

DERECHO DE FAMILIA¹

LA FAMILIA Y EL MATRIMONIO

Sumario:

PRIMERA PARTE: LA FAMILIA

I.- GENERALIDADES SOBRE LA FAMILIA

- 1.- Concepto de familia.
- 2.- Composición de la familia, desde un punto de vista jurídico.
- 3.- La familia no es persona jurídica.
- 4.- La “familia tradicional” y la “familia moderna”. Evolución legislativa en Derecho de Familia.

II.- EL PARENTESCO

- 1.- Definición y clasificación.
- 2.- Cómputo del parentesco.
- 3.- Importancia del parentesco.

III.- EL DERECHO DE FAMILIA Y LOS DERECHOS DE FAMILIA

SEGUNDA PARTE: DE LOS ESPONSALES

- 1.- Definición.
- 2.- Características.
- 3.- Carencia de obligatoriedad de los esponsales.
- 4.- Efectos secundarios que producen los esponsales.

TERCERA PARTE: EL CONTRATO DE MATRIMONIO

I.- GENERALIDADES SOBRE EL MATRIMONIO

- 1.- Definición.
- 2.- Características.
- 3.- Principales diferencias entre el matrimonio y los contratos patrimoniales.
- 4.- Principios inspiradores de la Ley de Matrimonio Civil.

II.- CONDICIONES DE EXISTENCIA Y DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO

- 1.- Condiciones de existencia del matrimonio.
- 2.- Condiciones de validez del matrimonio.

III.- DE LA SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES

- 1.- De la separación de hecho.
- 2.- De la separación judicial.

IV.- DE LA TERMINACION DEL MATRIMONIO

- 1.- Causales que producen la terminación del matrimonio.
- 2.- De la terminación del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges.
- 3.- De la terminación del matrimonio por muerte presunta.

V.- DE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO

¹ Fecha de última modificación: 8 de febrero de 2018.

- 1.- Características de la nulidad matrimonial.
- 2.- Causales de nulidad del matrimonio.
- 3.- De la titularidad y del ejercicio de la acción de nulidad.
- 4.- De los efectos de la nulidad de matrimonio.
- VI.- DEL DIVORCIO
 - 1.- Concepto de divorcio.
 - 2.- Causales de divorcio.
 - 3.- De la titularidad y el ejercicio de la acción de divorcio.
 - 4.- De los efectos del divorcio.
- VII.- DE LAS REGLAS COMUNES A CIERTOS CASOS DE SEPARACION, NULIDAD Y DIVORCIO
 - 1.- De la compensación económica.
 - 2.- De la conciliación.
- VIII.- DE LA LEY APLICABLE AL MATRIMONIO Y DEL RECONOCIMIENTO DE LAS SENTENCIAS EXTRANJERAS
 - 1.- Principio general.
 - 2.- Todo matrimonio celebrado en Chile, se rige por la ley chilena.
 - 3.- Recepción en Chile, de las sentencias de divorcio o de nulidad de matrimonio, dictadas en el extranjero.
- IX.- DE LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO
 - 1.- Concepto y enumeración.
 - 2.- Análisis de los derechos-deberes o derechos-obligaciones
 - 2.1. Deber de fidelidad.
 - 2.2.- Obligación de socorro.
 - 2.3.- Deber de ayuda mutua.
 - 2.4.- Deber de protección recíproca.
 - 2.5.- Deber de convivencia.
 - 2.6.- Deber de respeto recíproco.
 - 2.7.- Deber eventual de cohabitación.
 - 2.8.- Obligación eventual de pagar compensación económica.

EL CONCUBINATO

CUARTA PARTE: DEL CONCUBINATO

- 1.- Concepto.
- 2.- Recepción en nuestra legislación.
- 3.- Recepción en nuestra jurisprudencia.

LA MEDIACIÓN FAMILIAR

QUINTA PARTE: DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

- 1.- Concepto y características.
- 2.- Principios de la mediación familiar.
- 3.- Clases de mediación familiar.
- 4.- Inicio de la mediación.

- 5.- Causas de inhabilidad para desempeñarse como mediador.
- 6.- Comunicación al mediador.
- 7.- Diligencias preliminares del mediador.
- 8.- Reglas especiales sobre la mediación en causas relativas al derecho de alimentos.
- 9.- Duración de la mediación.
- 10.- Resultados de la mediación.
- 11.- Registro de mediadores.
- 12.- Costos de la mediación.

EL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL

SEXTA PARTE: DEL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL

- 1.- Origen de la institución y concepto.
- 2.- Características del acuerdo de unión civil.
- 3.- Requisitos del acuerdo de unión civil.²
 - 3.1. Requisitos de existencia.
 - 3.2. Requisitos de validez.
- 4.- Formalidades previas y coetáneas a la celebración del acuerdo.
- 5.- Formalidades posteriores a la celebración del acuerdo. El registro Especial de Acuerdos de Unión Civil.
- 6.- Efectos del acuerdo de unión civil.
- 7.- Causales de término del acuerdo de unión civil.
 - 7.1. Por muerte natural de uno de los convivientes civiles.
 - 7.2. Por muerte presunta de uno de los convivientes civiles, de conformidad a lo dispuesto
 - 7.3. Por la comprobación judicial de la muerte de uno de los convivientes civiles efectuada por el juez del último domicilio que el difunto haya tenido en Chile, en los términos prescritos en los arts. 95 y 96 del Código Civil.
 - 7.4. Por el matrimonio de los convivientes civiles entre sí, cuando proceda.
 - 7.5. Por mutuo acuerdo de los convivientes civiles, que deberá constar por escritura pública o acta otorgada ante Oficial del Registro Civil.
 - 7.6. Por voluntad unilateral de uno de los convivientes civiles, que deberá constar por escritura pública o acta otorgada ante Oficial del Registro Civil.
 - 7.7. Por declaración de nulidad del Acuerdo.
- 8.- De los acuerdos de unión civil celebrados en el extranjero.
- 9.- Semejanzas y diferencias entre el contrato de matrimonio y el acuerdo de unión civil.
 - 9.1. Semejanzas entre el acuerdo de unión civil y el matrimonio.
 - 9.2. Diferencias entre el acuerdo de unión civil y el matrimonio.
- 10.- Modificaciones a diversos cuerpos legales.

² Según se verá, entre los requisitos del Acuerdo, no se contempla que haya transcurrido un cierto plazo desde su celebración. El Código Civil y Comercial argentino, en cambio, dispone en su art. 510, letra e) que el reconocimiento de los efectos jurídicos previstos a las uniones convivenciales requiere que los integrantes de la misma “mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años”.

PRIMERA PARTE: LA FAMILIA

I.- GENERALIDADES SOBRE LA FAMILIA.

1.- Concepto de familia.

De las entradas que el “Diccionario de la Lengua Española” dedica a la voz “familia”, las dos primeras corresponden al sentido en que comenzamos a estudiarla. La primera la define como “Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas”; la segunda, como “Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje”.

Ambas definiciones son problemáticas desde el punto de vista del Derecho. La primera restringe la familia a quienes viven juntos, siendo evidente que para el Derecho la familia no presenta tal restricción. La segunda, aunque más amplia, presenta el inconveniente de estar circunscrita a quienes son parientes entre sí, y no incluir en la familia al cónyuge o conviviente.

¿Qué ocurre en nuestro ordenamiento jurídico?

La Constitución Política de la República, desde sus primeras normas, se preocupa de la familia, aunque no la define sin embargo.

Tal como lo señala el art. 1º, inc. 2º, de la Constitución Política, “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”.

A continuación, en el inc. 3º, se proclama que el Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad, garantizándoles la adecuada autonomía para cumplir sus fines. La familia, sin duda, es uno de tales “grupos intermedios”, con seguridad el más importante de todos. Además, puesto que el Estado, en cuanto la familia es grupo intermedio, la “reconoce”, ésta es anterior y superior a aquél. Se explica lo anterior, porque la familia “es la primera forma de asociación. La familia es la asociación más elemental, esencial, básica y necesaria que forman las personas por su propia naturaleza sociable”.³

A su vez, en el inciso 5º, se deja en claro que es deber del Estado “dar protección (...) a la familia” y “propender al fortalecimiento de ésta”. De esta manera, la familia no es cualquier grupo intermedio, sino uno especialmente privilegiado por el constituyente.

Por su parte, el art. 19, N° 4, al hacerse referencia a las garantías constitucionales, señala: “La Constitución asegura a todas las personas: (...) 4º.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”.

El Código Civil alude en numerosos preceptos a la familia, pero tampoco contiene un concepto genérico de la misma.

El art. 1º, inc. 1º, de la Ley de Matrimonio Civil, se limita a replicar la declaración del inc. 2º del art. 1º de la Constitución Política.

³ Henríquez Viñas, Miriam y Núñez Leiva, José Ignacio, *Manual de Estudio de Derecho Constitucional*, Santiago de Chile, Universidad de Las Américas – Editorial Metropolitana, 2007, p. 18.

Ahora bien, habida cuenta que ni la Constitución, ni el Código Civil ni la Ley de Matrimonio Civil definen la familia, ¿Qué debemos entender entonces por tal desde el punto de vista del Derecho?

Para la profesora Angela Vivanco, la familia debe ser entendida a la luz del pensamiento doctrinario que inspira al inciso 1° del artículo 1°⁴, esto es, la doctrina cristiana. En efecto, de acuerdo a las Actas de la Comisión Constituyente, “la estructura constitucional descansará en la concepción humanista y cristiana del hombre y de la sociedad, que es la que responde al íntimo sentir de nuestro pueblo...”. Desde esta perspectiva, agrega la autora citada, “La noción de familia es considerada por el Constituyente –como se ha dicho- según la tradición cristiano occidental, basada en el matrimonio y, por tanto, compuesta por los cónyuges y los hijos. Para la Constitución no constituyen familia, sin perjuicio de la adecuada protección civil, las uniones extramatrimoniales.”⁵

Compartiendo el mismo criterio, el profesor Hernán Corral Talciani (citado por la profesora Vivanco), propone los siguientes argumentos para concluir que la familia ha de ser aquella basada en el vínculo matrimonial: 1° La Constitución no precisó que se refería a la familia legítima, porque le pareció algo obvio que no requería explicitación. El Constituyente se quiso referir al modelo paradigmático, tradicional y clásico de familia, que no es otro que el de la familia legítima o matrimonial; 2° La conciencia de que se trataba de una realidad obvia y que se daba por supuesta explica el silencio que sobre el punto se tuvo en la Comisión Constituyente; 3° Los textos internacionales en ningún caso hablan de familia como una realidad abierta y de carácter descriptivo. Más bien coinciden con el texto constitucional en que la familia es una institución fundamental y fundada en la misma naturaleza humana e íntimamente relacionada con el derecho a contraer matrimonio; 4° Es absurdo pensar que constituya deber del Estado no sólo proteger, sino propender al fortalecimiento de las uniones de hecho o de las parejas homosexuales⁶.

Con todo, la misma profesora Vivanco refiere que parte de la doctrina considera que la Constitución comprende tanto a la familia matrimonial como igualmente la no matrimonial, siendo deber del Estado dar protección y propender al fortalecimiento de una y otra. Quienes sostienen una interpretación “extensiva”, aluden al Pacto de San José de Rica, que establece la igualdad de todos los hijos, prevé la protección de la familia y ordena no discriminar entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio⁷. Resumiendo

⁴ “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

⁵ Vivanco Martínez, Ángela, *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*. Tomo II, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, pp. 47 y 48.

⁶ Corral Talciani, Hernán, *Familia y Derecho*, Santiago de Chile, Universidad de Los Andes, Colección Jurídica, 1994, p. 30, citado a su vez por Vivanco Martínez, Ángela, *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*. Tomo II, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, p. 50.

