

SENTIDO Y ALCANCE DE LA DEFINICIÓN DE  
MATRIMONIO DEL ARTÍCULO 102 DEL CÓDIGO CIVIL,  
DESPUÉS DE LA INTRODUCCIÓN DEL DIVORCIO  
VINCULAR POR LA LEY 19.947, DE 2004\*

*MEANING AND SCOPE OF THE DEFINITION OF MARRIAGE IN  
ARTICLE 102 OF THE CHILEAN CIVIL CODE AFTER THE  
INTRODUCTION OF DIVORCE BY LAW 19.947 OF 2004*

HERNÁN CORRAL TALCIANI\*\*

**RESUMEN:** La Ley 19.947 introdujo por primera vez en Chile el divorcio como forma de terminación del matrimonio. Pese a ello la ley no modificó el art. 102 del Código Civil que define el matrimonio como un contrato por el cual los cónyuges se unen indisolublemente y por toda la vida. El trabajo explora alternativas para solucionar esta eventual antinomia o contradicción de reglas. Se argumenta que no es satisfactoria la alternativa de considerar derogada tácitamente la regla del art. 102 del Código Civil ni tampoco la idea de reinterpretar la voz indisolubilidad como imposibilidad de los cónyuges de disolver por sí mismos el vínculo matrimonial. Se sugiere una fórmula de armonización que consiste en sostener la vigencia simultánea, aunque con ámbitos de aplicación diferentes, de dos conceptos de matrimonio en la actual legislación chilena.

**Palabras clave:** Matrimonio, Divorcio, indisolubilidad, antinomia, derogación.

**ABSTRACT:** Law 19.947 (2004) introduced divorce for the first time in Chile as a means of termination of marriage. However, Law 19.947 did not modify Article 102 of the Chilean Civil Code, which defines marriage as an indissoluble contract between a man and a woman to unite each one to the other for all their lives, to live together, to procreate and to help each other. This article explores different alternatives to solve this contradiction in the Law. One argument is that Article 102 could not be considered abrogated law. Additionally, the word 'indissoluble' should not be interpreted as a prohibition to husband and wife to terminate their marriage out of court, and a judicial process. The author suggests a construction that harmonizes Article 102 with Law 19.947 by means of affirming the existence of two concepts of marriage in Chilean law, although with effect in different fields.

**Key words:** Marriage, divorced, indissolubility, antinomy, derogation.

---

\* El presente trabajo ha sido ofrecido para el Libro en Homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss que preparan los profesores Jaime Arancibia Mattar y José Ignacio Martínez Estay que se encuentra en preparación.

\*\* Licenciado en Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Católica de Chile, Doctor en Derecho Universidad de Navarra. Profesor de Derecho Civil y Decano, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. correo electrónico: hcorral@uandes.cl.

## I. LA DEFINICIÓN DE MATRIMONIO DEL ART. 102 DEL CÓDIGO CIVIL

Pocas normas tan celebradas y recordadas tiene el Código Civil como la ubicada al inicio del título IV del libro I dedicado al matrimonio, y que lleva el número 102. En el estilo pedagógico y orientador que caracteriza el trabajo monumental de Bello, se contempla una definición de la institución que va a ser regulada: el matrimonio. A la letra el precepto reza: “El *matrimonio* es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”.

La definición ha sido ampliamente elogiada pues en bella forma literaria contiene los elementos constitutivos del acto fundacional de la familia: la consensualidad (contrato), la formalidad (solemne), la unidad y heterosexualidad (un hombre, una mujer), la comunión e indisolubilidad (se unen, indisolublemente, por toda la vida), así como sus fines: el bien de los hijos o la fecundidad (con el fin de procrear) y el amor mutuo de los cónyuges (vivir juntos, auxiliarse mutuamente).

Con razón afirma Claro Solar que “Esta definición es una de las más completas que se han dado del matrimonio y pone ella de relieve sus caracteres esenciales como institución jurídica, llamada a constituir la familia sobre la base estable del afecto y de los recíprocos sacrificios”<sup>1</sup>. Somarriva por su parte señala que la definición “solo puede calificarse de admirable”<sup>2</sup>. Más modernamente, Carlos Salinas ha hecho ver que la definición se corresponde perfectamente con la concepción personalista del matrimonio, como comunión de personas, que consagra el Derecho canónico. En su opinión la frase que sucede al adverbio que alude a la indisolubilidad: “y por toda la vida” no es ni una redundancia del codificador ni una herramienta útil para advertir a los contrayentes respecto del compromiso vitalicio que asumen, sino una referencia a la comunión integral de los cónyuges que se produce por el vínculo matrimonial válidamente contraído<sup>3</sup>.

El precepto pertenece a la normativa original del Código Civil, aprobado en 1855<sup>4</sup>. Con posterioridad no ha sufrido ninguna modificación en su texto. Cuando se aprobó la Ley de Matrimonio Civil de 10 de enero de 1884, se consideró unánimemente

<sup>1</sup> CLARO (1942) N° 518, p. 288.

<sup>2</sup> SOMARRIVA (1963) N° 8, p. 18.

<sup>3</sup> SALINAS (1998) p. 87: “Me parece claro que la expresión por toda la vida no tiene un sentido cronológico, sino existencial. Bello no dice para toda la vida, preposición que sí tendría un sentido claramente temporal, sino por toda la vida, es decir, en esa simple fórmula, por toda la vida vuelca toda la carga personalista que el matrimonio había comprendido desde el principio y que con el correr del tiempo había ido desdibujándose: es toda la vida del hombre, con lo que es y lo que espera ser, la que se une indisolublemente con toda la vida de la mujer, con lo que es y espera ser, con sus virtudes y sus defectos, sus esperanzas y sus frustraciones”.

<sup>4</sup> La norma aparece en el art. 115 del Proyecto de 1853 y del Proyecto Inédito con su actual tenor, con la sola omisión de la palabra “solemne” que fue agregada por Bello con posterioridad. Sus fuentes no figuran expresamente pero pareciera que Bello tomó en cuenta las definiciones de matrimonio de los juristas romanos Modestino y Ulpiano, el concepto de matrimonio de las Partidas (que a su vez derivaba del derecho romano y canónico) y una definición que en sus comentarios al Proyecto de Código Civil español de 1852 daba Florencio García Goyena. Así lo pone de relieve el estudio de SALINAS (1998): pp. 81-86.

que esta no había modificado ni siquiera tácitamente el artículo 102<sup>5</sup>, solo que la definición ahora se predica respecto del matrimonio contraído ante el Oficial del Registro Civil, único al que esa ley otorgaba eficacia en el plano jurídico. Recordemos que dicha ley mantuvo la indisolubilidad del vínculo civil, y concibió el divorcio como una forma de separación de cuerpos decretada judicialmente<sup>6</sup>.

Incluso las propuestas de introducción del divorcio vincular presentadas en el siglo XX, desde 1917 (proyecto de varios diputados encabezados por Ramón Briones Luco) no contemplaban la reforma del art. 102 del Código Civil. Solamente el proyecto de los diputados Alberto Naudon Abarca y Carlos Morales Abarzúa presentado en 1969 se hacía cargo de la confrontación entre la norma del Código y el divorcio vincular que propiciaba aprobar, y suprimía de la definición las expresiones “actual e indisolublemente y por toda la vida”<sup>7</sup>. Pero el proyecto no llegó a discutirse.

Llegamos así al Proyecto de Ley, presentado por un grupo de diputados encabezados por Mariana Aylwin e Ignacio Walker el 23 de noviembre de 1995 (Boletín 1759-18), cuya discusión prosperaría hasta, con muchas modificaciones, convertirse en la Ley N° 19.947, de 2004, que aprobó la Ley de Matrimonio Civil actualmente vigente.

## II. LA DISCUSIÓN SOBRE LA MODIFICACIÓN DEL ART. 102 DEL CÓDIGO CIVIL DURANTE LA TRAMITACIÓN DE LA LEY N° 19.947, DE 2004

El proyecto de ley presentado por doña Mariana Aylwin, Ignacio Walker y otros diputados en 1995 no contemplaba la alteración del art. 102 del Código Civil a pesar de que consagraba expresamente el divorcio vincular. La moción no explica los fundamentos de esta opción, pero sus principales impulsores sostuvieron que ello se debió al deseo de mantener la indisolubilidad como regla general y enfatizar el carácter excepcional del divorcio: “De allí que sea necesario contemplar un tipo de legislación que establezca un divorcio como régimen de excepción y que deje a salvo la norma (general) sobre la indisolubilidad del vínculo matrimonial. En este sentido, nos parece importante mantener la actual norma del artículo 102 del Código Civil (1855), que se refiere al matrimonio como un contrato solemne que

<sup>5</sup> La ley no derogó expresamente ningún precepto del Código Civil, pero al secularizarse el matrimonio se llegaba a la conclusión de que los arts. 103, 104, 117, 118, 119, 123 y 128 quedaban tácitamente derogados. Cfr. SOMARRIVA (1955) N° 22, p. 49.

<sup>6</sup> Señala LIRA (1944) p. 35: “La definición de matrimonio contenida en el artículo 102 del Código Civil mantuvo su eficacia. El matrimonio siguió siendo un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente. La Ley de Matrimonio Civil estableció las solemnidades en sus artículos 9° y 19. Y la indisolubilidad del vínculo matrimonial quedó en pie porque el artículo 19 de esa ley se limitó a decir: ‘El divorcio no disuelve el matrimonio, sino que suspende la vida en común entre los cónyuges’”.

<sup>7</sup> El N° 1 del art. 2 del Proyecto sustituía el art. 102 del Código Civil por el siguiente: “Artículo 102.— El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.— El contrato de matrimonio es un contrato de derecho familiar que crea la institución respectiva, con los efectos que la ley señala” (Cfr. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, sesión 31ª del 12 de agosto de 1969, p. 2977).

une ‘actual e indisolublemente’ y por toda la vida, a un hombre y una mujer”<sup>8</sup>. Lo mismo manifestaron los diputados Aylwin y Walker en la discusión en Sala del Proyecto en sesión de 23 de enero de 1997 (sesión 44, Legislatura 334<sup>a</sup>)<sup>9</sup>.

La Cámara de Diputados en el proyecto aprobado en 1997 siguió este partido y, aunque admitió el divorcio vincular, no modificó expresamente el art. 102 del Código Civil.

Durante la discusión en el Senado la idea de modificar el art. 102 suprimiendo la referencia a la indisolubilidad fue planteada por la Indicación sustitutiva total planteada por el entonces Presidente Ricardo Lagos Escobar el 13 de septiembre de 2001<sup>10</sup>. La Comisión de Constitución en su primer informe rechazó esta indicación por entender que era innecesaria la enmienda, “en la medida en que su disolución [del matrimonio], por medio del divorcio, será excepcional”<sup>11</sup>.

