF).

⁴⁹⁷ Cfr. VARGAS ARAVENA, David. “Del divorcio y la responsabilidad civil”, *Revista de Derecho de Familia*, 2014, N° 3, Monográfico Ley de Matrimonio Civil, pp. 139 y ss.

⁴⁹⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 29 de marzo de 2010, en causa rol N° 101-2010, considerandos 2° y 3°. En el mismo sentido, Corte Suprema, sentencia de 7 de junio de 2010, en causa rol N° 1967-2010, considerando 4°; Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de 15 de junio de 2010, en causa rol N° 34-2010, considerando 5°.

⁴⁹⁹ Cfr. MATURANA MIQUEL, Cristián. “La terminación del matrimonio de común acuerdo: Una institución en la búsqueda de su identidad procesal”, *Revista de Derecho de Familia*, 2014, N° 3, Monográfico Ley de Matrimonio Civil, pp. 37 y ss.

Las materias de familia, reguladas por la NLMC, deben ser resueltas por el juez de familia, procurando proteger el interés superior de los hijos (art. 16 LTF) y al cónyuge más débil (art. 3° inc. 1° NLMC). Estos principios van a permitir solucionar los problemas de interpretación de la ley y los conflictos de normas o de derechos.⁵⁰⁰

El juez debe resolver las cuestiones relativas al divorcio conciliándolas con los derechos y deberes provenientes de las relaciones de filiación y con la subsistencia de una vida familiar compatible con la ruptura o la vida separada de los cónyuges (art. 3° inc. final NLMC).

El procedimiento será reservado, a menos que a petición de los cónyuges el juez de familia, por resolución fundada, resuelva lo contrario (art. 86 NLMC).

El juez debe llamar a conciliación a las partes con base a dos objetivos: a) verificar la disposición de las partes para la conservación del vínculo matrimonial;⁵⁰¹ y, b) regular otras materias de familia: alimentos, cuidado personal y relación directa y regular (art. 67 NLMC). En este llamado a conciliación se incluirán las materias señaladas aun cuando no se hubieren demandado (art. 90 NLMC). En los casos de divorcio de mutuo acuerdo, las partes pueden ser representadas en el llamado a conciliación especial, recién señalado (art. 68 NLMC).

Si no existe acuerdo respecto de las otras materias entre los cónyuges puede el juez de familia regularlas como medidas cautelares mientras dure el juicio (art. 70 NLMC y art. 22 LTF).

El titular de la acción de divorcio es el cónyuge, salvo en la situación del divorcio por culpa donde la acción le corresponde solo al cónyuge inocente. Las características de la acción son las siguientes: a) es personalísima; b) solo puede ser deducida en vida de los cónyuges; c) en el caso

⁵⁰⁰ LEPIN MOLINA, Cristián. “Los nuevos principios del Derecho de Familia”, op. cit.

⁵⁰¹ El art. 3° inc. 2° NLMC reitera la misma idea al señalar que “*conociendo de estas materias, el juez procurará preservar y recomponer la vida en común en la unión matrimonial válidamente contraída, cuando ésta se vea amenazada, dificultada o quebrantada*”.

del cónyuge menor de edad y el interdicto por disipación, son hábiles para ejercer la acción de divorcio; d) es irrenunciable; y, e) es imprescriptible.

Los plazos del cese de la convivencia se computan dependiendo de cuándo se celebró el matrimonio, así se aplica un régimen probatorio distinto a los matrimonios celebrados antes de la entrada en vigencia de la NLMC, es decir, el 18 de noviembre de 2004, de los celebrados con posterioridad:

a) Los matrimonios celebrados hasta el 17 de noviembre de 2004, es decir, hasta el último día en que regía la ley antigua de 1884, pueden acreditar el cese de convivencia por cualquier medio de prueba, incluida la prueba testimonial, no se aplican las limitaciones probatorias de los arts. 22 y 25 NLMC (art. 2º transitorio NLMC). La prueba de rigor será la prueba testimonial, ya sea de parientes o extraños (arts. 28, 33 y ss. LTF).