⁷ Vivanco Martínez, Ángela, *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*. Tomo II, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, p. 49. Según cita la autora, entre los autores chilenos, postulan una interpretación amplia, entre otros, Gonzalo Figueroa Yáñez, en su obra *Persona, Pareja y Familia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, año 1995, pp. 70-72; Jorge Ovalle Quiróz (*Pareja y Familia*, en el diario “El Mercurio”, edición del 22 de noviembre de 1998); y Carlos Peña González (*Instituciones modernas de Derecho Civil. Libro Homenaje al profesor Fernando Fueyo*, Santiago,

la profesora Vivanco los postulados “liberales” de la familia (que no comparte), señala: “Autores y organizaciones de otro signo consideran que las transformaciones de la familia en la postmodernidad y la secularización subsecuente de la institución familiar la han distanciado del matrimonio y del esquema tradicional referido. En la actualidad, el modelo de ‘familia moderna’ es el que impera en nuestra cultura. Este se caracteriza por ser una realidad secularizada. La familia ha roto su vínculo con la Iglesia y ha adoptado otro nuevo, de naturaleza puramente humana, basado en el amor y el respeto; en consecuencia, ha cambiado el concepto de matrimonio, que ahora se basa en una decisión personal y no en una obligación moral; en su estructura interna, se pone fin a la interdependencia de la que había en la ‘familia tradicional’ (...) En cuanto a la ideología, la ‘familia moderna’ es más tolerante con las opciones que eligen sus miembros y muestra, en general, un talante más democrático y dialogador.” Concluye la profesora Vivanco advirtiéndolo: “Si bien ha resultado clara la opción constitucional por la familia matrimonial, ello no significa que las interpretaciones posteriores del texto constitucional en una perspectiva más liberal, que sistemáticamente desatiende, objeta o directamente se contrapone con la historia de la Constitución, no cobren cierta fuerza en algunos espacios públicos y ejerzan una fuerte presión, que podría en el futuro traducirse en una discusión legislativa acerca del reconocimiento legal de las uniones de hecho o, incluso, sobre la posibilidad de uniones civiles entre personas del mismo sexo.”⁸

El propio legislador lo entiende así, en la Ley N° 20.066 (publicada en el Diario Oficial de fecha 7 de octubre de 2005), denominada “Ley de Violencia Intrafamiliar”, donde se protege explícitamente al conviviente (art. 5°). Aludiremos en mayor detalle a esta normativa, en la cuarta parte de nuestro trabajo. Otro indicio de la dirección que está tomando nuestro legislador, observamos en el art. 108 del Código Procesal Penal, que dispone: “Para los efectos de este Código, se considera víctima al ofendido por el delito. En los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiere ejercer los derechos que en éste Código se le otorgan, se considerará víctima: a) Al cónyuge o al conviviente civil y a los hijos; b) A los ascendientes; c) Al **conviviente...**”. La importancia de ser considerado “víctima”, se refleja en la posibilidad de reclamar la pertinente indemnización civil, derivada de la comisión del ilícito penal.

Desde el punto de vista del Derecho Civil, tradicionalmente se ha entendido la familia como un conjunto de individuos unidos por vínculo de matrimonio o de

1996, Editorial ConoSur, pp. 140 y siguientes). En la misma tendencia, la española Dolores Juliano, quien expresa: “Cuando en el momento actual se habla de los distintos tipos de familia que están surgiendo (monoparentales, hijos de varios matrimonios, familias homosexuales), es importante tener en cuenta que lo que se consideraba nuestro modelo dominante de familia (nuclear, conyugal y monógama), no es más que un modelo entre los muchos que existen, y que precisamente el concepto de ‘dominante’ lleva implícito otros tipos de comportamiento que pueden ser igualmente válidos. Tenemos opciones según las cuales se puede entender que en cualquier campo (incluso en la estructura social) no es necesaria la imposición de un modelo único, sino la preservación de una diversidad evaluada como equivalente, valiosa y fructífera.” (*El Juego de las Astucias*, Madrid, 1992, Editorial Cuadernos Inacabados).

⁸ Vivanco Martínez, Ángela, *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*. Tomo II, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, pp. 50 y 51.

parentesco.⁹ Manuel Somarriva destaca que “El derecho de propiedad y la idea de familia son los dos pilares en que descansa toda la estructura del Derecho Civil. El primero constituye la institución básica del Derecho Patrimonial; la segunda, del de Familia”.¹⁰

Dos son en consecuencia las vertientes de la familia, para la doctrina “tradicional”: el matrimonio y el parentesco.

Tanto el parentesco por consanguinidad como el por afinidad, dan origen a la familia y sirven de fundamento a las relaciones jurídicas que estudiaremos en el ámbito del Derecho de Familia.

La definición tradicional de familia tiende a ampliarse en la doctrina contemporánea. Desde ya, hay que tener presente que el artículo 1° de la Ley de Matrimonio Civil establece que el matrimonio es la base principal de la familia. La declaración es significativa, en orden a que puede advertirse que el matrimonio no es, por ende, la única base de la familia, sino “la principal”, lo que abre campo para sostener que desde un punto de vista jurídico, también hay familia donde no hay matrimonio, sino una relación de convivencia que se haya prolongado por un tiempo razonable.

Ahora bien, la Ley N° 20.830, publicada en el Diario Oficial el 21 de abril de 2015, creó el llamado “Acuerdo de Unión Civil”, destinado a regular el estatuto jurídico de la familia no matrimonial, como acontece en casi todos los ordenamientos jurídicos europeos. Con ello, se amplía la noción de familia desde el punto de vista jurídico. En consecuencia, a los dos factores mencionados del matrimonio y del parentesco, agregamos un tercero: la relación de convivencia, debidamente formalizada en el citado “Acuerdo”. Lo estudiaremos en la sexta parte de este apunte.

Así las cosas, tras entrar en vigencia la expresada Ley N° 20.830, la familia puede definirse como un conjunto de individuos unidos por un vínculo de matrimonio o de parentesco o de convivencia civil.

Por lo demás, junto a lo ya expresado respecto de la Ley de Violencia Intrafamiliar y el Código Procesal Penal, nuestro legislador reconoce formalmente la existencia de la familia tratándose de una relación de convivencia, en el marco de la “Ley Indígena”: En efecto, la Ley N° 19.253, sobre Pueblos Indígenas, dispone en su art. 14: “Tanto en las enajenaciones entre indígenas como en los gravámenes a que se refiere el artículo anterior, el titular de la propiedad deberá contar con la autorización establecida en el artículo 1749 del Código Civil a menos que se haya pactado separación total de bienes y, en caso de no existir matrimonio civil, deberá contar con la autorización de la mujer **con la cual ha constituido familia**. La omisión de este requisito acarreará la nulidad del acto.”

2.- Composición de la familia, desde un punto de vista jurídico.

⁹ Rossel Saavedra, Enrique, *Manual de Derecho de Familia*, 7ª edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 1. Somarriva definía la familia en términos similares, aunque algo más amplios: “el conjunto de personas unidas por el vínculo del matrimonio, del parentesco o de la adopción”, aunque la referencia a ésta última hoy estaría demás, pues la adopción de un menor, única adopción hoy admitida en nuestra legislación, origina un vínculo de parentesco entre adoptantes y adoptado, concretamente de padres e hijo.

¹⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho de Familia*, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1936, p. 7.

Consignemos, seguidamente, algunos preceptos que se refieren, en distintas materias, a la composición de la familia. En ellos, si bien el Código Civil no define la familia, se desprenden suficientes elementos para caracterizarla; son tales: artículos 42, 815, 988, 989, 990 y 992.

2.1. El art. 42 señala que dentro del término “parientes” se comprenden:

- a) El cónyuge;
- b) Los consanguíneos mayores de edad, sean en línea recta o colateral; y
- c) Los afines, sean en línea recta o colateral.-

2.2. El art. 815 establece un concepto similar de familia, disponiendo que la forman:

- a) El cónyuge;
- b) Los hijos;
- c) El número de sirvientes necesarios para la familia;
- d) Las personas que viven con el usuario o habitador y a costa de éstos (“allegados”); y
- e) Las personas a quienes el usuario o habitador deben alimentos.

2.3. Los arts. 988 a 990 y el 992, al regular la sucesión intestada, señalan como miembros de una familia para éstos efectos:

- a) Al cónyuge;
- b) Los parientes consanguíneos en la línea recta; y
- c) Los parientes consanguíneos en la línea colateral, hasta el sexto grado inclusive.-

La familia entonces, estaría compuesta por aquellas personas que, de alguna manera, tienen derechos hereditarios en la sucesión intestada de una persona. La lejanía en el parentesco, desprende de la familia a ciertas personas.

A las normas del Código Civil, cabe agregar las contenidas en la Ley N° 20.830, relativas al “Acuerdo de Unión Civil”, que permiten concluir que quienes celebren dicho contrato, constituyen familia.

Por su parte, el art. 5 del Decreto Ley N° 3.500, que establece el nuevo sistema de pensiones, señala que se entiende por componentes del “grupo familiar” del causante, y serán por ende beneficiarios de pensión de sobrevivencia, las siguientes personas:

- a) El cónyuge o conviviente civil sobreviviente.
- b) Los hijos de filiación matrimonial, no matrimonial o adoptivos.
- c) Los padres.
- d) La madre o el padre de los hijos de filiación no matrimonial del causante.

Lo mismo ocurre en el art. 4 de la Ley N° 20.255, que establece la reforma previsional, al incorporar dentro del “grupo familiar” que permite acceder a la “Pensión Básica Solidaria de Vejez”, al conviviente civil.

3.- La familia no es persona jurídica.

No tiene existencia propia como organismo jurídico. La familia no es un ente ficticio (art. 545), sino que una realidad socio-biológica, que existe desde el inicio de los

tiempos. No estamos ante una creación intelectual, sino ante un órgano natural, y que a lo largo de la Historia ha resultado esencial para la subsistencia de la especie humana.

Los derechos, los deberes y las obligaciones que el ordenamiento jurídico contempla en el Derecho de Familia, no recaen en un ente colectivo o persona ficta llamado “familia”, sino en personas concretas que la integran.

Así, por ejemplo, si uno de los cónyuges adquiere un inmueble, éste no pertenece a “la familia”, sino que a ese cónyuge. Lo anterior, sin perjuicio de las normas que protegen a los demás que forman parte de la familia.

Los efectos legales derivados de la relación de familia recaen sobre las personas naturales. Por ello, se dice que entre nosotros, la familia es un organismo social o ético, más que jurídico.¹¹

4.- La “familia tradicional” y la “familia moderna”. Evolución legislativa en Derecho de Familia.

En las líneas que siguen, haremos una síntesis de las ideas planteadas por el profesor Gonzalo Ruz Lártiga, en su obra *Explicaciones de Derecho Civil. Derecho de las Personas en Familia*¹², que nos permiten apreciar cómo ha mutado el Derecho de Familia durante los 160 años de vigencia de nuestro Código Civil.

Subraya el profesor Ruz cuáles eran, a su juicio, las principales características de la familia tradicional en Chile, desde los tiempos de la Colonia hasta fines de la pasada centuria:

1. La familia constituida sobre una base eminentemente patriarcal y religiosa.

El padre, entendido como “el monarca” de la familia, que como tal protegía a la mujer e hijos, quienes le debían obediencia. El marido, en tal contexto, era titular de la potestad marital (sobre su mujer), de la potestad paterna (sobre la persona de sus hijos) y de la patria potestad (sobre los bienes de sus hijos). Los hijos, sólo quedaban liberados de éstas potestades cuando cumplían 25 años (téngase presente, al respecto, que sólo a partir del año 1943, mediante la Ley N° 7.612, la mayoría de edad se alcanzará a los 21 años; y a partir del año 1993, cuando los hijos cumplan 18 años, conforme a la Ley N° 19.221). A su vez, considérese que en lo concerniente al cuidado personal de los menores, si los padres estaban divorciados, tocaría al padre el cuidado de los hijos varones, una vez que cumplieran cinco años. Sólo con la Ley N° 5.680, del año 1935, se extendió de cinco a diez años la edad hasta la cual los hijos varones permanecerían bajo el cuidado personal de la madre. Más adelante, con la Ley N° 10.271, del año 1952, los hijos menores de 14 años quedarían bajo el cuidado personal de la madre, sin distinción de sexo, y de las hijas de toda edad. En otras palabras, correspondía el cuidado personal de las hijas hasta que cumplieran 21 años, y el de los hijos sólo hasta los 14 años. Luego, con la Ley N° 18.802, del año 1989, se estableció un derecho preferente de la madre para tener el cuidado personal de los hijos menores, cualquiera sea su sexo, hasta que cumplieran 18 años.