Los senadores Jaime Gazmuri y Ricardo Núñez propusieron indicaciones (N° 247 y 248) dirigidas a reemplazar la definición del art. 102 por la siguiente: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de crear una unidad de vida entre ellos, en donde ambos se procurarán respeto, igualdad, ayuda mutua y la posibilidad de procrear hijos”<sup>12</sup>. En parecido sentido, los senadores Ávila, Núñez, Parra, Pizarro y Silva presentaron otra indicación (N° 249) que se limitaba a proponer que se eliminaran las expresiones “indisolublemente” y “de procrear” de la norma del art. 102 del Código Civil<sup>13</sup>. Estas indicaciones fueron discutidas en la Comisión de Constitución. En contra de ellas, se alegó que no era necesario modificar el artículo 102 puesto que en la intención de los contrayentes el matrimonio se contraía indisolublemente, sin perjuicio de las causas de terminación que venían por causas sobrevinientes (Senador Viera-Gallo) y que la regla general sería la indisolubilidad mientras el divorcio se aprobaría como excepción (Senador Espina). Por el otro lado, se invocó que las normas debían ser objetivas y que si la ley permitía la disolución era contradictorio definir el matrimonio como indisoluble (Senadores Ominami y Silva). Finalmente, ambas indicaciones fueron rechazadas por cuatro votos contra uno<sup>14</sup>.

En la discusión en Sala, el Senador Gazmuri parece haber cambiado, al menos momentáneamente, de criterio respecto de la necesidad de modificar el artículo 102, ya que frente a la alegación de los senadores contrarios al divorcio de que el proyecto de ley

<sup>8</sup> AYLWIN y WALKER (1996) p. 69. Agregan que no consideran contradictorio conservar el art. 102 y establecer el divorcio por cuanto funcionaría como una excepción que reafirmaría el carácter general del precepto, tal como sucede con la disolución por declaración de muerte presunta (pp. 69-70).

<sup>9</sup> Cfr. Historia de la ley N° 19.947, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, 17 de mayo de 2004, p. 136 y p. 157.

<sup>10</sup> La indicación proponía sustituir la expresión “indisolublemente, y por toda la vida” por la de “y para toda la vida”

<sup>11</sup> Primer informe de la Comisión de Constitución del Senado de 9 de julio de 2003, en Historia de la ley... cit., p. 633.

<sup>12</sup> Indicaciones 247 y 248. Cfr. Historia de la ley... cit., p. 1.666.

<sup>13</sup> Indicación N° 249. Cfr. Historia de la ley... cit., p. 1.666.

<sup>14</sup> Segundo Informe de la Comisión de Constitución del Senado de 15 de diciembre de 2003, en Historia de la ley... cit., pp. 1.775-1.777.

imponía una forma de matrimonio disoluble a quienes no la compartían, señaló: “Incluso con lo aprobado ayer, lo que leerá el Oficial del Registro Civil a todas las parejas que se casen en Chile es el artículo 102 del Código Civil. Ese es el contrato que se obliga a todos a escuchar, que a la letra señala:...— Tal es el contrato que todas las parejas chilenas, con la ley en proyecto, suscribirán en el Registro Civil. Lo que ocurre es que se establecen estos otros elementos [el divorcio].— Por eso decir que se está violentando la libertad de los católicos, realmente no tiene ningún asidero”<sup>15</sup>.

Pero el tema fue nuevamente traído a la discusión al renovarse la indicación N° 247-248, a instancias de los senadores Carmen Frei, Cordero, Gazmuri, Muñoz Barra, Parra, Páez, Flores, Boeninger, Zurita, Ávila, Ruiz-Esquide, Lavandero, Ominami, Pizarro y Silva<sup>16</sup>. La discusión debió suspenderse en un primer momento por considerarse que no había suficiente asistencia para votar un tema tan vital como este<sup>17</sup>. Cuando se retomó, los senadores Núñez y Ominami intentaron sustituir la indicación renovada que daba otro texto al art. 102 por la indicación N° 249 que solo eliminaba la palabra indisolublemente, que, se sostuvo, por error no fue renovada. Este reemplazo no se aceptó por parte de la sala del Senado. Intervino el senador Viera-Gallo para explicar que “la definición no expresa que el matrimonio es un contrato indisoluble, porque en ese caso debería consignar, por ejemplo, que el matrimonio es un contrato solemne e indisoluble. Lo que está diciendo es que, al celebrar este contrato, los contrayentes tienen la voluntad de unirse actual e indisolublemente, y por toda la vida. Eso está en su voluntad. Lo que quiere decir es que no pueden someter el contrato a otra condición, ni suspensiva ni resolutoria, que no sean las que la ley establezca... Lo que deseo hacer presente es que los contrayentes no pueden incluir otra cláusula de disolubilidad que no sea la contemplada en la ley. No podrían decir, por ejemplo: ‘Este contrato termina si no tenemos tres hijos’ o ‘Este contrato termina si no recibo una herencia’, etcétera”<sup>18</sup>. La aclaración suscitó el apoyo de los senadores Chadwick y Larraín de que ese era el sentido que cabía dar al artículo 102 no siendo incompatible con los deseos de quienes favorecían el divorcio. Ante ello el senador Núñez aceptó el retiro de la indicación, no sin que el senador Ávila le espetara un “¡El nuevo oráculo de la renovación socialista...!”<sup>19</sup>.

### III. CONFRONTACIÓN ENTRE EL ART. 102 DEL CÓDIGO CIVIL Y LOS ARTS. 53 Y SIGUIENTES DE LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL. PROPUESTAS PARA SOLUCIONAR UNA POSIBLE ANTINOMIA

#### 1. LA DEROGACIÓN

Una de las fórmulas para solucionar una antinomia o conflicto de normas es atender al criterio cronológico, de manera que, en caso de incompatibilidad, la norma

<sup>15</sup> Sesión 28, Legislatura 350, 14 de enero de 2004, en Historia de la ley... cit., p. 1991.

<sup>16</sup> Sesión 33, Legislatura 350, 21 de enero de 2004, en Historia de la ley... cit., p. 2083.

<sup>17</sup> Sesión 33, Legislatura 350, 21 de enero de 2004, en Historia de la ley... cit., pp. 2084-2085.

<sup>18</sup> Sesión 33, Legislatura 350, 21 de enero de 2004, en Historia de la ley... cit., p. 2125.

<sup>19</sup> Sesión 33, Legislatura 350, 21 de enero de 2004, en Historia de la ley... cit., p. 2125.

posterior prefiere por sobre la anterior: *lex posterior derogat prior*. Corresponde a la institución de la derogación tácita que se basa en una cierta presunción de que el autor de las leyes, el legislador, al dictar una norma contraria a otra anterior la ha querido derogar, aunque no lo haya dicho expresamente. Como es sabido, la derogación tácita está contemplada en el art. 52 del Código Civil que señala que ella se produce “cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior”. Aplicando esta fórmula habría que decir que la ley N° 19.947, siendo posterior a la promulgación del Código Civil, ha derogado tácitamente la definición del art. 102 en lo que se refiere al carácter indisoluble y por toda la vida del contrato de matrimonio.

Esta solución fue insinuada ya en el proceso de discusión de la ley. El senador Ominami aunque abogó porque se modificara derechamente la norma del art. 102, señaló que pedía esto “aunque el artículo se deba entender tácitamente modificado por esta ley, por ser posterior al Código Civil”<sup>20</sup>. En los comentarios doctrinales sobre el proyecto de ley también aparece esta idea<sup>21</sup>.

Una vez entrada en vigencia la ley, la mayor parte de los autores ha puesto de relieve que existe una contradicción, incoherencia o inconsistencia de la nueva ley con el art. 102 del Código Civil, aunque no se pronuncian claramente sobre si esa contradicción debe dar pie para afirmar la derogación parcial del precepto del Código<sup>22</sup>. Algunos, sin embargo, sostienen derechamente que el precepto ha sido derogado en forma tácita<sup>23</sup>. También la tesis ha sido acogida por una sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua. Se trataba de un caso en que la demandada esgrimió la improcedencia del

<sup>20</sup> Segundo Informe de la Comisión de Constitución de 15 de diciembre de 2003, p. 1776.

<sup>21</sup> Nosotros mismos afirmamos que esta podría ser la consecuencia de instaurar el divorcio vincular sin modificar expresamente la definición del art. 102 del Código Civil. CORRAL (2001) p. 132; y antes CORRAL (1997) p. 167.

<sup>22</sup> Por ejemplo, COURT (2004) p. 4, habla de incongruencia y sostiene que quizás fue esto lo que llevó al legislador a hablar de terminación del matrimonio por divorcio en vez de disolución; DOMÍNGUEZ (2004) p. 5, sostiene que “aunque los legisladores no hayan corregido la definición, es indudable que ella ha cambiado por efecto de la introducción del divorcio vincular. El matrimonio no es más una institución indisoluble, sino uno disoluble, esto es un nuevo contrato de matrimonio, de Derecho privado sujeto en mayor medida a la autonomía de la voluntad, a la libertad de los cónyuges”. Por su parte, FIGUEROA (2006) pp. 80-81, acusa como una de las falencias legales derivadas de las transacciones políticas el que se mantuviera la definición del art. 102 del Código Civil conservando la indisolubilidad del matrimonio, lo que “parece contradictorio, considerando que la nueva Ley permite que las parejas pongan término al matrimonio por medio del divorcio, el cual ahora disuelve el vínculo”.

<sup>23</sup> RAMÍREZ (2004) pp. 255-256, señala que “La ley 19.947, entre los artículos que deroga o modifica expresamente del Código Civil, no contempló el artículo 102. Ello, porque lo que se quiso tratar de establecer, es el propósito del matrimonio, su fin último. Lo cierto es, y en estricto derecho, que dicha norma se entiende modificada y más bien derogada tácitamente; dicha norma del artículo 102 en comento no puede permanecer inalterable, toda vez que la ley 19.947, al contemplar la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial, discrepa sustancialmente, resultando incoherente, con la definición que da el Código Civil de esta institución”. Más adelante arguye que los motivos para mantener el art. 102 no se justifican, ya que al establecer el divorcio, “se lo deroga tácitamente, esto es, se produce el cese de la existencia del artículo 102 por mandato de esta ley posterior que es la de matrimonio civil, y en forma total ya que las disposiciones son inconciliables con dicha norma, resultando con toda evidencia y claridad que esta nueva normativa en cuanto a contenido se refiere ha eliminado la indisolubilidad en comento; sostener lo contrario implica, aparte de incoherente, borrar con el codo lo que se ha escrito con la mano”.

divorcio pedido por su marido en virtud de mantenerse la indisolubilidad como característica esencial del matrimonio en el artículo 102 del Código Civil y por no ser aplicable el divorcio a matrimonios contraídos con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley N° 19.947. La Corte desechó las alegaciones y decretó el divorcio. Para refutar la aplicación del art. 102 señaló: “si no hubo una derogación expresa del artículo 102 o una modificación del mismo, lo cierto es que se ha derogado tácitamente la indisolubilidad, desde que el nuevo cuerpo legal (ley 19.947) contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior y ello, quiérase o no, al tenor del artículo 52 del Código Civil, constituye derogación tácita” (C. Rancagua, 8 de noviembre de 2006, rol 442-2006, cons. 3°). La Corte Suprema rechazó el recurso de casación pero no se pronunció sobre el punto, limitándose a expresar que la sentencia impugnada no incurre en error de derecho al conceder el divorcio (C. Sup. 30 de enero de 2007, rol 96-07)<sup>24</sup>.