b) Para los matrimonios celebrados desde el 18 de noviembre de 2004, la NLMC establece ciertas limitaciones probatorias en los arts. 22 y 25 (analizados en la separación judicial). Así lo señala el art. 55 inc. 4º NLMC: *“en todo caso, se entenderá que el cese de la convivencia no se ha producido con anterioridad a las fechas a que se refieren los artículos 22 y 25, según corresponda”*. Esta norma se encuentra en contradicción con los arts. 28 (libertad de prueba) y 32 (sana crítica) LTF, ya que estas limitaciones no son admisibles en un régimen de libertad probatoria y de valoración de la prueba en conformidad a las reglas de la sana crítica. Así lo ha resuelto la Corte de Apelaciones de Valdivia, en sentencia de 14 de febrero de 2012, causa rol N° 272-2011.⁵⁰²

Sobre este último punto, el Tribunal Constitucional ha resuelto “que, como natural corolario de lo expuesto, parece claro el límite probatorio impuesto en los artículos 22 y 25 de la ley del ramo respecto de los cónyuges que contrajeron matrimonio después de su vigencia por remisión del inciso tercero de su artículo 2º transitorio, no importa una diferenciación

⁵⁰² En el mismo sentido, sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia de 28 de marzo de 2012, en causa rol N° 41-2012, y sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 15 de mayo de 2012, en causa rol N° 141-2012.

arbitraria respecto de personas que se encuentran en similar situación. El distingo, por el contrario, deviene lógico y razonable, en la medida que procura evitar que, por la vía de la simulación, se vulneren los objetivos de la norma, como podría suceder en el caso de producirse un consenso fraudulento entre los cónyuges respecto de la fecha del cese de la convivencia, alternativa que no podría darse en el caso de quienes se casaron con anterioridad a la ley”.⁵⁰³

En caso de existir diversidad de causales en el juicio de divorcio, nuestra jurisprudencia ha resuelto que en ningún caso el juez de familia debe preferir aquella que aparezca más cercana a la presentación de la demanda, sino aquella en virtud de la cual se justifica la terminación del vínculo.⁵⁰⁴

Por último, si se rechaza la demanda de divorcio por no acreditar la causal alegada por las partes, se puede volver a presentar la demanda, pero basada en nuevos hechos que permitan configurar una nueva causal, aun cuando sea el incumplimiento del plazo. Así, la Corte de Apelaciones de Santiago ha resuelto “que, procede destacar que la actual acción de divorcio unilateral se ha impetrado con fecha 16 de septiembre de 2009, es decir, cuatro años después de la data enunciada en el motivo pretérito. Concordante, es dable argumentar que atento el plazo enunciado, se ha mantenido el cese efectivo de la vida en común de los cónyuges, sin que se haya reanudado la convivencia; y, sobre esta base, se deduce la presente demanda precisamente, por cuanto la causa de pedir difiere –absolutamente– del juicio anterior, toda vez que éste se hizo consistir en el cese de la convivencia a contar de enero de 1998; así, en el actual procedimiento, el cese de la convivencia que también se invoca, se inicia con posterioridad a la data de la dictación del fallo que ocurre el 30 de junio de 2005”.⁵⁰⁵

⁵⁰³ Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de marzo de 2013, en causa rol N° 2207-12-INA, considerando 15°.

⁵⁰⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica de 8 de septiembre de 2010, en causa rol N° 20-2010, considerando 14°.

⁵⁰⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 23 de agosto de 2010, en causa rol N° 3509-2009, considerando 2°.

274. RECONOCIMIENTO DE SENTENCIAS EXTRANJERAS DE NULIDAD O DIVORCIO

Por regla general, las sentencias de divorcio o de nulidad de matrimonios dictadas por tribunales extranjeros serán reconocidas, de acuerdo a las reglas que establece el Código de Procedimiento Civil (art. 83 inc. 2° NLMC). Es decir, se aplica el art. 245 CPC, que establece como requisitos: a) que no tengan nada contrario a las leyes de la República; b) que no se opongan a la jurisdicción nacional; c) que la parte contra la cual se invoca la sentencia haya sido notificada de la acción; y, d) que estén ejecutoriadas en conformidad a las leyes del país en que hayan sido pronunciadas.

No tendrán valor en Chile aquellas que no consten en una resolución judicial, como los divorcios administrativos; tampoco las que contravengan el orden público chileno (art. 83 inc. 2° NLMC) y las sentencias obtenidas con fraude a la ley (art. 83 inc. 3° NLMC).