¹¹ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., p. 2.

¹² Ruz Lártiga, Gonzalo, *Explicaciones de Derecho Civil. Derecho de las Personas en Familia*, Tomo V, Santiago de Chile, AbeledoPerrot-Thomson Reuters, 2012, pp. 7 y siguientes. Tuvimos oportunidad de presentar esta obra en la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás.

Finalmente, con la Ley N° 20.680, del año 2013, se elimina el derecho preferente de la madre en esta materia, y se consagra la idea de que el interés superior del hijo ha de determinar cuál de sus padres debe tener el cuidado personal del menor.¹³

2. Desigual trato entre marido y mujer.

En variados aspectos, afirma el profesor Ruz, el trato del Código Civil hacia la mujer casada y madre de familia era odiosamente discriminatorio. Esta desigualdad, no era ajena al principal de los redactores de nuestro Código Civil, el insigne Andrés Bello. Su pensamiento, se refleja en el propio Mensaje que el Presidente Montt dirige al Congreso Nacional solicitando la aprobación del Código Civil, al señalar en uno de sus apartados: “Conservando la potestad marital, se ha querido precaver sus abusos y se ha mejorado la suerte de la mujer bajo muchos aspectos (...) se ha organizado y ampliado en pro de la mujer el beneficio de la separación de bienes; se ha minorado la odiosa desigualdad de los efectos civiles del divorcio entre los dos consortes; se ha regularizado la sociedad de gananciales; se han dado garantías eficaces a la conservación de los bienes raíces de la mujer en manos del marido”.¹⁴

Con todo, no podían los redactores de nuestro Código Civil sustraerse de las condiciones de la época, y ello explica que Bello dijera: “durante la sociedad se ha descartado el dominio de la mujer; este dominio es una ficción que a nada conduce”.¹⁵ Aunque se reconocía a la mujer su derecho a desarrollar un trabajo, ello era siempre bajo la atenta tutela de su marido. Así se observa, al considerar el tenor del originario artículo 150 del Código, que rezaba: “Si la mujer casada ejerce públicamente una profesión o industria cualquiera, (como la de directora de colegio, maestra de escuela, actriz, obstetriz, posadera, nodriza), se presume la autorización jeneral del marido para todos los actos i contratos concernientes a su profesión o industria, mientras no intervenga reclamación o protesta de su marido, notificada de antemano al público, o especialmente al que contratase con la mujer”.¹⁶

Al contraer matrimonio, los cónyuges sólo podían hacerlo bajo el régimen de sociedad conyugal, y la mujer sólo podía demandar la separación judicial de bienes en el caso de insolvencia o administración fraudulenta del marido (art. 155), aunque se admitía la posibilidad de estipular en las capitulaciones matrimoniales que la mujer administrara una parte de sus bienes propios con independencia del marido (art. 1720).

Pero no obstante la preocupación exhibida por nuestro legislador decimonónico en orden a mejorar la condición jurídica de la mujer, y reconociendo el importante progreso que implicó la Ley N° 5.521 del año 1934, que introdujo en el Código el patrimonio reservado, sólo en el año 1989, al entrar en vigencia la Ley N° 18.802, la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal, deja de estar considerada como “relativamente incapaz”

¹³ Cfr. nuestro trabajo “Consideraciones en torno al cuidado personal de los menores y su relación con la patria potestad”, en *Estudios de Derecho Privado. Libro homenaje al jurista René Abeliuk Manasevich*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile – Universidad Andrés Bello, 2011, pp. 145-194.

¹⁴ Mensaje del Código Civil de la República de Chile, décimo sexta edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 15.

¹⁵ Rossel Saavedra, Enrique, *Manual de Derecho de Familia*, 7ª edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1994), p. 101.

¹⁶ Código Civil de la República de Chile, Valparaíso, Imprenta y Librería del Mercurio de S. Tornero e Hijos, 1865.

y por ende, no requerirá en adelante actuar representada o autorizada por su marido. Sin embargo, la capacidad plena que le reconoce el legislador a partir del citado año es más bien teórica que efectiva, desde el momento que el marido continúa –hasta nuestros días– como “jefe” de la sociedad conyugal, y administrando no sólo los bienes sociales, sino que también los bienes propios de la mujer, prohibiéndole la ley a ésta ejecutar actos o contratos respecto de dichas especies. Téngase presente que nuestra doctrina mayoritaria, se ha inclinado por considerar que si la mujer casada en sociedad conyugal celebra por sí misma un contrato que incide en sus bienes propios, sin la intervención del marido ni de la justicia ante la negativa injustificada de éste, el acto adolecería de nulidad absoluta, atendida la naturaleza de norma prohibitiva que tendría –se afirma–, el art. 1754 del Código Civil.¹⁷ Adicionalmente, el marido tiene sobre los bienes de su mujer un usufructo legal o derecho legal de goce, que le permite hacerse dueño de todos los frutos que produzcan tales bienes, aunque pertenezcan a la mujer. Aún más, no puede preterirse que el único caso en que el mandato puede ser revocado por una persona diferente del mandante, es precisamente aquél que fue conferido por la mujer, que posteriormente contrajo matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal; en este caso, el marido podrá revocarlo a su arbitrio, cuando el mandato incide en bienes de la mujer que se hayan bajo la administración del primero (art. 2171 del Código Civil). A su vez, el art. 1579 del mismo Código dispone que reciben legítimamente el pago, los maridos por sus mujeres en cuanto tengan la administración de los bienes de éstas. Por su parte, la Ley N° 19.585 agregó un inciso 4º al art. 1225 del Código Civil, referido a las asignaciones deferidas a la mujer casada en sociedad conyugal: en tal caso, el marido aceptará o repudiará, pero con el consentimiento de la mujer, otorgado en la forma prevista en los dos últimos incisos del art. 1749 del Código Civil.

De ahí que se pueda hablar, hoy día, de una plena capacidad falaz o sólo aparente, como aquella que el Código Civil le reconoce a la mujer casada en sociedad conyugal a partir del año 1989.

3. La indisolubilidad del matrimonio.

El matrimonio era la única forma de constituir familia. Era además indisoluble y como está dicho, no había otro régimen que el de sociedad conyugal. La separación de bienes era parcial y declarada judicialmente en forma excepcional.

4. Castigo a la filiación ilegítima o natural.

Se impedía toda forma de investigación de la paternidad (y más aún de la maternidad), ya que las relaciones de filiación sólo podían tener su origen en el matrimonio y en el reconocimiento voluntario del padre. Con todo, cabe advertir que la solución que planteó sobre esta materia Andrés Bello, fue más humana que la del código francés. En esta materia, como ha destacado la profesora Maricruz Gómez de la Torre, la condición de los hijos naturales, en el derecho previo a la codificación, era mucho mejor que aquella que tendrían después de dictarse los códigos civiles. En efecto, durante la época previa a la codificación, se admitía la investigación de la paternidad tratándose de los hijos naturales, incluso sobre la base de presunciones judiciales. A los hijos naturales se

¹⁷ Ramos Pazos, René, *Derecho de Familia*, Tomo I, 7ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2010, pp. 238-241. En contra, sosteniendo la tesis de la nulidad relativa, Rodríguez Grez, Pablo, *Regímenes Patrimoniales*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pp. 87 y 88.

les reconocían importantes derechos, tales como gozar de la nobleza de sus padres (recordemos a don Juan de Austria, hijo natural de Carlos V y medio hermano de Felipe II, que detentaba un rango de primer orden en el Imperio); podían pedir alimentos; heredaban a su padre o madre a falta de descendencia legítima; y podían ser legitimados. Esta situación de los hijos naturales experimentaría un retroceso en los códigos civiles de fines del Siglo XVIII y del Siglo XIX. Sugestiva es la frase que se le atribuye a Napoleón Bonaparte, dirigida a los redactores del Código Civil francés, y que tan dura e injusta suena a nuestros oídos: “La sociedad no tiene interés en que sean reconocidos los bastardos”. En España, Florencio García Goyena, redactor del Proyecto de Código Civil del año 1852, propiciaba la exclusión de los derechos de los hijos naturales. Afirmaba que un buen Código no debe mancharse con las repugnantes categorías de hijos naturales, espúreos, adulterinos, sacrílegos, incestuosos; que la palabra hijo debe llevar siempre consigo y representar necesariamente la idea del matrimonio; que de este modo se estimula al matrimonio y se realza su dignidad. Era también partidario de prohibir los juicios de investigación de la paternidad natural, por ser escandalosos y prestarse a abusos de mujeres que se pretenden seducidas y que sólo piensan en reparaciones pecuniarias.

5. Negativa a reconocer jurídicamente las uniones de hecho.

Puesto que no había familia fuera del matrimonio, mal podría haberse reconocido una categoría distinta, que mereciera protección jurídica.

6. Tratamiento enérgico del adulterio, sobre todo cuando era cometido por la mujer.

Así, por ejemplo, hasta la citada reforma al Código Civil del año 1952, se presumía de derecho que si el adulterio de la madre causó el divorcio, ésta era depravada, privándosele por ende de la tuición de sus hijos menores, de cualquier sexo y edad. El adulterio del padre, en cambio, no suponía, necesariamente, “depravación”, y por tanto, podía tener la tuición de sus hijos a partir de los cinco años o incluso de sus hijos e hijas menores de cualquier edad, de haber operado la presunción de derecho que afectaba a la madre. Recuértese, además, que antes de la despenalización del adulterio, obrada por la Ley N° 19.335, de 23 de septiembre de 1994, y de su redefinición igualitaria en sede civil, de acuerdo con la Ley N° 19.422, de 13 de noviembre de 1995, el tratamiento del adulterio no era el mismo para la mujer y para el marido: la mujer casada cometía adulterio cuando yacía con varón que no fuere su marido (antiguo art. 375 del Código Penal), mientras que el adulterio del varón casado sólo se producía cuando “tuviere manceba dentro de la casa conyugal o fuera de ella con escándalo” (antiguo art. 381 del Código Penal).

¿Cuál es, a juicio del profesor Ruz, la estructura actual de la familia en la ley chilena? Consigna como sus principales características:

1. Nuestro Derecho reconoce una estructura basada en el reconocimiento de la validez de los matrimonios civiles y religiosos, pero todavía limitando el matrimonio a la unión de un hombre y una mujer, sin reconocer la familia monoparental ni menos a la familia homosexual. A su vez, se observa un tímido reconocimiento de la separación de hecho en la Ley de Matrimonio Civil.

2. Doble estándar en materia de indisolubilidad del matrimonial: fin de una hipocresía real y mantenimiento de la hipocresía legal de indisolubilidad. A pesar de que el art. 102 del

Código Civil consagra su carácter indisoluble, hoy gozamos de un matrimonio “disoluble”, con el reconocimiento del divorcio desvincular.

3. Debilitamiento de la autoridad paterna: hoy, hablamos de “autoridad parental”, para referirnos a la que detentan ambos padres en condiciones igualitarias.

4. Incongruencia entre la “plena capacidad de la mujer casada” y los resabios de la autoridad marital, habiendo sociedad conyugal: por una parte, se le reconoce a la mujer plena libertad en lo relativo a la administración de su patrimonio reservado, mientras que por otro lado se le da un tratamiento de incapaz en lo concerniente a la administración de los bienes sociales y propios, entregada al marido por regla general.

5. “Libertad vigilada” para el marido: progresivamente, se han incorporado en el Código Civil restricciones a la administración que el marido hace de la sociedad conyugal, de manera que para una serie de actos y contratos, requiere obtener la autorización de la mujer o del juez en subsidio. Esta situación contrasta con las facultades omnímodas que éste tenía en el Código originario (decía el art. 1749, en su tenor primitivo, que tenía un solo inciso: “El marido es jefe de la sociedad conyugal, i como tal administra libremente los bienes sociales i los de su mujer; sujeto, empero, a las obligaciones que por el presente título se le imponen i a las que haya contraído por las capitulaciones matrimoniales”).