Por nuestra parte, pensamos que no parece que sea esta la solución más adecuada de la antinomia, y ello por tres razones: 1°) Consta que la voluntad del legislador no solo no fue que operara la derogación tácita sino que hubo intención manifiesta de que la norma siguiera rigiendo, y no como mera declaración programática o simbólica, sino como norma jurídica vinculante<sup>25</sup>; 2° la derogación tácita debe interpretarse restrictivamente ya que se trata de una excepción a lo ordinario que es la derogación expresa (cfr. art. 53 CC); y 3°) la derogación tácita solo puede operar cuando las disposiciones de la nueva ley son absolutamente incompatibles (“no pueden conciliarse” dice el art. 52 inc. 3° del Código Civil) con las de la ley anterior, cosa que no sucede en este caso ya que es posible efectuar una reinterpretación o relectura del art. 102 del Código Civil que le otorgue compatibilidad con el divorcio aprobado como causal de terminación del matrimonio en la nueva ley (art. 42 N° 2 LMC).

La Corte Suprema, de un modo indirecto, ha afirmado la vigencia del artículo 102 del Código Civil. Ha dicho que “Si la nueva Ley de Matrimonio Civil permite que las parejas pongan término al matrimonio por medio del divorcio con disolución de vínculo, lo es en el entendido que ambos cónyuges viven, lo que se ratifica con la definición, no modificada, del artículo 102 del Código Civil, al disponer que el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y por toda la vida. De lo anterior se infiere, en lo que nos interesa

<sup>24</sup> La sentencia es comentada críticamente por BARRIENTOS (2007) pp. 6 y 7.

<sup>25</sup> En este sentido, apuntan BARRIENTOS y NOVALES (2004) p. 163: “Queda descartada una posible interpretación que significara entender que la ley 19.947, al introducir el divorcio, ha derogado tácitamente en el artículo 102 del Código Civil la referencia a su naturaleza indisoluble, supuesto que consta la expresa voluntad del legislador de no derogarlo”.

<sup>26</sup> En el caso, la sentencia de primera instancia había declarado el divorcio por cese de la convivencia por más de tres años. Apelado el fallo en cuanto al monto de la compensación económica y elevado en consulta en lo referido a la concesión del divorcio, la apelante presentó un certificado de defunción de su marido demandante. La Corte de Apelaciones de Valparaíso confirmó la sentencia. La Corte Suprema anuló por casación en la forma la sentencia (por haberse omitido pronunciamiento sobre la consulta) y en la sentencia de reemplazo rechazó la acción de divorcio al estimar que el matrimonio había sido ya disuelto por la muerte de uno de los cónyuges. La decisión de la Corte, nos parece correcta: no puede disolverse un vínculo que ya está disuelto.

destacar, que el fallecimiento de uno de los contrayentes pone fin a la referida institución, adquiriendo el cónyuge sobreviviente el estado civil de viudo” (C. Sup. 7 de mayo de 2007, *GJ* N° 323, p. 139)<sup>26</sup>.

Como vemos en este último punto, la exclusión de la derogación tácita como solución adecuada de esta antinomia supone descubrir una nueva interpretación de la frase “indisolublemente, y por toda la vida” del texto del art. 102. ¿Cuál es esta nueva interpretación? Pueden mencionarse varias posibles alternativas, algunas de las cuales han sido defendidas ya por los comentaristas de la nueva ley. La primera de ellas es la que distingue entre indisolubilidad intrínseca e indisolubilidad extrínseca.

## 2. LA DISTINCIÓN ENTRE INDISOLUBILIDAD INTRÍNSECA Y EXTRÍNSECA

Esta posición ha sido formulada y defendida por Javier Barrientos y Aranzazu Novales. Según estos autores la indisolubilidad sigue formando parte de la naturaleza del matrimonio, conforme lo prescribe el art. 102 del Código Civil, pero, para lograr su compatibilidad con la admisión del divorcio, deben distinguirse dos dimensiones de la indisolubilidad del matrimonio: la intrínseca y la extrínseca. La intrínseca alude a que el vínculo es indisoluble por la mera voluntad de los cónyuges, mientras que la extrínseca dice relación con que el matrimonio no pueda ser disuelto por una potestad exterior, venida desde fuera. Entendida de este modo, la indisolubilidad a la que ahora alude el art. 102 sería la intrínseca, mas no la extrínseca que no se mantendría. Así lo explican los autores: “Sobre la base de la distinción anterior es posible predicar de la naturaleza del matrimonio en el sistema jurídico chileno su *indisolubilidad intrínseca*, supuesto que por su propia naturaleza se dirige a la perpetuidad y no puede ser disuelto por el simple consentimiento de los cónyuges. Por el contrario, no es posible predicar de ella su indisolubilidad extrínseca, en la medida en que la potestad civil, a través de un procedimiento judicial externo, se ha atribuido la facultad de disolverlo en los términos y condiciones que fija la ley, y tal carácter externo o extrínseco de la disolubilidad queda reafirmado por las expresiones que utiliza el artículo 44 de la LMC, en cuanto declara que ‘el matrimonio termina’ por ‘sentencia firme de divorcio’, esto es, por un acto de potestad externo”<sup>27</sup>.

En el fondo, y más allá de la terminología, esta tesis afirma que la indisolubilidad consiste en la sola imposibilidad de los cónyuges de decretar por sí mismos la terminación del contrato matrimonial. La pura voluntad de los cónyuges no pone fin al matrimonio. Se excluye, pues, del matrimonio la eficacia del mutuo disenso o resciliación (cfr. 1567 CC *ad initio*).

La aseveración de que el matrimonio no puede terminar por la sola voluntad de los cónyuges es correcta en nuestra ley, pero ¿será a este resultado tan pobre al que el legislador quiso referirse manteniendo como elemento esencial de la definición del matrimonio una palabra con tanta significación como “indisolublemente”, y no solo ella

<sup>27</sup> BARRIENTOS y NOVALES (2004) p. 164. Reitera esta posición al criticar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua de 8 de noviembre de 2006 que postula la derogación tácita como solución a la antinomia, suponiendo la incompatibilidad de preceptos: BARRIENTOS (2007) pp. 6-7.

sino “y por toda la vida”? Debe decirse que en la mayor parte de los regímenes divorcistas se mantiene el control judicial del divorcio, o al menos se requiere un trámite administrativo, ¿deberemos afirmar que en todo el mundo el matrimonio continúa siendo “indisoluble”, ya que en todos estos ordenamientos se conserva lo que Barrientos y Novales llaman “indisolubilidad intrínseca”? Pareciera que esta fórmula, aunque rescata a la norma de la derogación, lo hace al precio de disminuir fuertemente la significación del carácter indisoluble del matrimonio.

### 3. LA INDISOLUBILIDAD COMO ASPIRACIÓN INICIAL DE LOS CONTRAYENTES

Una solución que también fue expresada durante la tramitación de la ley para justificar el mantenimiento del art. 102, es que este se refería a la intención de los contrayentes a la época de celebración del matrimonio de contraerlo como un vínculo idealmente vitalicio. Se decía entonces que todas las personas se casan para toda la vida, y que ese era el significado de la indisolubilidad a la que hace referencia la definición del art. 102 del Código Civil.

Se trataría, entonces, no de una característica objetiva del contrato, sino solo una aspiración subjetiva o no vinculante para el futuro de la relación matrimonial. La voluntad de los cónyuges debe ser casarse para toda la vida, porque nadie se casa sin tener esa aspiración ideal<sup>28</sup>.

Por su parte, el legislador apoya esta intención de los contrayentes haciendo ver que también para la sociedad lo ideal es que el vínculo se contraiga con la voluntad de que sea para toda la vida. Algunos autores han aludido así a que el art. 102 en la parte que se analiza se habría convertido en una norma meramente programática<sup>29</sup>.

Es evidente que la norma alude a la intención de los contrayentes de casarse para toda la vida y al deseo del legislador de que este compromiso sea el que constituya el matrimonio, pero si fuera así, ¿cómo puede entenderse que tal intención o deseo no tengan ningún efecto jurídico vinculante? ¿Ha quedado esta parte del art. 102 del Código Civil despojado de su carácter de norma y ha pasado a ser mera retórica?

### 4. LA INDISOLUBILIDAD COMO REGLA GENERAL CON EXCEPCIONES

Otra forma de solución de antinomia es el criterio de especialidad: *lex specialis derogat generalis*. Las normas pueden ser conciliadas si una pasa a asumir la función de regla general y la otra se convierte en una regla especial aplicable a los específicos casos. De esta forma, la indisolubilidad a la que alude el art. 102 se habría convertido, después de la ley N° 19.947, en una regla general pero no absoluta, es decir, que admite excepciones. Estas excepciones estarían configuradas por las causales de divorcio. Así lo enten-

<sup>28</sup> Alude a esta explicación por medio de una cita de un texto mío que a su vez intentaba caracterizar la alegación de los diputados que defendían la compatibilidad del art. 102 con el divorcio, RAMOS (2007) t. I, p. 31.

<sup>29</sup> Aunque sin pronunciarse sobre si es esta la fórmula que el autor propicia, reseña esta alternativa LÓPEZ (2005), t. I, p. 141: “más que una derogación, habría simplemente una norma programática, que enuncia los deseos del legislador, pero que carece de carácter vinculante ya que no tiene los mecanismos jurídicos para ejecutarse”.

dían los principales impulsores del proyecto de ley que daría lugar a la nueva regulación, los diputados Mariana Aylwin e Ignacio Walker<sup>30</sup>. Así lo consideró también la mayoría de la Cámara de Diputados que aprobó el proyecto de ley sin derogar la norma del art. 102 del Código Civil.

Los comentaristas de la nueva ley hacen referencia a esta posible explicación, aunque sin mayor compromiso con ella<sup>31</sup>.