Según el art. 83 inc. final NLMC, *“se entenderá que se ha actuado con fraude a la ley cuando el divorcio ha sido declarado bajo una jurisdicción distinta a la chilena, a pesar de que los cónyuges hubieren 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”*.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido los siguientes criterios:⁵⁰⁶

a) La ley chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, por lo que, si los cónyuges residen en Chile, son los tribunales chilenos los competentes para conocer del divorcio. Así, el exequátur rechazado, de 20 de octubre de 2005, rol N° 5573-2004, que en su considerando quinto

⁵⁰⁶ Cfr. LEPIN MOLINA, Cristián. *Jurisprudencia de Derecho Familiar: Nueva Ley de Matrimonio Civil (2004-2015)*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2015.

señala “que de lo dicho resulta que las cuestiones relativas a la disolución del matrimonio habido entre don J.E.P.V. y doña U.M.E.L., domiciliados y residentes en Chile, debió someterse al conocimiento de los tribunales chilenos, siendo competentes para pronunciarse sobre la materia conforme a lo previsto en los artículos 134 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales, atendido que la ley chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República como se ha señalado, careciendo de importancia que la ley alemana otorgue competencia para conocer un asunto de esa naturaleza a los tribunales de esa nacionalidad, puesto que en nuestra legislación no existe ninguna norma legal que haga primar la ley alemana sobre la nacional de este tipo de materia”.⁵⁰⁷

b) Existe jurisprudencia, en distintos sentidos, en relación con la fecha de la sentencia extranjera que se solicita tenga aplicación en Chile. Así, las sentencias de divorcio dictadas en tribunales extranjeros tienen fuerza en Chile, aun cuando hayan sido dictadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Nueva Ley de Matrimonio Civil. En este sentido, el exequátur acogido, de 4 de enero de 2006, rol N° 5760-2005, en considerando segundo señala “que lo preceptuado en la última norma legal citada tiene por objeto que las resoluciones dictadas por tribunales extranjeros tengan la misma fuerza que si se hubieren dictado por tribunales chilenos, con tal que no contengan nada contrario a las leyes de la República, no se opongan a la jurisdicción nacional, que la parte en contra de la cual se invoca la sentencia haya sido debidamente notificada de la acción y, que estén ejecutoriadas en conformidad a las leyes del país en que haya sido pronunciadas, requisitos que reúne las sentencias cuyo cumplimiento en Chile se solicita”.⁵⁰⁸

En contra, el exequátur de 15 de mayo de 2006, rol N° 4699-2005, que en su considerando décimo señala “que no obsta al criterio expuesto, la

⁵⁰⁷ En el mismo sentido, sentencia de la Corte Suprema de 20 de diciembre de 2005, en causa rol N° 3418-2005.

⁵⁰⁸ En el mismo sentido, exequátur: en causa rol N° 2347-2005 (de 10 de enero de 2006); 5328-2005 (de 10 de enero de 2006); 148-2005 (de 17 de enero de 2006); 3685-2005 (18 de enero de 2006); 6552-2008 (29 de enero de 2009); 1164-2006 (29 de enero de 2009); 6266-2008 (26 de febrero de 2009); 1631-2007 (12 de marzo de 2009); 1078-2008 (14 de mayo de 2009); 1227-2006 (15 de junio de 2009); 3084-2009 (28 de diciembre de 2009); 7526-2009 (4 de enero de 2010); 4287-2009 (5 de enero de 2010).

norma que encierra el inciso primero del artículo 2° transitorio de la ley N° 19.947, de acuerdo con la cual, los matrimonios celebrados con anterioridad a la vigencia de esta ley se regirán por ella en lo relativo a la separación judicial, la nulidad y el divorcio, por cuanto si bien ella asigna efectos inmediatos a las disposiciones de la nueva Ley de Matrimonio Civil para invocarlas al impetrar dichos pronunciamientos judiciales respecto de uniones matrimoniales anteriores, sus preceptos, en rigor carecen de aplicación retroactiva, según el principio general que enuncia el inciso primero del artículo 9° del Código Civil”. Agrega, “luego, atendido que en la especie se trata de cumplir en Chile un fallo de divorcio emitido en el extranjero antes de que rigiera ese cuerpo legal y que era contrario a las leyes de la república de Chile en los términos ya expresados no es posible autorizar su ejecución”.⁵⁰⁹