6. Igualdad de la calidad de hijos: un gran paso formal y de fondo, afirma el profesor Ruz, fue la eliminación de aquella odiosa y discriminatoria nomenclatura de hijos de filiación legítima, natural o ilegítima. Hoy, todos los hijos que tengan una filiación determinada, tienen igualdad de derechos, cuestión particularmente relevante en materia sucesoria.

Como puede constatarse de la comparación de la situación pasada y presente, resulta ostensible la transformación profunda experimentada por nuestro Derecho de Familia, especialmente a partir de la mitad del Siglo XX hasta nuestros días. Sin embargo, no debe creerse que las modificaciones experimentadas por nuestro Derecho Civil sean sólo propias del Siglo XX y del actual. En realidad, tal tendencia comenzó durante el mismo Siglo XIX, con la Ley de Matrimonio Civil, aunque es cierto que se aceleró a partir de la segunda mitad del Siglo precedente. En efecto, sin que la enumeración siguiente en modo alguno pretenda ser exhaustiva, mencionemos algunas leyes importantes, que han supuesto introducir reformas sustantivas al Código Civil y a leyes especiales en materia de Derecho de Familia¹⁸:

1. Ley de Matrimonio Civil de 10 de enero de 1884.

2. Decreto Ley N° 328 de 1925 y la Ley N° 5.521 de 19 de diciembre de 1934, que reemplazó al primero, por los cuales se mejoró sensiblemente la situación jurídica de la mujer y particularmente de la mujer casada. Esta Ley N° 5.521, modificó la definición de patria potestad, que en su texto primitivo era privativa del padre, incorporando como titular de la misma a la madre y precisando en qué casos le correspondía asumirla. Cabe consignar que ella tuvo por antecedente el citado Decreto Ley N° 328 de 1925, dictado por el gobierno de facto de la época, por iniciativa de su Ministro de Justicia, José Maza. Dicho Decreto Ley había concedido a la madre la patria potestad en subsidio del padre. Con el retorno de la democracia, en 1932, se estimó necesario perfeccionar sus normas, lo que

¹⁸ Somarriva Undurraga, Manuel, *Evolución del Código Civil Chileno. Homenaje al centenario de su promulgación*, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1955, pp. 10 y 11.

precisamente se pretendió mediante la Ley N° 5.521 del año 1934, que derogó el Decreto Ley N° 328 y modificó el Código Civil en la forma supradicha.

3. Ley N° 5.680, de 13 de septiembre de 1935¹⁹: esta Ley, extendió de cinco a diez años, la edad hasta la cual los hijos varones permanecerían bajo el cuidado personal de la madre. Cumpliendo diez años, los varones pasaban a quedar bajo el cuidado personal del padre, permaneciendo las hijas con la madre.

4. Ley N° 5.750 de 2 de diciembre de 1935, que permitió investigar la paternidad ilegítima para el efecto que el hijo ilegítimo pudiera demandar alimentos de su padre.

5. Ley N° 7.612 de 21 de octubre de 1943, en virtud de la cual se permite alterar las capitulaciones matrimoniales durante el matrimonio sustituyendo el régimen de sociedad conyugal por el de separación total de bienes.

6. Ley N° 7.613, de 21 de octubre de 1943, que establece la adopción ordinaria.

7. Ley N° 10.271 de 2 de abril de 1952, una las más importantes reformas al Código Civil, que autoriza la investigación de la filiación natural, simplifica el reconocimiento de los mismos y mejora los derechos hereditarios del cónyuge y de los señalados hijos naturales.

8. Ley N° 14.908, de 5 de octubre de 1962, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias.

9. Ley N° 16.346, de 20 de octubre de 1965, sobre legitimación adoptiva.

10. Ley N° 16.618, de 8 de marzo de 1967, Ley de Menores.

11. Ley N° 18.703, de 10 de mayo de 1988, sobre adopción.

12. Ley N° 18.802, de 9 de junio de 1989. La principal reforma al Código Civil que introdujo esta ley, fue suprimir, al menos en teoría, la incapacidad relativa de la mujer casada en sociedad conyugal.

13. Ley N° 19.325, de 27 de agosto de 1994, sobre violencia familiar.

14. Ley N° 19.335, de 23 de septiembre de 1994, que incorporó en el Código Civil la institución de los bienes familiares y el régimen de participación en los gananciales.

15. Ley N° 19.585, del 26 de octubre de 1998, vigente a partir del 27 de octubre de 1999. La llamada “Ley de Filiación”, supuso la reforma más profunda al Código Civil en materia de Derecho de Familia y Derecho Sucesorio. Sin duda, la modificación más relevante consistió en establecer la igualdad ante la ley en la condición de los hijos matrimoniales y no matrimoniales, en reemplazo del antiguo distingo entre hijos legítimos y naturales, eliminando de paso la categoría de hijos simplemente ilegítimos.

16. Ley N° 19.620, sobre adopción de menores, de 5 de agosto de 1999.

17. Ley N° 19.741, de 24 de julio de 2001, que introduce modificaciones a los alimentos.

18. Ley N° 19.947, de 17 de mayo de 2004, que contiene la nueva Ley de Matrimonio Civil, que reemplazó la antigua que nos regía desde el año 1884.

19. Ley N° 19.968, de 30 de agosto de 2004, que crea los Tribunales de Familia y establece el procedimiento aplicable en los juicios que antes éstos se ventilen.

20. Ley N° 20.030, de fecha 5 de julio de 2005, que incide en la prueba de la filiación.

21. Ley N° 20.066, Ley de Violencia intrafamiliar, que sustituyó a la Ley N° 19.325.

22. Ley N° 20.152, de 9 de enero de 2007, que modifica normas sobre el derecho de alimentos.

¹⁹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 123 a 136.

23. Ley N° 20.286, de 15 de septiembre de 2008, que modifica la Ley sobre Tribunales de Familia. La misma ley excluye toda forma de maltrato físico y psicológico a los hijos.

24. Ley N° 20.680, de 21 de junio de 2013, que modifica normas sobre el cuidado personal y la patria potestad.

25. Ley N° 20.830, de 21 de abril de 2015, que crea Acuerdo de Unión Civil.

A las normas anteriores, pueden agregarse convenciones internacionales suscritas y ratificadas por nuestro país, propias del Derecho de Familia, como por ejemplo la Convención sobre los Derechos del Niño (Diario Oficial de 27 de septiembre de 1990) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Diario Oficial de fecha 9 de diciembre de 1989).

Esta manifiesta dinámica legislativa demuestra que nuestra sociedad ha buscado en forma ininterrumpida, adecuar las normas del Derecho de Familia a las transformaciones experimentadas por aquélla, particularmente en las últimas décadas.

II.- EL PARENTESCO.

1.- Definición y clasificación.

El parentesco es la relación de familia que existe entre dos personas.²⁰

Esta relación se establece atendiendo a tres vínculos diferentes:

a) Vínculo de sangre: que da origen al parentesco por consanguinidad.

Son parientes consanguíneos los que tienen la misma sangre, y esto ocurre entre dos personas que descienden una de la otra o de un mismo progenitor, en cualquiera de sus grados (art. 28).

b) El matrimonio: da origen al parentesco por afinidad.

Nace del matrimonio, y es el que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos de su marido o mujer (art. 31).

Cabe consignar que este parentesco por afinidad no desaparece con la muerte de uno de los que le dieron origen por medio del matrimonio o con la sentencia de divorcio, como lo da a entender claramente el art. 31, al aludir a persona “que está o ha estado casada”. Por lo tanto, el viudo o viuda o los divorciados, siguen siendo pariente por afinidad, con los consanguíneos del cónyuge fallecido o del cónyuge de quien se han divorciado.

También debe precisarse que no existe parentesco por afinidad entre los consanguíneos de una de dos personas que se han casado y los consanguíneos del otro. Así, por ejemplo, los consuegros o los concuñados no son parientes entre sí.

c) El acuerdo de unión civil: el art. 1 de la Ley N° 20.830 establece que los convivientes civiles serán considerados parientes para los efectos previstos en el art. 42 del Código Civil. En realidad, puesto que la ley se limita a decir que los convivientes civiles serán considerados parientes sólo “para los efectos previstos en el artículo 42 del Código Civil”, en realidad el pacto no origina entre ellos parentesco alguno.

²⁰ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., p. 2.

A su vez, este acuerdo también origina parentesco por afinidad entre uno de los convivientes civiles y los consanguíneos del otro de los convivientes civiles. Dispone el art. 4 de la citada Ley: “Entre un conviviente civil y los consanguíneos de la persona con la que está unida por un acuerdo de unión civil existirá, mientras éste se encuentre vigente, parentesco por afinidad. La línea y grado de afinidad de una persona con un consanguíneo de su conviviente civil se califica por la línea o grado de consanguinidad de dicho conviviente civil”.

Nótese la diferencia con el parentesco por afinidad derivado del matrimonio: en este último caso, el parentesco subsiste después de terminar el matrimonio; en el caso del acuerdo de unión civil, se extingue.

- Los cónyuges no son parientes por afinidad.

Aun cuando el Código Civil no resolvió el tema expresamente, la doctrina ha concluido que los cónyuges no son parientes afines entre sí. En efecto, no quedan comprendidos en el art. 31 ni tampoco es posible computar el grado de parentesco en que estarían si se aceptara la hipótesis de que fueran parientes. Ello demostraría que no fueron considerados tales al crearse el sistema de parientes afines.

Es cierto que en otras disposiciones legales, los cónyuges son comprendidos entre los parientes -art. 42, por ejemplo-, pero para resolver la duda, se dice que es necesario atender a las reglas normativas del fenómeno y no a aquellas accidentales. En tal sentido, se agrega que el art. 42 sería más bien una norma de carácter procesal.

Por lo demás, en otros artículos se distingue claramente entre parientes y cónyuges: art. 15 N° 2; art. 353, inc. 3º.²¹

- Los convivientes civiles no son parientes por afinidad.

Como se expresó, a pesar de lo establecido en el art. 1 de la Ley N° 20.830, los convivientes civiles no son en verdad parientes entre sí, no hay entre ellos parentesco por afinidad. El parentesco que esta ley les atribuye tiene alcances muy limitados, según se señaló: sólo para ser oídos en ciertas gestiones judiciales.

2.- Cómputo del parentesco.

El parentesco por consanguinidad se computa por la línea y el grado.

La línea es la serie de parientes que descienden los unos de los otros o de un autor común. La línea puede ser ascendente o descendente

Atendiendo a la línea, el parentesco puede ser de línea recta o de línea colateral. Son parientes en línea recta los que descienden unos de otros. Son parientes en línea colateral los que sin descender unos de otros, tienen un ascendiente común (art. 27).

La línea puede ser ascendente o descendente, según sea el caso, es decir, desde el pariente en que nos situemos para el cómputo.

²¹ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., pp. 3 y 4.

El grado equivale al número de generaciones que separan a dos parientes (art. 27): así, el padre es pariente de primer grado en la línea recta del hijo y el abuelo de segundo grado en la línea recta del nieto.

En el parentesco colateral, es necesario encontrar al ascendiente común y subir hasta él para bajar después hasta el otro pariente. Así, por ejemplo, dos hermanos son parientes en segundo grado, dos “primos hermanos” lo son en cuarto grado y dos “primos en segundo grado” lo son en sexto grado. Como se indicó, de conformidad al art. 992, regla 2ª, la línea colateral no se extiende, para los efectos sucesorios y jurídicos en general, más allá del sexto grado. A su vez, también debemos tener presente que en la línea colateral, nunca el parentesco lo será en el primer grado; el más cercano, lo será en segundo grado.