No deja de ser halagüeño que se reconozca al menos que la regla general es que el matrimonio es un compromiso vitalicio, y que el divorcio es un recurso excepcional. El problema es que es difícil identificar a qué casos se aplica la regla general, puesto que el divorcio puede aplicarse, según este criterio, a todo tipo de matrimonio, en cualquier época, y solo bajo condición de que se produzca un cese de la convivencia que, en definitiva, parece depender de la voluntad de cualquiera de los cónyuges. ¿Cuál es el sentido que cabe atribuir entonces a la indisolubilidad matrimonial como regla general? ¿No estamos frente a una excepción tan generalísima que, en vez de confirmar, quiebra y deja sin contenido la regla general?

#### IV. NUESTRA PROPUESTA: LA COEXISTENCIA DE DOS MODELOS DE MATRIMONIOS EN LA LEGISLACIÓN MATRIMONIAL

##### 1. LA DEFINICIÓN DE MATRIMONIO DEL ART. 102 DEL CÓDIGO CIVIL COMO MODELO PREPONDERANTE DEL SISTEMA MATRIMONIAL CHILENO

A nuestro juicio, ninguno de los criterios tradicionales para la solución de antinomias: jerarquía, competencia, cronología, especialidad, son adecuados para resolver la oposición entre el art. 102 del Código Civil y las normas de divorcio de la Ley de Matrimonio Civil. La conciliación solo se hace posible mediante una interpretación que delimite los ámbitos de vigencia de ambos tipos de normas, manteniendo su validez y eficacia<sup>32</sup>. Esta interpretación es la que procuramos exponer a continuación.

La contraposición entre la definición del art. 102 del Código Civil y las normas de la Ley N° 19.947 que permiten que el matrimonio termine por sentencia de divorcio, no es más que el punto más visible de la característica más fundamental de la nueva Ley de Matrimonio Civil: la de ser una legislación fracturada entre dos conceptos jurídicos

<sup>30</sup> AYLWIN y WALKER (1996) pp. 69-70: “En cuanto a una supuesta contradicción entre mantener esa definición [la del art. 102 CC] y legislar sobre el divorcio vincular, no lo consideramos así por cuanto se trata justamente de confirmar en la norma que el matrimonio es para toda la vida, admitiendo, sin embargo que hay excepciones. Por lo demás, la norma del artículo 102 de nuestro Código Civil, que consagra la indisolubilidad del vínculo, ha convivido por más de cien años con un título completo de la actual ley de Matrimonio Civil, que se refiere a la ‘disolución’ del matrimonio y que permite, por ejemplo, disolver el matrimonio por muerte presunta”. Una refutación de la idea de que la presunción de muerte sea una excepción a la indisolubilidad del matrimonio, puede verse en nuestro estudio CORRAL (1998) pp. 89-101.

<sup>31</sup> Refiere este sentido, RAMOS (2007), t. I, p. 3.

<sup>32</sup> Se ha dicho que “como por vía de interpretación pueden recabarse distintas normas a partir de una misma disposición o conjunto de disposiciones, la antinomia solo se produce ‘después de la interpretación’, por lo que a través de la interpretación puede también hacerse desaparecer una antinomia; o más exactamente, puede evitarse la aparición de la antinomia”: GASCÓN (1997) p. 283.

de la institución matrimonial. El resultado del debate público y de la discusión parlamentaria ha sido una ley que paradójicamente intenta proteger y respetar el matrimonio como compromiso institucional y jurídico (unión indisoluble) y, al mismo tiempo, acoger la concepción que ve en el matrimonio no más que una mera convivencia heterosexual formalizada registralmente<sup>33</sup>. Hay dos conceptos de matrimonio que conviven en la nueva normativa: el matrimonio-compromiso y el matrimonio-convivencia. Al primero pertenece la definición del art. 102 del Código Civil, pero también la sofisticada regulación de la nulidad matrimonial y las causales que producen la invalidez (lo que solo se entienden en el contexto de un matrimonio que no puede disolverse únicamente por la falta de vida común), la regulación autónoma de la separación de hecho y judicial de los cónyuges, y los deberes del juez de procurar la superación del conflicto matrimonial. Al segundo concepto, el matrimonio como mera convivencia afectiva, pertenece en cambio la regulación del divorcio por el simple cese de la vida en común.

Ahora bien, ¿cuál de estas concepciones coexistentes en la legislación matrimonial es la que tiene primacía? Nos parece que resulta claro que la coexistencia de los modelos matrimoniales no implica su equiparidad valorativa y dogmática. Es manifiesto que la ley opta, como modelo prevalente, si bien no absoluto, por el del matrimonio como compromiso de por vida. Así lo prueba que la única definición de matrimonio que la ley civil contempla destaque que los cónyuges en el matrimonio se unen indisolublemente. Así se entienden además las disposiciones generales de la misma ley que destacan el rol del matrimonio como base de la familia y los deberes del juez de contribuir a la superación de los conflictos conyugales. Por último, la norma del art. 91 de la Ley de Matrimonio Civil es clara demostración que entre los dos modelos, el legislador prefiere el concepto de matrimonio-compromiso indisoluble. Dicha norma se pone en el caso en que en un mismo juicio se demande por una parte el divorcio y por otro la nulidad del matrimonio; en tal caso, el legislador es categórico: el juez debe fallar en primer lugar la nulidad, y solo si esta se ha descartado procede la aplicación del divorcio. Es preferible para la ley que el matrimonio se mantenga como unión indisoluble, aunque inválidamente contraída, que como una convivencia no comprometida que se deja si efecto por mera cesación de la vida en común.

De esta manera, debe rechazarse que el art. 102 del Código Civil haya sido derogado por la ley N° 19.947 en la parte que se refiere a la indisolubilidad, pero también las tesis que disminuyen la fuerza jurídica vinculante de esta propiedad, convirtiéndola en signo de una mera aspiración de los contrayentes o de la sociedad o en una fórmula que excluye el divorcio *ad libitum*.

La definición se mantiene vigente y posee fuerza jurídica en todo el campo de aplicación del modelo matrimonial que la ley prefiere: la del compromiso jurídico de por vida. Solo cederá cuando la ley se resigna a acoger el modelo del matrimonio como mera convivencia. Esto tiene importantes consecuencias tanto en el plano dogmático como en el práctico.

<sup>33</sup> Al respecto y avanzando ya la interpretación que extendemos en el presente estudio véase nuestro trabajo CORRAL (2004a) pp. 259-272.

## 2. CONSECUENCIAS DOGMÁTICAS:

### *a) La admisibilidad de supuestos de matrimonios con indisolubilidad tutelada íntegramente*

Una primera consecuencia dogmática de la solución que proponemos es que hace comprensible la tesis de que en algunos supuestos es posible, incluso bajo la normativa de la Ley N° 19.947, afirmar que la indisolubilidad está tutelada absolutamente, es decir, con exclusión completa de la posibilidad de decretar el divorcio.

Uno de estos supuestos puede ser más hipotético que real en la actualidad, pero no carece de significación. Se trata de que un matrimonio sea considerado indisoluble según la ley del país en que se contrajo<sup>34</sup>. En este caso, sostenemos que dicho matrimonio será también reconocido como indisoluble en Chile, ya que no podría sostenerse, *ex art.* 102 CC, que la indisolubilidad sea contraria al orden público chileno. La aceptación del divorcio realizada por la Ley de Matrimonio Civil no puede llevar a sostener que ha cambiado el orden público chileno, reemplazando el principio de indisolubilidad por el de la disolubilidad del matrimonio<sup>35</sup>.

Otro supuesto, a nuestro juicio más discutible pero merecedor de atención, es el que se refiere al matrimonio contraído ante una entidad religiosa de derecho público y ratificado e inscrito luego en el Registro Civil, de acuerdo con el art. 20 de la Ley N° 19.947, si la regulación jurídico-eclesial de dicho matrimonio incluye como propiedad esencial la indisolubilidad. Es el caso del matrimonio celebrado conforme con el derecho

---

<sup>34</sup> Decimos que es un caso hipotético porque casi no hay países del mundo occidental que no hayan acogido el divorcio vincular. Entendemos, sin embargo, que en la República Dominicana el divorcio no se aplica a los matrimonios contraídos en forma canónica e inscritos en el Registro Civil. Según la ley N° 1306 bis, de 1937, modificada por la ley N° 3392, de 1954, el matrimonio puede ser disuelto por el divorcio, pero “en armonía con las propiedades esenciales del matrimonio católico queda entendido que, por el propio hecho de celebrar matrimonio católico, los cónyuges renuncian a la facultad civil de pedir el divorcio, que por esto mismo no podrá ser aplicado por los Tribunales Civiles a los matrimonios canónicos” (art. 1, párrafo 1). El precepto está reforzado por el Concordato celebrado por la República Dominicana y la Santa Sede con fecha 16 de junio de 1954 (cfr. AAS 46, 1954, 433-457), que en su artículo XIV dispone lo mismo: “1. La República Dominicana reconoce plenos efectos civiles a cada matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico. 2. En armonía con las propiedades esenciales del matrimonio católico queda entendido que, por el propio hecho de celebrar matrimonio católico, los cónyuges renuncian a la facultad civil de pedir el divorcio, que por esto mismo no podrá ser aplicado por los tribunales civiles a los matrimonios canónicos”.

<sup>35</sup> En contra podría sostenerse que cabe aplicar la ley chilena ya que esta es la conclusión a la que se llega cuando se pregunta cuál es la ley aplicable al divorcio de un matrimonio extranjero solicitado en Chile: cfr. AGUIRRE (2006) p. 322. No nos parece convincente este argumento porque la determinación de la ley aplicable al divorcio presupone la cuestión previa de si es posible concebir esa forma de disolución, esto tiene que ver más con las propiedades del matrimonio. Debe primar, en consecuencia, la norma del art. 80 LMC que señala que “los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración”. En las excepciones a este reconocimiento pleno no se encuentra el pacto de indisolubilidad. Por su parte, el art. 83 LMC dispone que no tiene valor en Chile el divorcio que se oponga al orden público chileno. Es decir, algunas formas de divorcio pueden oponerse al orden público, pero no la simple ausencia de la facultad de solicitar el divorcio, si así lo establece la ley bajo la cual se contrajo.

canónico de la Iglesia Católica. En contra se puede señalar que el inciso final del art. 20 LMC se preocupa de señalar que “los efectos” del matrimonio así contraído y reconocido “se regirán, en todo, por lo prescrito en esta ley...” Pero la expresión “efectos” admite dos lecturas: una que lo identifica con la eficacia general ante la ley, y otra, muy frecuente en los usos jurídicos, la que se refiere a los derechos y obligaciones derivados de un determinado acto o contrato. Si pensamos que el legislador quiso referirse a los efectos en este último sentido, el matrimonio religioso se regiría en cuanto a sus derechos y obligaciones por la ley civil, pero en cuanto a sus propiedades esenciales podría ser regido por el ordenamiento bajo el cual se contrajo, de manera similar a como sucede con el matrimonio contraído bajo un derecho extranjero. En tal caso, la indisolubilidad del matrimonio católico sería respetada por el ordenamiento civil chileno<sup>36</sup>.