c) Por otro lado, el exequátur debe ser concedido si la sentencia de divorcio dictada en el extranjero no contraviene las leyes de la República ni la jurisdicción nacional. Así, el exequátur acogido de 14 de marzo de 2006, rol N° 6200-2005, que en el considerando segundo señala “que lo preceptuado en la última norma legal tiene por objeto que las resoluciones dictadas por tribunales extranjeros tengan la misma fuerza que si se hubieren dictado por tribunales chilenos, con tal que no contengan nada contrario a las leyes de la República, no se opongan a la jurisdicción nacional, que la parte en contra de la cual se invoca la sentencia haya sido debidamente notificada de la acción y, que estén ejecutoriadas en conformidad a las leyes del país en que hayan sido pronunciadas, requisitos que reúne la sentencia cuyo cumplimiento en Chile se solicita”.⁵¹⁰ Se trata de la misma doctrina jurisprudencial anterior, aplicada a sentencias extranjeras dictadas con posterioridad a la NLMC.

⁵⁰⁹ En similar sentido, exequátur: en causa rol N° 4209-2005 (17 de mayo de 2006); 4345-2005 (17 de mayo de 2006); 1585-2005 (24 de mayo de 2006); 5739-2005 (7 de junio de 2006); 500-2006 (7 de junio de 2006); 1080-2005 (8 de junio de 2006); 2916-2005 (19 de junio de 2006) 1055-2006 (28 de junio de 2006); 2082-2004 (24 de junio de 2006); 472-2005 (26 de junio de 2006); 1290-2006 (3 de junio de 2008); 2663-2006 (14 de septiembre de 2006).

⁵¹⁰ En el mismo sentido, exequátur: en causa rol N° 4344-2005 (15 de marzo de 2006); 5661-2005 (16 de marzo de 2006); 2043-2005 (28 de marzo de 2006); 2186-2006 (7 de septiembre de 2006); 5781-2006 (27 de septiembre de 2006); 5178-2008 (27 de abril de 2009).

d) Divorcio declarado por tribunal extranjero debe ser reconocido en Chile si causal aplicada existe en nuestra legislación. En este sentido, exequátur acogido, de 17 de noviembre de 2008, rol N° 3012-2008, en su considerando octavo, el cual indica “que, por lo razonado, resulta que la sentencia cuyo exequátur se solicita, no contraviene las leyes de la República, ni tampoco se opone a la jurisdicción nacional, en la medida que significa la disolución del vínculo matrimonial por una causa prevista por nuestro ordenamiento jurídico, según la normativa actualmente vigente”.⁵¹¹

e) No procede acoger exequátur si la sentencia es contraria a las leyes de la República por no constar causal distinta a la sola voluntad de las partes como la fundante del término del matrimonio. Así, el exequátur rechazado, de 17 de junio de 2009, rol N° 4083-2005, en su considerando cuarto, el cual señala “que la actual Ley de Matrimonio Civil en su artículo 42, previene que el matrimonio termina, entre otras causales, por la del numeral 4° que dispone: ‘Por sentencia firme de divorcio’ y, su artículo 55 prescribe: ‘el acuerdo será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común acuerdo y acreditan que ha cesado la convivencia durante un lapso mayor de un año’. De lo anterior se infiere que en nuestra legislación no basta el mutuo acuerdo de los cónyuges, sino que, además, es necesario el cese de la convivencia por un plazo no menor de un año, circunstancia esta última que no aparece establecida ni acreditada en la sentencia, como tampoco que la legislación estadounidense exija para la procedencia del divorcio el cese de la convivencia de los cónyuges por un lapso determinado”.⁵¹²

⁵¹¹ En el mismo sentido, exequátur: en causa rol N° 409-2007 (19 de octubre de 2009).

⁵¹² En el mismo sentido, exequátur: en causa rol N° 5827-2009 (25 de octubre de 2010); 2439-2008 (7 de diciembre de 2009); 7125-2007 (21 de diciembre de 2009); 11253-2008 (8 de febrero de 2010); 7671-2009 (8 de abril de 2010); 8836-2009 (20 de febrero de 2012); 5199-2011 (11 de junio de 2012).