El parentesco en la línea colateral, puede ser de simple o de doble conjunción. Es de simple conjunción, cuando el parentesco es sólo de parte de padre o madre; es de doble conjunción, cuando los colaterales son parientes a la vez en la línea paterna y materna, o sea, cuando proceden de un mismo padre y de una misma madre (art. 41). Este distingo puede tener importancia para los efectos sucesorios, cuando los llamados a suceder fueren los hermanos del causante u otros colaterales hasta el sexto grado (artículos 990 y 992).

Al parentesco por afinidad, se le aplican las mismas reglas. Así, por ejemplo, el yerno tiene con sus suegros el mismo grado que con sus propios padres. En otras palabras, se ocupa ficticiamente el mismo lugar de la persona con la cual se contrajo matrimonio (art. 31, inc. 2º).

3.- Importancia del parentesco.

El parentesco es sin duda la vinculación más importante que establece el Derecho Privado. Sus efectos son tan amplios que abarcan toda la vida del individuo. En orden de importancia, lo es más el parentesco por consanguinidad que el de afinidad.²²

De tal forma, el parentesco:

- a) Determina los derechos, los deberes y las obligaciones que nacen entre los padres y los hijos.
- b) Se debe alimentos a los parientes que señala el art. 321. Excepcionalmente, se debe alimentos a quien no es pariente: al cónyuge y al que hizo una donación cuantiosa no rescindida o revocada.
- c) Es el parentesco el que determina quienes son llamados a la guarda legítima de una persona (art. 367).
- d) El parentesco determina quienes concurren y quienes son excluidos en la sucesión de una persona.
- e) Determina quienes deben otorgar el consentimiento a los menores de 18 y mayores de 16 años para contraer matrimonio: art. 107 (sanción: art. 114).
- f) El parentesco puede constituir un impedimento para contraer matrimonio (art. 6º, Ley de Matrimonio Civil).

²² Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., pp. 4 y 5.

g) En materia contractual, es nulo el contrato de compraventa y el contrato de permuta entre el padre o madre y el hijo no emancipado (arts. 1796 y 1900).

h) El art. 1061 invalida las disposiciones testamentarias hechas a favor, por ejemplo, de determinados parientes del notario, tanto por consanguinidad como por afinidad.

III.- EL DERECHO DE FAMILIA Y LOS DERECHOS DE FAMILIA.

1.- Concepto de Derecho de Familia y de derechos de familia.

El Derecho de Familia, resalta Ramos Pazos,²³ como toda rama del Derecho, puede ser definido en sentido objetivo o subjetivo. En sentido objetivo, para aludir al conjunto de normas que regulan las relaciones jurídicas de familia. Se trata entonces del Derecho de Familia. En sentido subjetivo, para referirse a las facultades o poderes que nacen de aquellas relaciones existentes entre los miembros de la familia. Se trata en este caso de los “derechos de familia”.

Se entiende por Derecho de Familia, según Ferrara, “el complejo de las normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los pertenecientes a la familia entre sí y respecto de terceros”.²⁴

Se denominan derechos de familia las vinculaciones jurídicas establecidas por la ley respecto de las personas que han contraído matrimonio, o que están unidas por parentesco o por acuerdo de unión civil. El objeto de estas vinculaciones puede ser moral o patrimonial, o ambos a la vez. Pero sea que el derecho de familia cree una obligación puramente ética o económica, en ambos casos presenta caracteres que lo diferencian de un derecho puramente patrimonial.²⁵ Por eso, en lugar de hablar de “obligaciones” (concepto propiamente patrimonial), en el ámbito del Derecho de Familia, suele aludirse a “deberes”. Pero no se trata de deberes *puramente morales*, sino que *jurídicos*.

¿Qué diferencia esencialmente a los “deberes” de las “obligaciones”? Por cierto, en cuanto a su *exigibilidad* no hay diferencia alguna. Tanto los deberes cuanto las obligaciones son exigibles. Y esto es así, precisamente porque los deberes son jurídicos. Tampoco la hay en cuanto al hecho de que en un caso y en otro, la inobservancia está *sancionada* (sin perjuicio de que las sanciones difieran).

En realidad, la diferencia esencial se encuentra en el *contenido* de unos y de otras. El contenido de los deberes es esencialmente ético, mientras que el contenido de las obligaciones es económico o patrimonial. Con todo, la violación de deberes jurídicos puede traer aparejada *consecuencias* económicas o patrimoniales para el infractor.

Otras diferencias, apunta la doctrina, serían que la infracción de deberes jurídicos no admite *indemnización de perjuicios*, mientras que el incumplimiento de una obligación sí permite al acreedor reclamarla. Advertimos, sin embargo, que ésta es una cuestión sumamente controvertida en la actualidad, especialmente a partir de divorcios decretados por culpa de uno de los cónyuges, y las eventuales demandas indemnizatorias de

²³ Ramos Pazos, René, *Derecho de Familia*, 3ª edición actualizada, Tomo I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 14.

²⁴ Citado por Ramos Pazos, René, ob. cit., p. 14.

²⁵ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., p. 5.

perjuicios deducidas por el cónyuge inocente. Una tercera diferencia apunta a que no es posible recurrir a un procedimiento de *ejecución forzada* para obtener el cumplimiento de deberes jurídicos, mientras que ello es posible tratándose de obligaciones.

Entre nuestros autores, René Abeliuk plantea que la relación entre deber jurídico y obligación sería una de género a especie, siendo el género el deber y la especie la obligación. A su vez, los deberes jurídicos los divide en tres especies: deberes generales, deberes específicos y obligaciones. Y los deberes jurídicos propios del Derecho de Familia, corresponden a la segunda especie, es decir se ubican entre los deberes jurídicos específicos. Sostiene al efecto: “Aunque existe bastante confusión entre los autores para precisar la obligación en el sentido que corresponde a esta obra, creemos que debe distinguirse el deber jurídico de la obligación, siendo el primero el género y la segunda una especie. El deber jurídico es una norma de conducta impuesta coactivamente por el legislador, en el sentido de que se sanciona su inobservancia. Dentro de los deberes jurídicos podríamos distinguir primordialmente tres categorías: los deberes generales de conducta, los deberes específicos de conducta, y las obligaciones en su sentido técnico estricto. Es deber general de conducta actuar conforme a derecho, cumpliendo sus prescripciones imperativas, y absteniéndose de lo prohibido. DE tal se califica así lo que impropiaamente se ha querido designar como obligación en los derechos reales, y que consiste en el deber de respetar el derecho del titular; su infracción se traduce en la indemnización de los perjuicios. Igualmente, es deber general de conducta abstenerse de cometer actos ilícitos, so pena de indemnizar los daños ocasionados, o de ser sancionado penalmente si se cae en alguna de las figuras castigadas criminalmente. Este deber general de conducta puede reducirse a que hay que actuar conforme lo prescribe el ordenamiento jurídico, estando sancionada cualquiera infracción al mismo. Fuera de este deber general, el legislador establece también deberes específicos que él mismo suele calificar de obligaciones, aunque no lo son técnicamente; por ello creemos que es preferible conservarles la designación de deberes específicos, a falta de otra denominación mejor. Tales son la mayor parte de los deberes de familia que rigen las relaciones no pecuniarias entre padres e hijos, cónyuges entre sí, etc. Se diferencian fundamentalmente de las obligaciones propiamente tales, en que por el contenido moral y afectivo que suponen, no son susceptibles ni de ejecución forzada ni de indemnización de perjuicios en caso de infracción”.²⁶

Sobre el particular, muy interesante es, en nuestra opinión, lo expuesto en un fallo de la Corte de Apelaciones de Talca, de fecha 3 de agosto de 2012, redactado por el abogado integrante de la misma y profesor de Derecho Civil Ruperto Pinochet Olave: “Que ahora, respecto del segundo argumento esgrimido para el rechazo de la aceptación de la posibilidad de generar responsabilidad civil por actos sucedidos al interior del matrimonio, referido a la circunstancia de que las obligaciones y deberes que nacen de las relaciones de familia poseen un fuerte contenido ético, el mismo autor antes citado explica que parte de la jurisprudencia y doctrina desconoce el carácter jurídico de los deberes conyugales, fundado en su naturaleza de simples deberes éticos, cuyo cumplimiento queda entregado

²⁶ Abeliuk Manasevich, René, *Las Obligaciones*, Tomo I, 5ª edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 37.

a la conciencia de los cónyuges, incoercibles en su esencia, haciendo imposible el ejercicio de cualquier acción por su incumplimiento. Con todo, en la actualidad, tanto en la doctrina comparada como nacional, tiene mayor acogida aquella tesis que defiende el carácter jurídico de los deberes y derechos conyugales, siguiendo de esa forma a la Escuela Exegética francesa, inspirada en el Código Civil francés, que los considera “auténticos deberes jurídicos exigibles legalmente”. En efecto, “la casi unanimidad de la doctrina española sostiene la postura de que estamos frente a verdaderos deberes jurídicos, dotados de un fuerte contenido ético o moral, que carecen de coercibilidad jurídica; pero que no obstante, su carácter ético o moral no le priva de su juridicidad y, viceversa, su carácter jurídico no le priva de ser considerado también como un deber moral o ético. En este sentido, reconocen que se tratan de deberes jurídicos incoercibles directamente, pero agregan que ello no les priva de su juridicidad, sino que al contrario, hace tanto más urgente arbitrar los medios precisos para mantenerlas en pie en esta condición suya plenamente jurídica. Que en fin, el carácter jurídico de los deberes conyugales debería hoy estar fuera de discusión, si pretendemos mantener el matrimonio con su naturaleza de institución jurídica” (David Vargas Aravena, *Ponencia presentada a las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2011*)”.

2.- Características del Derecho de Familia y de los derechos de familia.^{27 28 29}

a) Por regla general, el Derecho de Familia es de orden público. Queda al margen de la autonomía de la voluntad; es el legislador el que consagra los derechos e impone los deberes y las obligaciones y determina su alcance y consecuencias, atendido a que predomina en el Derecho de Familia el interés social por sobre el interés personal. Los individuos no pueden introducirle modificaciones (sobre el particular, es interesante consignar que tras la promulgación de la Ley N° 19.585, los padres pueden pactar cual de ellos tomará sobre sí la patria potestad; a su vez, después de la promulgación de la Ley N° 20.680, pueden convenir cuál de ellos asumirá el cuidado personal del hijo menor o convenir que el cuidado será compartido, pactos que alteran la regla general enunciada).

b) Los derechos de familia son ordinariamente “intuitu personae”, de manera que no pueden cederse ni renunciarse; tampoco son transferibles ni transmisibles.

c) El Derecho de Familia y los derechos de familia tienen un contenido eminentemente ético y por ende, los derechos de familia no pueden ser ejecutados por medio de la fuerza pública o por los otros procedimientos de apremio establecidos para ejecutar los derechos patrimoniales. Efectivamente, el carácter esencialmente ético del Derecho de Familia explica que en él se encuentran preceptos cuyo incumplimiento carece de sanción o tienen una sanción atenuada. El acreedor de un derecho de familia sólo puede compeler a su deudor por medios indirectos (por ejemplo, el desheredamiento como castigo para el

²⁷ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., pp. 5 y 6.

²⁸ López Díaz, Carlos, *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*, Tomo I, Santiago de Chile, Librotecnia, 2005, pp. 23 a 25.