Finalmente, un tercer supuesto en el que puede concebirse la protección jurídica absoluta de la indisolubilidad es en el matrimonio en el cual los cónyuges han expresado su voluntad de contraer un vínculo conyugal vitalicio. Lo ideal sería que este pacto fuera recogido por la inscripción del matrimonio en el Registro Civil, pero si no lo ha sido podría probarse en el juicio respectivo por otra plena prueba (instrumentos, testigos, confesión). Puede oponerse a esta tesis el hecho de que el art. 57 de la Ley de Matrimonio Civil consagre la irrenunciabilidad de la acción de divorcio. Se dirá, entonces, que el pacto de indisolubilidad, al contener una renuncia de la acción de divorcio, debe ser sancionado con la nulidad. Pero no es claro que sea lo mismo contraer un matrimonio indisoluble que renunciar a la acción de divorcio. La renuncia supone que la acción de divorcio ha sido posible, supone por tanto que se haya contraído un matrimonio que no ha contemplado la indisolubilidad como propiedad esencial. Si los cónyuges contraen matrimonio indisoluble no están renunciando a nada ni se están despojando de ningún derecho, sino que están optando por un matrimonio jurídicamente más estable en uso de la libertad que les da la ley y de la definición de matrimonio contenida en el art. 102 del Código Civil.

#### *b) La inexistencia de un derecho a divorcio*

La solución dogmática que propiciamos se extiende también a los casos en los que el divorcio puede ser eventualmente operativo. Una de las primeras consecuencias que podemos obtener en este campo es la inexistencia en el texto y espíritu de la nueva ley de otorgar a la facultad de pedir el divorcio ante ciertas causales legales, el estatus de un derecho subjetivo. No existe en nuestra legislación un derecho a divorciarse, a diferencia de lo que sucede con la facultad de contraer matrimonio que sí es considerado y fortalecido por la ley como un derecho inherente a la persona humana (art. 2º LMC).

Se entiende, en consecuencia, que el divorcio esté concebido en la ley como una forma excepcional de fracaso lamentable del proyecto matrimonial y, más bien, como una especie de tolerancia legalizada de algo que, en principio, no debería aceptarse, esto

<sup>36</sup> Con buenos argumentos defiende esta tesis SOZA (2005) pp. 411 y ss. En el mismo sentido, se pronuncia PRECHT (2006) p. 222, aunque señala que el juez podría ordenar la cancelación de la inscripción en el Registro Civil del matrimonio religioso en caso de divorcio por culpa o por común acuerdo (no así si se pretende un divorcio unilateral).

es, la revocación de la promesa de fidelidad incondicionada y de por vida. No se trata de la aplicación de un derecho de la persona para “descasarse” *ad libitum*, y según sus propios y personales intereses. Es la ley la que valora cuándo se levanta la protección de la indisolubilidad y se tolera la disolución del matrimonio. Por eso se justifican las causales, que deben ser comprobadas fehacientemente incluso cuando haya acuerdo entre los cónyuges<sup>37</sup>, y las limitaciones al divorcio como la constitución de fecha cierta para el cómputo del plazo de cese de la convivencia (art. 55 inc. 4° LMC), suspensión del plazo por reanudación de la vida en común (art. 55 inc. 5° LMC) o la del incumplimiento reiterado de obligaciones alimenticias (art. 55 inc. 3° LMC). Se entiende también que el art. 3, inc. 2°, de la ley ordene al juez que procure preservar y recomponer la vida en común en la unión matrimonial válidamente contraída, cuando se vea amenazada, dificultada o quebrantada.

*c) La interpretación restrictiva de las causales que hacen procedente el divorcio*

De lo anterior se sigue también que las normas que consagran el matrimonio como mera convivencia y admiten el divorcio por el cese de esta son, en el contexto de toda la regulación contenida en el sistema matrimonial chileno, reglas de excepción y como tal deben interpretarse restrictivamente. En esto coincide nuestra propuesta con la tesis de que el mantenimiento del art. 102 del Código Civil destaca la excepcionalidad del divorcio, entendido como una anomalía o frustración indeseada del proyecto matrimonial que, según los contrayentes y para el legislador, debía ser para toda la vida.

*d) La facultad de pedir el divorcio ante causal acreditada está sujeta al control de la teoría del abuso del derecho*

Antes hemos dicho que no existe propiamente en la ley un derecho indiscriminado y absoluto al divorcio, si no solo la facultad de solicitarlo cuando se cumplan las causales legales y no operen las limitaciones que la misma ley impone. Pero ahora debemos preguntarnos si una vez comprobadas las causales legales y la ausencia de impedimentos estamos frente a una facultad o derecho de solicitar el divorcio que puede considerarse absoluto por estar exento del control judicial que pueda prevenir un ejercicio abusivo o desviado del propósito del sistema jurídico al concederlo. Nuevamente nuestra interpretación del art. 102 del Código Civil nos da la pista para contestar esta pregunta. Si el modelo predominante de matrimonio es el indisoluble, y el divorcio está concebido solo como un recurso anómalo y excepcional para aquellos casos en los que la

<sup>37</sup> Con razón la Corte de Apelaciones de Santiago ha aclarado que no acogió la ley el divorcio por mutuo acuerdo, sino por cese de la convivencia cuyo plazo es menor si existe dicho consenso. En sentencia de 19 de junio de 2006, señala “Que del tenor de la ley resulta claro que el mutuo acuerdo de los cónyuges no constituye causal de divorcio, sino solo una circunstancia que incide en el período de cese de la convivencia que será necesario justificar para que sea acogida la demanda.– De esta manera, aun cuando ambos cónyuges soliciten el divorcio de común acuerdo, el juicio tendrá siempre carácter contradictorio, debiendo las partes proporcionar probanzas idóneas, suficientes para formar convicción acerca del cese efectivo de la convivencia, sin que su confesión constituya prueba suficiente de esa circunstancia”: rol 350-2006, publicada en ZAVALA y MONTECINOS (2007) p. 89.

ley ha decidido levantar la protección de la indisolubilidad y aplicar el modelo menos valorado del matrimonio-convivencia, parece claro que el juez tiene la posibilidad de controlar el ejercicio del derecho o facultad nacida de la ocurrencia objetiva de los hechos descritos en la ley como causales típicas del divorcio y ver si ellas no están siendo torcidas en sus finalidades sociales. Así, si el divorcio se pide solo como un medio, no de rehacer la vida contrayendo un nuevo vínculo, sino para provocar un perjuicio al otro cónyuge (por ejemplo, por el retiro de la protección de un sistema provisional que lo ampara ante una grave enfermedad) será legítimo que se deniegue el divorcio solicitado sobre la base de la teoría del abuso del derecho, aun cuando se acredite el cese de la convivencia requerido en abstracto por la ley<sup>38</sup>.

*e) La indisolubilidad forma parte de la naturaleza del matrimonio*

Una categoría dogmática que ocupa nuestro derecho civil es la de naturaleza del acto o negocio jurídico. Así el art. 1682 del Código Civil distingue entre la naturaleza de los actos o contratos y la calidad o estado de las personas; el art. 1563 dispone que debe hacerse la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato; el art. 1546 señala que los contratos obligan no solo a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación. Otras alusiones a la naturaleza del acto jurídico pueden verse en los arts. 1547, 1813, 1900 y 2432 del Código Civil. En todos ellos se intenta aludir a las características fundamentales que tipifican y singularizan el respectivo acto jurídico en sí mismo considerado<sup>39</sup>.

La Ley de Matrimonio Civil también tiene en cuenta esta categoría, y alude expresamente a la naturaleza del matrimonio. El art. 8 N° 2, que trata del error en la cualidad personal de uno de los contrayentes, se refiere expresamente a “la naturaleza o los fines del matrimonio”.

Es pertinente, en consecuencia, preguntarse si en la naturaleza del pacto conyugal, tal como se lo concibe en la Nueva Ley de Matrimonio Civil, debe considerarse incluida la propiedad de la indisolubilidad.

Hasta ahora los autores han dado respuestas disímiles a esta pregunta. Por una parte, se señala que atendida la introducción del divorcio y atendido que, de acuerdo a la historia de la ley, el mantenimiento de la indisolubilidad en la definición del art. 102 del Código Civil se debió a que se quiso hacer referencia a la intención de las partes y no a la naturaleza del contrato, la indisolubilidad no integra la naturaleza del matrimonio en el derecho vigente<sup>40</sup>. En cambio, otros piensan que la indisolubilidad, aunque ahora

<sup>38</sup> Sobre la posibilidad de alegar el abuso del derecho como fundamento de una excepción procesal a la demanda de divorcio, véase a ROMERO (2005) pp. 163 y ss.

<sup>39</sup> No es el sentido que el art. 1444 del Código Civil da a las cosas que son de la naturaleza del contrato, y que identifican las propiedades que no son esenciales al contrato pero que se entienden pertenecerle sin necesidad de una cláusula especial. Cuando se habla de la naturaleza del contrato en el sentido de las disposiciones mencionadas en el texto principal, se alude a las cosas que el art. 1444 llama “de la esencia”, esto es, aquellas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente.

<sup>40</sup> DE LA MAZA (2006) p. 68. El autor se plantea el tema con relación al art. 8 N° 2, analizando la relevancia que puede tener la indisolubilidad para configurar un error en la cualidad personal.

en su dimensión interna de que los cónyuges no pueden por sí mismos disolver el vínculo, forma parte de la naturaleza del matrimonio, ya que es contenida en la definición del art. 102 del Código Civil<sup>41</sup>.

La interpretación que hemos propuesto para resolver la antinomia de la que venimos tratando nos permite coincidir con esta última posición e incluso ir más allá. La naturaleza del matrimonio incluye la indisolubilidad del vínculo y no solo entendida en el sentido débil de la imposibilidad de que las partes puedan resolver por sí mismo el matrimonio, sino en el sentido fuerte, y como siempre se la ha entendido, es decir como imposibilidad de disolver el vínculo contraído válidamente mientras vivan ambos cónyuges, ya sea por las partes o por un poder externo a ellos. Es de nuevo el concepto de matrimonio civil que se propone como predominante en la Ley de Matrimonio Civil.

¿Y qué sucede con el divorcio? De nuevo hemos de mantener que cuando se pretenden aplicar los preceptos que lo consagran, se produce un cambio de planos normativos que incluye la transformación del concepto legal de matrimonio. Varía por tanto la naturaleza del matrimonio, se eclipsa la definición del art. 102 del Código Civil, y la indisolubilidad es expulsada de la esencia del pacto conyugal.

Aun así, la distinción de planos no es baladí. Cada vez que se trate de indagar sobre la naturaleza del matrimonio en cualquier sede o ámbito en los que no se trate de aplicar la normativa propia del divorcio, deberá incluirse en ella la indisolubilidad a la que alude el art. 102 del Código Civil. Por ejemplo, así sucederá en sede de nulidad matrimonial, que es donde justamente la Ley de Matrimonio Civil alude a la naturaleza del matrimonio (art. 8 N° 2 LMC).

### 3. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS

#### *a) Primacía de la acción de nulidad por sobre la de divorcio*

Una de las primeras consecuencias prácticas de la primacía del modelo del matrimonio como compromiso indisoluble lo prevé expresamente la Ley de Matrimonio Civil en su art. 91. Según este precepto “cuando se haya interpuesto solicitud de divorcio, en cualquier momento que el juez advierta antecedentes que revelen que el matrimonio podría estar afectado en su origen por un defecto de validez, se los hará saber a los cónyuges, sin emitir opinión. Si en la audiencia, o dentro de los treinta días siguientes, alguno de los cónyuges solicita la declaración de nulidad, el procedimiento comprenderá ambas acciones y el juez, en la sentencia definitiva, se pronunciará primero sobre la de nulidad”.

Aunque el artículo se refiere específicamente al caso de interposición de la acción de nulidad en el proceso de divorcio derivado de una sugerencia del juez, es manifiesto que la misma regla deberá aplicarse cuando se produzca esta interposición conjunta por propia iniciativa de los cónyuges, por el juego de demanda y reconvencción.

Si el modelo predominante de matrimonio es el indisoluble es claro que ante dos acciones: una que mantiene la indisolubilidad (como la de la nulidad) y otra que la

<sup>41</sup> BARRIENTOS y NOVALES (2004) pp. 162-165.

niega (como la de divorcio), el juez debe en primer lugar pronunciarse y fallar la primera y, solo en caso de que esta no sea procedente, podrá entrar a considerar la segunda.

*b) Primacía de la acción de separación judicial por sobre la de divorcio*

A diferencia del caso anterior, la ley no ha previsto expresamente cómo debe resolver el juez un pleito en el que concurren acciones de divorcio y de separación. La clave hermenéutica que nos proporciona el art. 102 del Código Civil sobre el modelo de matrimonio dominante, permitirá una solución adecuada del problema. Si al divorcio demandado por mero cese de la convivencia se opone una acción de separación fundada en el incumplimiento de deberes (por culpa), debe analizarse y fallarse en primer lugar la separación y si esta es aceptada se desechará la acción de divorcio. Si concurren acciones de separación y de divorcio ambas fundadas en el incumplimiento de deberes por parte de los cónyuges, el juez también deberá decretar la separación y no el divorcio, aunque las sanciones de la separación por culpa se aplicarán a ambos si se han acreditado las causales invocadas por las partes.

Por último, si se enfrentan en el pleito una acción de separación y una de divorcio, ambas fundadas en el cese de la convivencia, el juez también deberá dar lugar a la menos disruptiva y más congruente con el modelo matrimonial predominante que es el del art. 102 del Código Civil<sup>42</sup>.

*c) La separación judicial puede impedir la petición de divorcio*

También la primacía del modelo del matrimonio indisoluble del art. 102 del Código Civil permitirá afirmar que, decretada la separación judicial por mutuo acuerdo de los cónyuges, esta no podrá ser dejada sin efecto por la sola voluntad de uno de los cónyuges que más tarde reclama el divorcio unilateral. Justamente la separación judicial se articuló como una alternativa al divorcio y no como un mero tránsito hacia él (como ocurre en otras legislaciones), de modo que frustrar la solución consensuada de ambos cónyuges que recurrieron a la separación judicial por la revocación unilateral de uno de ellos, sería restar eficacia a esta como alternativa, además de consagrar una flagrante violación al principio de que nadie puede ir contra sus propios hechos<sup>43</sup>.

El profesor Jorge Baraona ha planteado que si un cónyuge frente a un cese de la convivencia decide optar por pedir la separación judicial y no el divorcio, precluye la facultad de pedir el divorcio por esa misma circunstancia que ya fue considerada por una sentencia que produce cosa juzgada. Además, estima que ninguno de los cónyuges podría demandar el divorcio invocando el cese de convivencia que sucede a la separación decretada judicialmente, ya que esta tiene como efecto la suspensión del deber de cohabitación<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Para una mayor fundamentación y detalle puede verse nuestro estudio CORRAL (2007a) pp. 151-160.

<sup>43</sup> Sobre el tema puede verse nuestro trabajo CORRAL (2007b) pp. 57-66.

<sup>44</sup> BARAONA (2005a) pp. 261-271; BARAONA (2005b) p. 193.

*d) Simulación matrimonial por exclusión de la indisolubilidad*

El problema de la simulación en el matrimonio presenta características diferentes a la simulación en los contratos patrimoniales. La simulación en el matrimonio puede ser total y compartida por ambos contrayentes (como por ejemplo, si dos personas se casan para lograr un beneficio de inmigración o previsional), pero puede también ser parcial o incluso unilateral, por ejemplo si se contrae matrimonio queriendo casarse pero excluyendo del consentimiento un elemento esencial del compromiso matrimonial (como la fidelidad, la comunidad de vida, la apertura a la procreación). En estos casos, bastaría que se demuestre que solo uno de los contrayentes excluyó de su consentimiento ese elemento esencial del matrimonio para concluir que no hubo realmente consentimiento auténticamente matrimonial.

Durante la tramitación del proyecto se intentó incluir la simulación como una forma de ineficacia o nulidad del matrimonio, pero finalmente esta idea no prosperó. Las razones que esgrimieron en su contra fueron el temor a los abusos a que podría prestarse una norma expresa en este sentido y a la posibilidad de que, en los casos extraordinarios en los que se presentara el problema, se aplicaran las reglas generales sobre simulación contractual.

Aun así la doctrina ha hecho ver que la simulación matrimonial puede ser considerada una causal de inexistencia del matrimonio, en cuanto es un requisito de la existencia reconocido desde siempre la prestación de un consentimiento propiamente matrimonial. Si hay simulación (comprobada judicialmente), no habrá consentimiento y si no hay consentimiento no puede existir matrimonio<sup>45</sup>.

Si esto es así, surge la pregunta sobre la posible exclusión de la indisolubilidad del matrimonio en la prestación del consentimiento, sea por parte de ambos contrayentes o solo por uno de ellos. Algunos podrían pensar que, introducido el divorcio, no sería causal de simulación, en el sistema legal chileno, la exclusión de la indisolubilidad, es decir, que las partes explícitamente no quisieran casarse para toda la vida, sino que condicionaran su consentimiento a que la unión fuera temporal.

Nuevamente la posición que defendemos, en el sentido de que el art. 102 del Código Civil sigue vigente y que rige como modelo o concepto predominante del matrimonio, nos lleva a la conclusión inversa. Es decir, la indisolubilidad es una propiedad que integra la naturaleza del matrimonio en el sistema chileno y, en consecuencia, si el consentimiento matrimonial la excluye directa y específicamente, no puede haber propiamente consentimiento matrimonial. Habrá simulación, y podrá constatarse judicialmente la inexistencia del contrato de matrimonio<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> BARRIENTOS (2006) pp. 72 y ss. Pueden verse también nuestros trabajos CORRAL (2004b) p. 52; y CORRAL (2005) p. 42.

<sup>46</sup> En contra BARRIENTOS (2006) p. 77, opina que “parece razonable sostener que el ejercicio del *ius conubii* con exclusión de algún elemento de la naturaleza del matrimonio, en principio, no lo haría inexistente, porque tal exclusión, concertada o unilateral, significaría una especie de ejercicio de la autonomía de la voluntad que no está permitida por el derecho matrimonial en virtud de la regla general del artículo 12 del Código Civil”. Por nuestra parte, insistimos en que no hay consentimiento propiamente matrimonial si uno o ambos cónyuges excluyen positivamente por un acto de la voluntad un elemento de

Abonan esta posición los antecedentes de la historia de la ley que nos dicen que, al menos, los legisladores intentaron aludir con la mención de la indisolubilidad matrimonial a la intención de los contrayentes que se casan para toda la vida.

*f) Error sobre la naturaleza indisoluble del matrimonio*

El supuesto que ahora debemos analizar es similar al de la simulación, pero se diferencia de él en que en este caso no existe la voluntad de excluir el matrimonio o sus propiedades esenciales, sino un error sobre la naturaleza del pacto conyugal. ¿Qué sucede si uno o ambos cónyuges, por ignorancia o error, desconocen que el matrimonio es un compromiso de por vida, indisoluble? ¿Puede ese error determinar la ineficacia del matrimonio formalmente contraído?

Nuevamente hemos de tener en cuenta que la indisolubilidad es un elemento de la naturaleza del matrimonio, una propiedad esencial, y que todo matrimonio necesita como requisito de existencia que se preste un consentimiento auténticamente matrimonial. Si esto es así, demostrado judicialmente que uno o ambos cónyuges desconocía o erraba sobre la indisolubilidad del vínculo que contraían y que ese error fue lo que determinó su voluntad de casarse, el juez podrá constatar que lo celebrado no fue un matrimonio, es decir, declarará su inexistencia<sup>47</sup>.

Como señala Barrientos, “si se presentara un caso en el que uno, o ambos de los pretendidos contrayentes, incurriera en un error de hecho sobre la especie misma del acto matrimonial (*error in negotio*), es decir, no entendiera contraer matrimonio según sus elementos esenciales, determinados por sus fines, sino un acto diverso, simplemente no habría ejercido el *ius conubii* y, por ende, no se habría formado consentimiento matrimonial alguno, de modo que no existiría matrimonio y, en virtud de la dimensión negativa de la libertad nupcial, podría impetrar que se declarase su estado de soltería y la inexistencia del supuesto matrimonio<sup>48</sup>.”

---

la naturaleza del matrimonio (como la indisolubilidad o la exclusividad sexual o la vida en común). Es lo que enfatiza la definición al hablar de que el matrimonio es un contrato (acuerdo de voluntades) que requiere un consentimiento “actual”. No podemos concordar con BARRIENTOS en que cuando se simula hay una renuncia de derechos de familia que son irrenunciables. El que excluye la indisolubilidad no renuncia a ningún derecho, sino que simplemente quiere realizar un acto jurídico diverso del matrimonio legalmente definido. La ley no puede tener por casado a alguien que no haya querido comprometerse de ese particular y específico modo. En todo caso, resulta curioso que BARRIENTOS concluya que el error sobre la naturaleza del matrimonio produce inexistencia y lo niegue en el caso de simulación, en que se da la misma situación de ausencia de un consentimiento específicamente matrimonial.