²⁹ Ramos Pazos, René, ob. cit., p. 14.

hijo menor que se casa sin el consentimiento de sus ascendientes). Excepcionalmente, pueden ejercitarse coacciones directas, tratándose de las derivaciones patrimoniales del ejercicio del derecho de familia (apremios para obtener el pago de una pensión alimenticia, por ejemplo).

d) El Derecho de Familia disciplina condiciones o estados personales, inherentes a los individuos y que se imponen, como derechos absolutos, al resto de la sociedad. De ahí que en materia de derechos de familia, los efectos de la cosa juzgada son más amplios que tratándose de derechos patrimoniales. Así, por ejemplo, el art. 315 establece cosa juzgada “absoluta” (y no relativa, como usualmente ocurre conforme al principio general del art. 3) o efectos universales al fallo que declara verdadera o falsa la paternidad o maternidad del hijo.

e) Los derechos de familia no admiten, por regla general, adquisición derivativa, como la tradición o la sucesión por causa de muerte: se radican originariamente en el titular y desaparecen con él.

f) Los derechos de familia no se ganan ni pierden por prescripción. Por ello, son imprescriptibles las acciones sobre reclamación de estado civil (artículos 195 y 320). Con todo, la ley establece ciertos casos en que el ejercicio del derecho de familia está limitado por el tiempo; pero, por regla general, tales casos son de caducidad y no de prescripción. Los derechos de familia, por regla general, caducan, no prescriben. Encontramos un ejemplo de caducidad en la impugnación de la paternidad a que tiene derecho el marido (art. 184 del Código Civil) y otro de prescripción en la acción para demandar la rescisión del reconocimiento del hijo (art. 202 del Código Civil).

g) Los derechos de familia son irrenunciables, pues importando el ejercicio de atribuciones que constituyen al mismo tiempo deberes, el titular no puede, por su sola voluntad, no ejercitarlas o delegarlas en terceros.

h) Los derechos de familia son, al mismo tiempo, un deber o una obligación. Salvo excepciones, el derecho, por una parte, y el deber o la obligación, por la otra, van indisolublemente unidos en un solo titular. Así lo apreciaremos en las relaciones jurídicas entre los cónyuges y entre los padres con sus hijos.

i) El Derecho de Familia exhibe gran mutabilidad. De todas las materias reguladas por nuestra legislación civil, las normas del Derecho de familia son las que han experimentado más reformas, y ellas sin duda continuarán produciéndose en el futuro, teniendo presente los profundos cambios que se advierten en nuestra sociedad. Considerando lo anterior, parece razonable –sostienen algunos- agrupar todas las normas del Derecho de Familia en un Código autónomo del Código Civil, que sea más fácil de reformar que el último.

Prueba de esta enorme mutabilidad, es el conjunto de leyes dictadas en las últimas décadas, que han modificado tanto el Código Civil como leyes especiales propias del Derecho de Familia, a las que ya hicimos referencia.

j) El Derecho de Familia posee una institucionalidad propia, que la distingue del Derecho puramente Civil. En efecto, el primero tiene instituciones propias, como el matrimonio o la filiación; tiene además estructuras o soluciones particulares que se apartan en ciertos aspectos de la regulación común. Se trata, en síntesis, de una rama autónoma del Derecho.

k) Los actos del Derecho de Familia no están sujetos a modalidades. Así se observa, por ejemplo, tratándose del matrimonio (art. 102), del reconocimiento de un hijo (artículo 189), o del pacto sustitutivo del régimen matrimonial (art. 1723).

l) La mayoría de los actos del Derecho de Familia son solemnes. Así, por ejemplo, en el caso del matrimonio, en el reconocimiento de un hijo, en la repudiación de la filiación no matrimonial, en el pacto sustitutivo del régimen matrimonial, en las capitulaciones matrimoniales, etc.

3.- El Derecho de Familia es Derecho Privado.

No obstante las características anotadas, el Derecho de Familia es una de las ramas del Derecho Privado. Y el derecho de familia, a su vez, consecuencialmente, es una vinculación que pertenece también al Derecho Privado, porque ella se traba entre individuos particulares. En el Derecho Público, el Estado es parte de la relación jurídica.³⁰

SEGUNDA PARTE: DE LOS ESPONSALES.

1.- Definición.

Se encuentra en el art. 98, inc. 1º: “Los esponsales o desposorio, o sea la promesa de matrimonio mutuamente aceptada, es un hecho privado, que las leyes someten enteramente al honor y conciencia del individuo, y que no produce obligación alguna ante la ley civil.”

Atendidos los términos del precepto, se le define también como la promesa de un matrimonio futuro.

La voz “esponsales” proviene del latín *spondere*, que significa “prometer”.

Aunque el art. 101 alude al “contrato de esponsales”, en verdad se diferencia fundamentalmente de los contratos propiamente tales; por lo demás, el propio art. 98, después de definirlo, agrega que constituye “un hecho privado” y “que no produce obligación alguna ante la ley civil”.

Los esponsales son, pues, una vinculación que está lejos de constituir un contrato; pero tampoco pueden calificarse como una simple actuación intrascendente que no tiene otra sanción que la conciencia individual, pues genera algunos efectos jurídicos

³⁰ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., p. 6.

secundarios. Por eso, los esponsales están a mitad de camino entre los simples deberes morales y los contratos.³¹

2.- Características.

- a) Es un hecho privado.
- b) No produce obligación alguna ante la ley civil.
- c) Se entrega enteramente al honor y la conciencia del individuo.

3.- Carencia de obligatoriedad de los esponsales.

La tendencia legislativa es negarle efecto obligatorio a los esponsales; en su virtud, no puede obligarse al promitente a casarse en cumplimiento de su compromiso. El cumplimiento de la promesa queda entregado al honor y conciencia del individuo. Nuestro CC. declara expresamente que los esponsales constituyen un hecho privado: de ahí que no pueda invocarse ni directa ni indirectamente para provocar la celebración del matrimonio. El mismo art. 98, inc. 2º, declara que ni siquiera se podrá demandar indemnización de perjuicios; y el art. 99 agrega que si se ha pactado multa para el caso de no cumplirse lo prometido, esta multa tampoco podrá hacerse efectiva.

Cabe señalar que en otras legislaciones, no existe la impunidad que se consagra en la nuestra. Así, el Código Alemán hace al esposo que quebranta su promesa, responsable de todo perjuicio; y la jurisprudencia francesa, a pesar de carecer de texto expreso, equipara esta situación a la que crea un delito y hace responsable al infractor aún de la indemnización de daño moral.³²

En síntesis, los esponsales:

- a) No permiten pedir el cumplimiento forzoso de la promesa.
- b) No permiten pedir indemnización de perjuicios por su incumplimiento.

4.- Efectos secundarios que producen los esponsales.

No obstante que los esponsales no son obligatorios y ni siquiera son fuente de perjuicios, la ley les atribuye algunos efectos secundarios:

- a) El art. 99 se pone en el supuesto que los esposos hayan estipulado una multa para el caso de incumplimiento de la promesa matrimonial y preceptúa que esta estipulación no da acción para cobrar la multa, “pero si se hubiere pagado la multa, no podrá pedirse su devolución”.

Como vemos, el legislador niega a esta estipulación de los efectos propios de toda cláusula penal, pero asigna al que recibe la multa voluntariamente pagada, el derecho de retenerla.

³¹ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., p. 7.

³² Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., pp. 7 y 8.

Atendido lo anterior, Enrique Rossel concluye que nos encontramos ante una obligación natural (art. 1470). Se ha sostenido -dice Rossel-, que esta obligación no es natural ni menos civil, porque el art. 98 dispone que los esponsales no producen obligación “alguna” ante la ley civil, o sea, ni obligaciones civiles ni naturales. Este argumento –contra argumenta Rossel-, carece de valor porque el art. 98 se está refiriendo al “pacto de matrimonio futuro”, y el art. 99 está legislando una convención independiente, como es la cláusula penal, que, si bien es accesoria, no por eso deja de producir efectos propios y distintos a los que puede generar la convención principal.

Rodríguez Grez, sobre la materia, afirma que no estamos ante una obligación natural, porque no hay raíz alguna de obligación civil.

b) Según el art. 101, la existencia de una promesa de matrimonio es causal agravante del delito de seducción. La ley alude aquí a una de las formas que podía adoptar el delito de raptó, hoy derogado. Pero persisten los alcances civiles de la figura, según indicaremos más adelante.

Cabe indicar, en todo caso, que el legislador vela por el cuidado sexual de la mujer y estableció un principio básico: una relación sexual con una mujer menor de 14 años, aunque haya consentido, es violación (art. 362, CP).

En cuanto a la mujer mayor de 14 años y menor de 18 años, está protegida por el delito de estupro. Hay estupro cuando siendo la mujer mayor de 14 y menor de 18 años, ha intervenido engaño, abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual. Este engaño podría consistir, a juicio de algunos, en los esponsales (art. 363 CP).

c) El art. 100 dispone que podrá demandarse la restitución de las cosas donadas y entregadas bajo la condición de un matrimonio que no se ha efectuado. En verdad, este efecto es ajeno a los esponsales. Se producirá siempre, aunque los esponsales no existan. Estamos ante la misma solución consagrada en el art. 1789, inc. 2º, respecto de las donaciones bajo condición de matrimonio.³³

TERCERA PARTE: EL CONTRATO DE MATRIMONIO.

I.- GENERALIDADES SOBRE EL MATRIMONIO.

1.- Definición.

El art. 102 contiene la definición legal. Conforme a este precepto, “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.”

Etimológicamente, la palabra “matrimonio” significa “oficio de madre”, concepto que justifican las Partidas diciendo que por ser la madre quien soporta las cargas y los

³³ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., pp. 8 y 9.

trabajos que significan el parto y la crianza de los hijos, ha de llamarse matrimonio y no patrimonio (que a su vez, significa “oficio de padre”).

La definición del Código, a nuestro juicio, ha quedado parcialmente derogada, en aquella parte que alude a “...indisolublemente y por toda la vida”, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.947, nueva Ley de Matrimonio Civil, que consagra el divorcio con disolución del vínculo³⁴.

El legislador, es cierto, optó por no alterar el tenor del art. 102 del Código Civil, y por tal razón, en principio, podría sostenerse que el matrimonio sigue siendo indisoluble, en el sentido que no admite este contrato su resciliación, o sea, no puede terminar por el solo acuerdo de los contratantes (según veremos, el divorcio, aún aquél pedido de común acuerdo por los cónyuges, exige probar el cese de la convivencia por cierto plazo, de manera que no basta con el solo consentimiento de los cónyuges). Con todo, creemos que la expresión “indisolublemente, y por toda la vida”, no es ya de la esencia del contrato. Es cierto que dicha frase responde a una aspiración que todos los cónyuges tienen en mente al contraer matrimonio, pero claramente no debió mantenerse en nuestro Código Civil, desde el momento que aceptamos el divorcio vincular. Se podría concluir que en la parte citada, la definición ha sido tácitamente derogada. En este sentido, recordemos que el art. 52 del Código Civil establece que la derogación de la ley es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

El profesor Javier Barrientos Grandón, no es de la misma opinión. Estima que el matrimonio continúa siendo indisoluble, ya que hubo una voluntad legislativa expresa en orden a no alterar el art. 102 del Código Civil, acreditada en la historia fidedigna del establecimiento de la ley. Agrega que la calificación de indisoluble del matrimonio se relaciona directamente con la necesaria seriedad del consentimiento matrimonial, ya que si el consentimiento se prestare prescindiendo de tal intención de indisolubilidad, podría materializarse una causal de nulidad del matrimonio, quizá vinculada con el error en la cualidad personal del cónyuge que no pretendía un matrimonio indisoluble, o por la eventual carencia de suficiente juicio en el compromiso. Sostiene el profesor Barrientos que podría distinguirse entre una indisolubilidad “intrínseca” y otra “extrínseca” del matrimonio. La indisolubilidad “intrínseca” se proyectaría en dos ámbitos: a) que el matrimonio no puede disolverse por mero acuerdo de los cónyuges, sin otra intervención pública alguna; b) que el matrimonio “en sí mismo” exige la indisolubilidad, en cuanto el ideal del matrimonio es que sea para siempre y que dure toda la vida. En este sentido, el matrimonio en Chile continuaría con el carácter de “indisoluble”, pues aunque existe una suerte de divorcio consensual, es precisa la intervención judicial para decretarlo (una intervención externa), y como ideal derivado de su naturaleza conserva su indisolubilidad. Concluye el profesor Barrientos afirmando que lo que no caracterizaría desde ahora al matrimonio, es su indisolubilidad “extrínseca”, esto es, que no pueda ser disuelto desde “fuera”, precisamente porque la potestad civil, a través de un procedimiento judicial externo, se ha atribuido la facultad de disolverlo en los términos y condiciones de la ley

³⁴ Publicada en el Diario Oficial de fecha 17 de mayo de 2004 y vigente a partir del 18 de noviembre de 2004, reemplazó a la antigua Ley de Matrimonio Civil, que databa del año 1884.