<sup>47</sup> No puede hacerse valer en contra la disposición del art. 1452 del Código Civil que excluye el error de derecho como vicio del consentimiento, por dos razones: 1º se trata de una norma aplicable a los contratos patrimoniales y no al matrimonio que tiene su regulación específica en materia de error; y 2º la disposición habla de que el error de derecho no vicia el consentimiento, pero aquí no se presenta un supuesto de un consentimiento viciado sino de la ausencia del consentimiento específicamente requerido.

<sup>48</sup> BARRIENTOS (2006) p. 71.

*g) Error en la cualidad personal e indisolubilidad*

Una novedad introducida por la Ley N° 19.947 en materia de nulidad del matrimonio es la recepción del error sobre la cualidad de la persona del otro contrayente como vicio del consentimiento conyugal. Según el nuevo art. 8 N° 2 de la ley no hay consentimiento libre y espontáneo si ha habido error acerca de alguna de las cualidades personales del otro contrayente que, atendida la naturaleza o los fines del matrimonio, ha de ser estimada como determinante para otorgar el consentimiento.

Se plantea, entonces, la cuestión de si la indisolubilidad del vínculo que, conforme al art. 102 del Código Civil, es una propiedad que integra la naturaleza del matrimonio mencionada en el art. 8 N° 2 de la Ley de Matrimonio Civil, puede ser materia del error sobre una cualidad personal que, de acuerdo a este último precepto, invalide el consentimiento matrimonial.

Íñigo de la Maza, estudiando el error en la cualidad personal, llega a la conclusión de que no debe considerarse la indisolubilidad por no ser integrante de la naturaleza del matrimonio<sup>49</sup>. Por nuestra parte, pensamos, con Barrientos y Novales<sup>50</sup>, que el art. 8 N° 2 de la Ley de Matrimonio Civil al aludir a la naturaleza del matrimonio hace referencia a las propiedades incluidas en la definición de matrimonio del art 102 del Código Civil, como la heterosexualidad, la unidad y la comunión de vida. A ellas debe unirse también la indisolubilidad, expresa y enfáticamente contenida en la definición.

Luego, en principio es perfectamente posible que un error sobre una cualidad personal del otro contrayente que sea determinante en orden a la indisolubilidad matrimonial llegue a viciar el consentimiento conyugal. No obstante, en la práctica un vicio de esta naturaleza normalmente quedará subsumido por la simulación matrimonial por exclusión directa de la indisolubilidad, a las que ya nos referimos más arriba. En efecto, si un cónyuge yerra sobre la intención del otro de contraer un vínculo realmente indisoluble (por ejemplo, si no sabe que se casa con ella solo para cumplir una apuesta hecha a un grupo de amigos), no será necesario recurrir al supuesto del art. 8 N° 2 de la Ley, y podrá argüirse que faltó el consentimiento matrimonial por simulación unilateral<sup>51</sup>. Por cierto, como la acción de simulación matrimonial es bastante desconocida por los abogados y los jueces chilenos, puede ser más viable reclamar de la nulidad invocando la regla expresa del art. 8 N° 2 de la Ley, siempre que se pruebe que el cónyuge que no excluyó la indisolubilidad consintió ignorando la disposición con la que contraía su consorte.

<sup>49</sup> DE LA MAZA (2006) p. 68: “Respecto de la indisolubilidad del vínculo, la historia fidedigna de la ley indica que el legislador entendió que esta se relacionaba con la intención de las partes y no con la naturaleza del contrato... De allí entonces que para efectos de la búsqueda de la naturaleza del contrato en la sede del error la indisolubilidad sea irrelevante”.

<sup>50</sup> BARRIENTOS y NOVALES (2004) pp. 238-239.

<sup>51</sup> Una posibilidad de aplicación autónoma del error en la cualidad podría encontrarse en el caso en que, uno de los cónyuges, no excluyó en el matrimonio la indisolubilidad pero adhiere a una religión o doctrina que niega que el matrimonio sea indisoluble. Pero, aparte de que estamos ante un supuesto que muy raramente ocurrirá, en un caso como ese podría sostenerse que el error del otro contrayente no sería capaz de invalidar el consentimiento ya que si bien se trata de un error sobre una cualidad personal y que recae sobre un elemento de la naturaleza del matrimonio, no sería determinante.

## V. OTROS ASPECTOS DE LA DEFINICIÓN DEL ART. 102 DEL CÓDIGO CIVIL INFLUIDOS POR LA LEY N° 19.947

### 1. LA HETEROSEXUALIDAD

La Ley N° 19.947 reforzó esta propiedad del matrimonio que se encuentra claramente explicitada en el art. 102 del Código Civil al hablarse del contrato entre “un hombre y una mujer”. Tal reforzamiento se llevó a efecto por la exigencia de que se trate de una unión de un hombre y una mujer el matrimonio que, habiéndose contraído en el extranjero de acuerdo a otra legislación, quiera hacerse valer en Chile (art. 80 inc. 1° LMC).

Queda claro, en consecuencia, que en el país las uniones entre personas del mismo sexo no tienen efecto alguno como matrimonio, cualquiera sea el reconocimiento que ostenten ante un derecho extranjero. No es que el matrimonio sea nulo o anulable, sino que es inexistente.

El art. 102 del Código Civil sirve, igualmente, para evitar que se haga una lectura antojadiza del art. 2° de la Ley de Matrimonio Civil, en el sentido de que consagraría el derecho a contraer matrimonio con independencia del sexo al que pertenecen los contrayentes: “La facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello”. Por el art. 102 del Código Civil y los arts. 18 y 80 de la Ley de Matrimonio Civil, queda claro que se trata del derecho a contraer matrimonio del varón con la mujer y de la mujer con el varón<sup>52</sup>.

### 2. LA CAPACIDAD PARA CONSUMAR EL ACTO CONYUGAL

El art. 102 del Código Civil sigue manteniendo que uno de los fines esenciales de la unión matrimonial es la de procrear. Al respecto la Ley N° 19.947 suprimió como requisito de validez del matrimonio la capacidad para realizar el acto conyugal, que, de acuerdo con la doctrina dominante, estaba contenido en el art. 4 N° 3 de la antigua Ley de Matrimonio Civil. Este precepto declaraba nulo el matrimonio contraído por quien padecía una impotencia perpetua e incurable<sup>53</sup>.

No obstante, de la mantención de la finalidad procreativa en la definición del art. 102 del Código Civil puede deducirse que la imposibilidad absoluta de consumar el matrimonio mediante la cópula sexual puede conducir a afirmar, si ya no la nulidad del matrimonio, la inexistencia del mismo. La capacidad de consumar el matrimonio se traslada, entonces, de requisito de validez del mismo a requisito de existencia<sup>54</sup>.

En todo caso, si uno de los cónyuges yerra sobre esta imposibilidad sexual que afecta al que contrae con él, se aplicaría el art. 8 N° 2 de la Ley de Matrimonio Civil,

<sup>52</sup> COURT (2004) p. 3, recoge esta reafirmación de la heterosexualidad del matrimonio, que desalienta cualquiera interpretación indiferenciada del art. 2 de la Ley N° 19.947. Además, debe tenerse en cuenta que la Convención Americana de Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, dispone que el derecho a contraer matrimonio se reconoce respecto “del hombre y la mujer” (art. 17.2).

<sup>53</sup> Advierte esta relación pero sin pronunciarse sobre el efecto de la innovación de la nueva ley, COURT (2004) p. 3.

<sup>54</sup> Nuestro trabajo CORRAL (2005) p. 44.

por cuanto se daría un error sobre la cualidad personal del otro contrayente que es determinante en orden a la naturaleza o los fines del matrimonio.

### 3. La finalidad de la vida en común

De acuerdo con el art. 102 del Código Civil el matrimonio tiene como fin esencial la vida en común de los cónyuges, ya que el hombre y la mujer lo contraen “con el fin de vivir juntos”.

La forma en que se ha consagrado el divorcio en el art. 55 de la Ley de Matrimonio Civil, que lo hace procedente por la sola prueba de haber cesado la vidas en común durante un cierto tiempo, sin entrar en consideraciones de por culpa de quién se rompió, parece desmentir una vez más la declaración del art. 102 del Código Civil. Señala desde este punto de vista José Antonio Galván que “El cumplimiento del deber de vivir juntos, a pesar de la declaración contenida en el artículo 102 del Código Civil, queda confiado, en la práctica, a la mera voluntad de los cónyuges, ya que puede interrumpirse de mutuo acuerdo o por decisión unilateral, ante lo cual el derecho reacciona simplemente homologando el cese o interrupción de la convivencia, sea en el caso de la separación de hecho, de la separación judicial o del divorcio”<sup>55</sup>.

La cuestión, nuevamente, puede resolverse con nuestra interpretación de los dos modelos matrimoniales y sus planos de vigencia. En todo lo que no sea divorcio es posible afirmar que el matrimonio no solo obliga a los cónyuges a vivir juntos, sino que conforma en ellos una comunión de personas en su complementariedad sexual y conyugal. Por eso la definición del art. 102 con agudeza señala que por el contrato de matrimonio el hombre y la mujer no se obligan a unirse, sino que se unen actual e indisolublemente y por toda la vida. Hay una comunidad que va más allá de la cercanía física de los cónyuges.

En este sentido, la Ley de Matrimonio Civil no solo ha mantenido el art. 102 del Código Civil sino que ha reafirmado esta concepción en sus preceptos propios. Por ejemplo, en el art. 18, inciso 2º, se dispone que durante la celebración del matrimonio el Oficial del Registro Civil leerá a los contrayentes los arts. 131, 133 y 134 del Código Civil; el art. 133 impone justamente el deber de ambos cónyuges de vivir en el hogar común, salvo que a alguno de ellos le asista razones graves para no hacerlo. Por otra parte, el art. 5 N° 3 dispone que no pueden contraer matrimonio válido los que por un trastorno o anomalía psíquica son incapaces para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio. Se reafirma así este elemento de la definición del art. 102 del Código Civil.

Tampoco nos parece del todo correcto señalar que del deber de vivir juntos en la práctica se ha diluido completamente al quedar al arbitrio de cualquiera de los cónyuges el interrumpir la convivencia. Dejando fuera la separación de hecho, que por ser justamente de hecho, no admite calificación jurídica, la separación judicial es sencillamente una razón legítima que suspende pero no extingue el deber de cohabitación (art. 33

<sup>55</sup> GALVÁN (2006) p. 19.

LMC). Además, se conserva la comunión de los cónyuges pues aunque vivan separados forman parte de la comunidad matrimonial y mantienen los deberes de solidaridad y ayuda mutua que esta implica. Por otro lado, si la interrupción de la convivencia fue determinada arbitrariamente por uno solo de los cónyuges, el inocente puede pedir la separación judicial pero por una violación grave de los deberes y obligaciones que le impone el matrimonio (art. 26 LMC), lo que originará sanciones civiles para el culpable.

En cuanto al divorcio, si bien coincidimos en que constituye una devaluación del deber de vivir juntos (y no solo de este sino de todos los deberes matrimoniales, ya que el matrimonio deja de concebirse como compromiso y pasa a ser una mera convivencia que se justifica mientras dura), no lo hace perder todo su significado, sobre todo si interpretamos el divorcio bajo la óptica que propiciamos, a saber como una resignación de la ley en casos muy circunscritos y calificados a proteger la indisolubilidad, la que se sigue manteniendo no obstante como modelo deseable y predominante en la valoración del conjunto del sistema jurídico matrimonial. En efecto, si un cónyuge interrumpe unilateralmente la convivencia y falta a su deber de cohabitación, y luego interpone acción de divorcio en contra del otro cónyuge fundado en el plazo de tres años de cese de la convivencia consagrado en el art. 55 de la Ley de Matrimonio Civil, es perfectamente posible que el cónyuge demandado demande reconventionalmente el divorcio pero por violación grave de los deberes y obligaciones matrimoniales (art. 54 LMC), esto es, por haber faltado su consorte al deber de vida común. Probada la causal invocada en la reconvenición, el juez decretará el divorcio en virtud de la culpa del demandante y rechazará la demanda que invocaba abusivamente el cese de la convivencia. Lo contrario sería permitir el abuso del derecho y el aprovechamiento del propio dolo<sup>56</sup>.

Pero es más, pensamos que el cónyuge inocente del abandono de hogar en que incurrió el que ahora le demanda de divorcio por el simple cese de la convivencia, puede reconvenir alegando separación judicial por violación grave del deber de convivencia. En este caso, como ya hemos sostenido, el juez debe dar prioridad a la demanda de separación y, acreditada la causal, decretará esta y no el divorcio abusivamente solicitado.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUIRRE VELOSO, Patricio (2006): “Derecho internacional privado del matrimonio y reconocimiento de sentencias extranjeras sobre divorcio y nulidad en la ley N° 19.947”, en: VIDAL OLIVARES, Álvaro (coord.), *El nuevo derecho chileno del matrimonio (ley N° 19.947 de 2004)* (Santiago, Edit. Jurídica de Chile) pp. 289-336.
- AYLWIN, Mariana y WALKER, Ignacio (1996): *Familia y divorcio. Razones de una posición* (Santiago, Los Andes) 125 pp.

<sup>56</sup> Ciertamente es que en este caso, al disolverse el vínculo, las sanciones al cónyuge infractor son casi inexistentes. La única que se contempla que el juez puede denegar o disminuir la compensación económica que le pudiere corresponder (art. 62 inc. 2° LMC).

- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2005a): “¿Puede demandarse el divorcio, cuando ya se ha debatido y resuelto judicialmente la separación judicial?”, *Ius et Praxis* N° 11 vol 2: pp. 261-271
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2005b): “Estrategias para enfrentar una demanda de divorcio”, en: CORRAL, Hernán y ASSIMAKÓPULOS, Anastasía (edits.), *Matrimonio civil y divorcio. Análisis crítico y criterios para la aplicación de la ley N° 19.947, de 2004*, Cuadernos de Extensión Jurídica (Santiago, Universidad de los Andes) N° 11: pp. 181-194.
- BARRIENTOS GRANDON, Javier (2006): “De la inexistencia del matrimonio en el Derecho chileno”, *Revista de Derecho* (U. Austral de Chile) N° 19 vol. 2: pp. 53-83.
- BARRIENTOS GRANDON, Javier y NOVALES Alquézar, Aranzazu (2004): *Nuevo Derecho Matrimonial chileno* (Santiago, LexisNexis) 472 pp.
- BARRIENTOS GRANDON, Javier (2007): “De la ‘indisolubilidad del matrimonio’ y de la ‘derogación tácita’”, *La semana Jurídica* año VII, N° 352: pp. 6-7.
- CLARO SOLAR, Luis (1942/1992): *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edic., reimp.) t. I, 425 pp.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (1997): “Iniciativas legales sobre familia y divorcio. La perspectiva del Derecho Civil”: en: AAVV, *Controversia sobre familia y divorcio* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile): pp. 131-205.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (1998): “La disolución del matrimonio por muerte presunta de uno de los cónyuges”, *Revista de Derecho* (P. Universidad Católica de Valparaíso) N° 19: pp. 89-101.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2001): *Ley de divorcio. Las razones de un no* (Santiago, Universidad de los Andes) 212 pp.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2004a): “Una ley de paradojas. Comentario a la Nueva Ley de Matrimonio Civil” *Revista Chilena de Derecho Privado* N° 2: pp. 259-272.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2004b): “El régimen de Nulidad Matrimonial en la Nueva Ley de Matrimonio civil”: en: AA.VV., *Seminario: Nueva Ley de Matrimonio Civil, Ley N° 19.947* (Santiago, Colegio de Abogados de Chile): pp. 27-56.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2005): “El régimen de los requisitos del matrimonio y de la nulidad en la nueva Ley de Matrimonio Civil”, en: CORRAL, Hernán y ASSIMAKÓPULOS, Anastasía (edits.), *Matrimonio civil y divorcio. Análisis crítico y criterios para la aplicación de la ley N° 19.947, de 2004*, Cuadernos de Extensión Jurídica (Santiago, Universidad de los Andes) 11: pp. 37-75.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2007a) “¿Puede ser la separación personal una alternativa al divorcio? Un análisis de la reciente Ley chilena de Matrimonio Civil”, *Gaceta Jurídica* N° 320: pp. 57-66.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2007b): “El principio de matrimonialidad y las acciones concurrentes de nulidad, divorcio y separación en los procesos de familia”, en: CORRAL, Hernán y RODRÍGUEZ, María Sara (coords.), *Estudios de Derecho Civil II. Actas de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Olmué, 2006) (Santiago, LexisNexis): pp. 151-160.

- COURT MURASSO, Eduardo (2004): *Nueva Ley de Matrimonio Civil* (Santiago, Legis-Universidad Adolfo Ibáñez) 168 pp.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2006): “El error en las cualidades personales del otro contratante en la ley N° 19.947”: en: AA.VV., *La nueva Ley de Matrimonio Civil: aspectos sustantivos y procesales. La mediación en Chile: perspectivas para un punto de encuentro*, Seminarios de Actualización, Cuadernos de Análisis Jurídico (Santiago, Universidad Diego Portales) N° 43: pp. 51-78.
- LÓPEZ DÍAZ, Carlos (2005): *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*, (Santiago, Librotecnia) 853 pp.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2004): “Reformas a la formación y efectos del matrimonio en la nueva ley: un apunte general”, en: AA.VV., *Seminario: Nueva Ley de Matrimonio Civil, Ley N° 19.947* (Santiago, Colegio de Abogados de Chile) pp. 3-24.
- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo (2006): “Separación y divorcio: causales y efectos”, en: AA.VV., *La nueva Ley de Matrimonio Civil: aspectos sustantivos y procesales. La mediación en Chile: perspectivas para un punto de encuentro*, Seminarios de Actualización, Cuadernos de Análisis Jurídico (Santiago, Universidad Diego Portales) N° 43: pp. 79-93.
- GALVÁN BERNABEU, José Antonio (2006): “El nuevo sistema matrimonial de la ley N° 19.947”, en: VIDAL OLIVARES, Álvaro (coord.), *El nuevo derecho chileno del matrimonio (ley N° 19.947 de 2004)* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 11-22.
- GASCÓN, Marina (1997): *Lecciones de Teoría del Derecho*, en: BETEGÓN, Jerónimo et al. (Madrid, McGraw-Hill) pp. 269-284.
- LIRA URQUIETA, Pedro (1944): *El Código Civil y el nuevo derecho* (Santiago, Nascimento) 335 pp.
- PRECHT PIZARRO, Jorge (2006): *15 estudios sobre Libertad Religiosa en Chile* (Santiago, Ediciones Universidad Católica) 274 pp.
- RAMÍREZ, Julio Justiniano (2004): “Breve reflexión sobre el divorcio vincular con disolución de vínculo ¿Derogación tácita del concepto de matrimonio definido en el artículo 102 del Código Civil?”, *Lex et veritas* (Universidad Internacional Sek), 2004, pp. 255-259.
- RAMOS PAZOS, René (2007): *Derecho de Familia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 6ª edic.) 673 pp.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2005): “El contenido del derecho de defensa frente a una acción de divorcio”, en: CORRAL, Hernán y ASSIMAKÓPULOS, Anastasía (edits.), *Matrimonio civil y divorcio. Análisis crítico y criterios para la aplicación de la ley N° 19.947, de 2004*, Cuadernos de Extensión Jurídica (Santiago, Universidad de los Andes) N° 11: pp. 163-180.
- SALINAS ARANEDA, Carlos (1998): “El concepto de matrimonio del Código Civil de Chile: una lectura canónica”, *Revista de Derecho* (U. Católica de Valparaíso) N° 19: pp. 57-87.
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (1955): *Evolución del Código Civil chileno* (Santiago, Nascimento) 564 pp.

- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (1963): *Derecho de Familia* (Santiago, Nascimento 2ª edic.) 782 pp.
- SOZA RIED, María de los Ángeles (2005): “El artículo 20 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil; algunos problemas de interpretación”, *Revista Chilena de Derecho* vol. 32 N° 3: pp. 405-412.
- ZAVALA, José Luís y MONTECINOS, Carolina (coords.) (2007): *Jurisprudencia divorcio* (Santiago, Puntotex) 333 pp.

#### NORMAS CITADAS

Ley N° 19.947, Establece nueva Ley de Matrimonio Civil. *Diario Oficial*, 17 de mayo de 2004.

#### JURISPRUDENCIA CITADA

- Alvarado con Salazar* (2007): Corte de Apelaciones de Rancagua, 8 de noviembre de 2006 (apelación); Corte Suprema, 30 de enero de 2007 (casación en forma y fondo), *Legal Publishing* N° 36086.
- Navarrete con Morales* (2007): Corte Suprema, 7 de mayo de 2007 (casación de oficio), *Gaceta Jurídica* N° 323, p. 139.
- C. Apelaciones de Santiago, 19 de junio de 2006, rol 350-2006, publicada en ZAVALA y MONTECINOS (2007) p. 89.