(opiniones formuladas en entrevista publicada en “La Semana Jurídica”, N° 187, semana del 7 al 13 de junio de 2004, Editorial Lexis-Nexis).

El profesor Hernán Corral Talciani, por su parte, sostiene que la nueva Ley de Matrimonio Civil exhibe una suerte de esquizofrenia, pues recoge dos modelos opuestos de matrimonio: por una parte, lo regula como un contrato institucional; por otra, lo concibe como un mero hecho (igual como acontecía en el Derecho Romano), que expira por el cese de la convivencia, más la voluntad de uno o de ambos cónyuges (exposición que realizó en un Seminario organizado por el Colegio de Abogados con fecha 31 de mayo de 2004).

El profesor Gonzalo Figueroa Yáñez, a su vez, estima que ha operado la derogación tácita del art. 102 del Código Civil (exposición que realizó en el Seminario citado, de la Universidad Diego Portales). Los legisladores, por su parte, debatieron el modificar o no el art. 102 del Código Civil.

Los Senadores Núñez y Gazmuri, propusieron reemplazar su texto, por el 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”.

El Senador Viera-Gallo, discrepando de la propuesta, señaló por su parte que “...la indisolubilidad dice relación con la intención de los contrayentes y no con la naturaleza del contrato.

En la Cámara de Diputados, luego de analizar las distintas tendencias que se dieron en su seno, se concluyó que lo importante es que, al contraer matrimonio, la intención de los contrayentes es que no se disuelva, pero si después, por causas sobrevinientes, que los cónyuges no pudieron prever al momento de casarse, tienen la necesidad de disolverlo, la ley debe entregarles las herramientas para que lo hagan”.

El Senador Espina afirmó, a su vez “...que no veía obstáculo para que la definición declare que el matrimonio es indisoluble y, más adelante, se permita la disolución. La validez de los contratos no obsta a causales de terminación sobrevinientes. Por ejemplo, la venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, pero luego se puede resciliar, rescindir o resolver. El matrimonio, por regla general, es indisoluble; excepcionalmente, cumpliéndose determinados requisitos, se permite la disolución.”

Prevalecieron las opiniones de los Senadores Viera-Gallo y Espina, optándose por no alterar el tenor del art. 102 del Código Civil.

2.- Características.

De la definición del art. 102 y de la Ley de Matrimonio Civil, se desprenden las características del matrimonio:

a) Es un contrato. Así comienza el art. 102. Pero no obstante lo anterior, debemos tomar esta expresión en un sentido amplio, o sea, como equivalente a un acto nacido de la voluntad de dos personas y reglamentado por la ley civil. En verdad, es tan especial como contrato, que, afirman algunos, sólo tiene de tal su origen. Por ello, algunos autores le

niegan tal carácter y prefieren denominarlo genéricamente “institución”.³⁵ En efecto, varias razones justificarían el carácter institucional del matrimonio:

- Para algunos autores, el concepto de contrato comprende solamente los actos jurídicos destinados a crear obligaciones de carácter transitorio, mientras que si se establece o crea un estatuto de carácter permanente, el acto dejaría de ser un contrato para convertirse en una institución.
- El contrato sólo genera obligaciones. El matrimonio, origina deberes y obligaciones.
- El acuerdo de las voluntades de los cónyuges es sólo el acto fundacional del matrimonio, cobrando éste después vida propia, cuyo estatuto no puede ser alterado por los fundadores.
- El matrimonio no puede ser disuelto por la sola voluntad de los cónyuges.
- El objeto del matrimonio está fuera del comercio humano.
- El matrimonio produce plenos efectos respecto de terceros.³⁶
- Para Ramos Pazos, el matrimonio es un “acto de Estado” (siguiendo la doctrina del italiano Cicus). En efecto, es el Estado, a través del oficial del Registro Civil, el que une a los contrayentes (o ante quien los contrayentes deben ratificar su consentimiento, si se hubieren casado ante un ministro de culto). Agrega que esta tesis no contradice la idea del matrimonio institución, pues justamente por su carácter institucional, interviene el Estado para declarar casados a los contrayentes. Estima que se dan en el caso los elementos de toda institución: núcleo humano básico (los cónyuges), que pasa a tener un valor en sí mismo; está organizado dentro del orden jurídico; hay una idea directriz de bien común (vivir juntos, procrear –es decir, formar una familia- y auxiliarse mutuamente); es permanente, en cuanto dura lo que viven los cónyuges y sus efectos perduran en la descendencia.³⁷

Sin embargo, el carácter institucional del matrimonio, se ha visto resentido, según veremos, con la introducción del divorcio vincular, afianzándose el carácter contractual del mismo.

b) Es un contrato solemne. El matrimonio no se perfecciona por el solo consentimiento de los contrayentes, sino que requiere la conclusión de varias formalidades que analizaremos más adelante.

c) Diferencia de sexo entre las partes. Es el único contrato que exige la diferencia de sexo de los contrayentes. De aquí nació la teoría de la inexistencia jurídica. El artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil ratifica este principio, al señalar que los matrimonios celebrados en el extranjero valdrán en Chile, “siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer”. Por lo tanto, si dos personas del mismo sexo, presentan en el Registro Civil un certificado de matrimonio, expedido por un país donde se admite el matrimonio en tal hipótesis, la inscripción del mismo ha de rechazarse, pues para nuestra ley, sencillamente no hay tal matrimonio (aunque sí podrá considerarse como acuerdo de unión civil).

³⁵ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., pp. 9 y 10.

³⁶ Ramos Pazos, René, ob. cit., p. 30.

³⁷ Ramos Pazos, René, ob. cit., p. 30.

d) Cada parte sólo puede ser una persona. Este requisito constituye una “derogación” particular, al art. 1438, precepto que establece que “cada parte puede ser una o muchas personas”. Se descarta en nuestro Derecho la poligamia, tanto en su variante de poliginia (varón casado simultáneamente con dos o más mujeres) como la poliandria (mujer casada simultáneamente con dos o más varones).

e) Los efectos del contrato son actuales y permanentes. Antes, los autores agregaban que los efectos del matrimonio eran también perpetuos, desde el momento que se rechazaba el divorcio con disolución del vínculo. Tal perpetuidad en los efectos del matrimonio definía la fundamental diferencia entre el matrimonio y los demás contratos y es lo que llevó a algunos autores a negarle el carácter de tal y denominarlo “institución”. Después de la Ley N° 19.947, creemos que se afianza la naturaleza contractual del matrimonio, y se debilita su carácter institucional.

Que los efectos sean actuales, quiere decir que no pueden someterse a condición suspensiva o a plazo, sino que se generan en el momento mismo de su celebración.

Que sean permanentes, quiere decir que, en principio, duran obligatoriamente toda la vida de los cónyuges (la aspiración de los contrayentes, obviamente, es que la unión sea por toda la vida). Queda excluida del matrimonio la resciliación. Sin embargo, ahora se puede recurrir al divorcio, de manera que ya no podemos afirmar que los efectos sean permanentes “y perpetuos”.

f) El objeto del matrimonio es también característico. Del art. 102, se infiere que consiste en “vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”. Como vemos, el objeto de este vínculo es principalmente de orden moral y secundariamente patrimonial. De los tres fines que menciona la ley, obviamente debemos entender que hay dos que son permanentes, como ocurre con la convivencia y el auxilio mutuo, y otro que es sólo temporal, cual es la procreación.

Observa Rodríguez Grez -a diferencia de lo que opina Rossel, como veremos al tratar de los impedimentos dirimentes del matrimonio-, que la procreación no es la única finalidad del matrimonio, de manera que no podría pedirse la nulidad del contrato por falta de objeto, por el solo hecho de que no se quisiera o pudiera procrear. Por la misma razón, es permitido el matrimonio entre individuos seniles que no son capaces de concebir.

La falta de objeto está sancionada en diversas formas, que van desde la nulidad del matrimonio, el divorcio y la separación judicial sin ruptura del vínculo.

En relación a los tres fines esenciales del matrimonio señalados en el art. 102 del Código Civil, pueden vincularse ellos a los deberes y obligaciones conyugales de la siguiente manera:

- “vivir juntos”: deber de convivencia y deber de respeto recíproco.
- “procrear”: deber eventual de cohabitación y deber de fidelidad.
- “auxiliarse mutuamente”: obligación de socorro; deber de ayuda mutua; deber de protección recíproca; y obligación eventual de pagar compensación económica.

g) En cuanto contrato, tiene efectos “personales”.

Esto, porque surte efecto respecto de la persona misma de los contrayentes (por ejemplo, el deber de fidelidad y el deber de respeto mutuo), sin perjuicio de que también tiene efectos patrimoniales.

h) Es el fundamento de la filiación matrimonial, en el evento que los cónyuges procreen hijos.

i) En doctrina, el matrimonio es un contrato dirigido.

Esto, porque el legislador reguló todos y cada uno de sus efectos, dejando a las partes sólo ciertas alternativas (por ejemplo, escoger el régimen patrimonial que lo regirá).

j) Es un contrato que pueden celebrar válidamente sólo personas de cierta edad mínima: quienes han cumplido 16 años.

3.- Principales diferencias entre el matrimonio y los contratos patrimoniales.

Manuel Somarriva Undurraga³⁸ apunta una serie de diferencias entre el matrimonio y los contratos patrimoniales. A nuestro juicio, de ellas, las más relevantes son las siguientes:

a) La promesa de celebrar un contrato patrimonial se rige por el art. 1554 del Código Civil. En el caso del matrimonio, por el art. 98, aunque en verdad no se trata de un contrato de promesa.

b) En el contrato de matrimonio, sólo pueden existir dos partes. En los contratos patrimoniales, las partes contratantes pueden ser dos o más, sin limitaciones.

c) En el matrimonio, las partes deben ser de diferente sexo. En los contratos patrimoniales no se plantea una exigencia similar.

d) El matrimonio es un contrato solemne. Tratándose de los contratos patrimoniales, pueden ser reales, solemnes o consensuales.

e) En el contrato de matrimonio, no tiene aplicación la resciliación o mutuo disenso. Los contratos patrimoniales pueden dejarse sin efecto por este modo de extinguir.

f) El matrimonio no acepta modalidades de ninguna especie. Los efectos de los contratos patrimoniales pueden alterarse por condiciones, plazos o modos o estipulando otras modalidades (por ejemplo, carácter alternativo, facultativo o solidario de la obligación).

g) En el matrimonio, aun basándose en el texto mismo de la ley y no en planteamientos doctrinarios, puede distinguirse entre la inexistencia y la nulidad. En los contratos patrimoniales, tal distingo no se desprende, al menos del tenor de la ley.

h) El contrato de matrimonio no puede extinguirse por la resolución. Los contratos patrimoniales pueden resolverse.

i) La capacidad para celebrar el matrimonio se tiene a partir de los 16 años. Para celebrar contratos patrimoniales, se requiere tener 18 o más años, por regla general

³⁸ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 109-111.

(excepcionalmente, un menor adulto que sea titular de patrimonio profesional o industrial, puede celebrar algunos contratos).

j) El menor de edad celebra personalmente el matrimonio. En los contratos patrimoniales, debe actuar a través de su representante legal, sea que intervenga éste, sea que autorice al menor para contratar.

k) El error en la persona anula el matrimonio. En los contratos patrimoniales, no lo anula por regla general.

l) El dolo no tiene influencia en el consentimiento para contraer matrimonio. En los contratos patrimoniales, es un vicio del consentimiento.

m) En el matrimonio, los derechos, deberes y obligaciones son recíprocos e idénticos. En los contratos bilaterales, sólo son recíprocos si se trata de contratos bilaterales, aunque por regla general son distintos para cada parte (excepcionalmente, son también idénticos en el caso del contrato de sociedad).

n) Puede pedir la nulidad del matrimonio, por regla general, cualesquiera de los presuntos cónyuges, aun sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba (excepcionalmente, en el caso de error y de fuerza, la acción sólo corresponde a quien sufre dichos vicios del consentimiento; lo mismo ocurre si la causal fuere haber tenido menos de 16 años, pues la acción se radicará en quien no tenía dicha edad, cuando éste cumple 18 años). La nulidad de un acto patrimonial no puede pedirla quien otorgó o celebró el acto o contrato sabiendo o debiendo saber que incurría en una causal de nulidad.

ñ) Pueden demandar la nulidad del matrimonio, en algunos casos, ciertos terceros, en el sólo interés de la moral o de la ley. En el caso de los contratos matrimoniales, dichos terceros deben tener interés pecuniario.

o) En el contrato de matrimonio, no cabe el distingo entre nulidad absoluta y nulidad relativa, propio de los contratos patrimoniales.

p) Por regla general, los herederos no pueden demandar la nulidad de un matrimonio. En los contratos patrimoniales, los herederos pueden entablar la acción de nulidad.

q) Por regla general, la acción para demandar la nulidad del matrimonio es imprescriptible. En el caso de los contratos patrimoniales, prescribe en cuatro o en diez años.

r) Por regla general, la nulidad de matrimonio no puede demandarse tras el fallecimiento de uno de los cónyuges. La nulidad de un contrato patrimonial puede solicitarse antes o después de la muerte de uno o más de los contratantes.

s) El contrato de matrimonio termina con la muerte de uno de los cónyuges, y por ende, sus derechos, deberes y obligaciones no se transmiten a los herederos del fallecido. Tratándose de los contratos patrimoniales, por regla general el fallecimiento de uno de los contratantes no produce la expiración del contrato, transmitiéndose los derechos y obligaciones a los herederos del fallecido (excepcionalmente, el contrato expira, como ocurre con el contrato de mandato o si muere el comodatario).

t) Las causales de nulidad del matrimonio son siempre específicas. Las causales de nulidad relativa, en el caso de los contratos patrimoniales, se establecen en términos generales.

u) En ciertos casos, el matrimonio nulo produce los mismos efectos que el válido. Los efectos de los contratos patrimoniales se suprimen, una vez declarada la nulidad.

v) En los contratos patrimoniales, es posible obtener la ejecución forzada de las obligaciones. Tal cosa no es posible en el matrimonio.

ww) Los efectos del contrato de matrimonio se fijan imperativamente por la ley y los cónyuges no pueden derogarlos o modificarlos. En los contratos patrimoniales, los efectos previstos en la ley son supletorios de la voluntad de los contratantes, que pueden por ende modificarse por éstos.

x) En los contratos patrimoniales rige el art. 22 de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, incorporándose todas las leyes vigentes al tiempo en que se celebren. En el contrato de matrimonio, debe hacerse un distingo, de acuerdo a los arts. 3 y siguientes de la misma ley: en cuanto a su formación, rige la ley vigente en tal momento, pero en cuanto a los efectos del contrato, regirá la ley nueva.

Estas diferencias, apunta Somarriva, “nos hace llegar a la conclusión de que el matrimonio es un contrato sui generis que escapa, caso en su totalidad, a las reglas del contrato patrimonial”.³⁹

4.- Principios inspiradores de la Ley de Matrimonio Civil.

Se desprende de la normativa introductoria de la Ley de Matrimonio Civil y de las disposiciones que conforman el cuerpo de la misma, que sus principios inspiradores, son los siguientes:

A) Protección de la familia.

A lo largo de todo el articulado de la Ley, se pone de manifiesto la protección de la familia, particularmente cuando se originan situaciones conflictivas en su seno. Así se observa, por ejemplo, en materia de separación de hecho y separación judicial de los cónyuges; en lo concerniente al divorcio y a la nulidad de matrimonio; en lo que corresponde a la compensación económica, etc.

Según se estudiará, en cada una de estas y de otras materias, el legislador introduce normas tendientes a dar cumplimiento al mandato constitucional de dar protección a la familia.

B) Protección del matrimonio.

La Ley se preocupa, en primer lugar, de que la celebración del contrato matrimonial sea un acto convenido por personas capaces y además libre y espontáneo, exento de vicios.

Luego, propende el legislador a evitar, hasta donde sea posible, la ruptura matrimonial, instando a las partes a conciliar sus puntos de vista y resolver en definitiva el conflicto.

C) Protección del interés superior de los hijos, y en especial de los menores de edad.

El principio del interés superior de los hijos, y en particular de los no emancipados, se instauró con fuerza en nuestra legislación, con la “Convención sobre los Derechos del Niño”. Su art. 3, N° 1, establece: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las

³⁹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 111.

autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

El Estado chileno, depositó el Instrumento de Ratificación de este Tratado, ante el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas con fecha 13 de agosto de 1990. El 14 del mismo mes y año, el Presidente de la República, Señor Patricio Aylwin Azócar, firmó el Decreto Supremo N° 830, publicado en el Diario Oficial el 27 de septiembre de 1990, momento a partir del cual pasó la mencionada normativa a ser Derecho vigente en la República de Chile.

Ello trajo consigo la reforma del Código Civil, mediante la Ley N° 19.585, de 26 de octubre de 1998. En este sentido, el Código Civil, alude a este “interés superior” en diversos artículos, como por ejemplo:

- Art 147 (bienes familiares);
- Art. 201 (posesión notoria del estado civil de hijo);
- Arts. 222, 225, 225-2, 226, 229, 234, 236, 242 (derechos y obligaciones entre los padres y los hijos). De estos preceptos, sin duda el más importante es el primero, que establece en su inc. 1°: “La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”.
- Arts. 244, 245, 254 y 255 (patria potestad);
- Art. 1792-21, (régimen de participación en los gananciales), etc.

Por ello, bien podemos afirmar que hoy, es uno de los principios fundamentales del Código Civil chileno.

A su vez, el art. 3 de la Ley de Matrimonio Civil dispone que “Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos ...”.

Cabe advertir que este principio no está circunscrito exclusivamente a los hijos menores de edad, aunque la mayoría de las normas que lo consagran se refieren a ellos. Consta del Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que se intentó restringir el tenor del citado artículo 3 al “interés superior de los hijos menores”, pero la Comisión rechazó la indicación, en base a la siguiente argumentación: “La Comisión tuvo presente que si bien, en general, la emancipación por haber cumplido la mayoría de edad libera de la obligación de considerar el interés de los hijos al resolver las materias de familia, dicha regla no es absoluta. En efecto, según dispone el inciso segundo del artículo 332 del Código Civil, la obligación de proporcionar alimentos a los descendientes subsiste hasta los veintiún años, pero se amplía hasta los veintiocho años si están estudiando una profesión u oficio, y también se extiende si les afecta una incapacidad física o mental que les impida subsistir por sí mismos o cuando, por circunstancias calificadas, el juez los considere indispensables para su subsistencia” (p. 11).

A su vez, el art. 16 de la Ley N° 19.968, de Tribunales de Familia, establece, como uno de los principios del procedimiento, el “Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído (...) El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como

consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento. Para los efectos de esta ley, se considerará niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años”.

La misma Ley N° 19.968, en su art. 105, letra e), al regular la mediación familiar, señala como uno de los principios de la misma, el del interés superior del niño.

D) Protección del cónyuge más débil.

Según examinaremos, este principio de protección del cónyuge más débil se recoge en diversas materias de la Ley de Matrimonio Civil, tales como:

- La necesidad de presentar acuerdos regulatorios, tratándose de la separación de hecho, de la separación judicial, del divorcio, o de la nulidad.
- En lo concerniente a la compensación económica a que tiene derecho el cónyuge más débil, tratándose del divorcio y de la nulidad.

La Ley de Matrimonio Civil consagra expresamente el principio, en su artículo 3º, inciso 1º, que citamos nuevamente: “Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil”.

En todo caso, no se trata de un principio creado por la Ley de Matrimonio Civil, pues ya estaba consagrado en el Código Civil, por ejemplo:

- En las normas relativas a los bienes familiares (artículos 141 a 149);
- En las disposiciones de la sociedad conyugal destinadas a proteger a la mujer (especialmente en lo que se refiere a las limitaciones a la administración ordinaria de la sociedad conyugal, establecidas en el art. 1749, en las normas que favorecen a la mujer para el pago de las recompensas que se le adeuden, al liquidarse la sociedad conyugal, según lo dispuesto en el art. 1773, y en el beneficio de emolumento que opera en favor de la mujer, consagrado en el art. 1777);
- En aquellas que consagran el crédito de participación en los gananciales, al término de dicho régimen (artículos 1792-20 al 1792-26).
- Lo mismo ocurre en las normas de alimentos, tanto del Código Civil (artículos 321 al 337) como de la Ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de pensiones Alimenticias.⁴⁰

E) Reconocimiento de la libertad de las personas para reconstituir su vida afectiva, poniendo fin a su matrimonio mediante el divorcio, cuando se cumplan las circunstancias previstas en la ley.

Una de las grandes críticas que se le hacían a la Ley de 1884 decía relación a que si bien en ella se contemplaba el divorcio, que podía ser temporal o perpetuo, éste sin embargo era *sui generis*, pues no disolvía el vínculo matrimonial. Los divorciados seguían casados, y por ende, no podían contraer un nuevo vínculo.

Según veremos, se buscó el subterfugio de la nulidad matrimonial fundada en la supuesta incompetencia del Oficial Civil ante el cual se había celebrado el matrimonio. Se trataba de una nulidad *convenida* fraudulentamente por los cónyuges. Si uno de ellos se

⁴⁰ Sobre este principio, cfr. nuestro trabajo “Visión crítica de la sociedad conyugal y algunos fundamentos del principio de protección al cónyuge más débil”, en *Estudios de Derecho Civil III. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Valparaíso, 2007, Alejandro Guzmán Brito (editor científico), Santiago de Chile, LegalPublishing, 2008, pp. 85 a 98.

negaba a consentir en este fraude procesal, el otro no tenía opción para demandar el término del matrimonio. En ocasiones, uno de los cónyuges exigía al otro el pago de una cuantiosa suma de dinero, para consentir en este procedimiento.

Todo lo anterior ha desaparecido. Hoy, puede demandar el divorcio cualquiera de los cónyuges, si ha transcurrido el plazo de cese de convivencia exigido por la ley. La sentencia pondrá término al contrato matrimonial, pudiendo los ex cónyuges contraer nuevo matrimonio.

F) La decisión para contraer matrimonio ha de ser un acto que resulte de la adecuada reflexión e información proporcionada a los novios.

Este principio se manifiesta, esencialmente, en los siguientes aspectos:

- El aumento de la edad mínima para contraer matrimonio, a los 16 años;
- La instauración de cursos de preparación para el matrimonio;
- La información que debe proporcionar el Oficial del Registro Civil a los futuros contrayentes al hacerse la manifestación; y
- La información que el Oficial del Registro Civil debe proporcionar a los cónyuges, cuando éstos ratifican su matrimonio celebrado ante un ministro de culto de la respectiva entidad religiosa. En este último caso, el principio sólo se manifiesta en su aspecto de información, tanto en lo concerniente a los derechos y deberes del matrimonio, como para escoger el régimen patrimonial del matrimonio.

G) Los aspectos jurídicos del matrimonio y en general los que conforman aquella rama del Derecho Civil denominada Derecho de Familia, deben ser conocidos y resueltos por juzgados especializados, sustrayéndolos por ende de la competencia de los juzgados civiles.

Con tal fin, la Ley N° 19.968, publicada en el Diario Oficial con fecha 30 de agosto de 2004, creó los Juzgados de Familia, cuya competencia se fija en el art. 8° de esa normativa.

La Ley N° 19.968 fue modificada por la Ley N° 20.286, publicada en el Diario Oficial de fecha 15 de septiembre de 2008. Tras esta modificación, los tribunales de familia son competentes para conocer de los siguientes asuntos:

1. Las causas relativas al derecho de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes;
2. Las causas relativas al derecho y el deber del padre o de la madre que no tenga el cuidado personal del hijo, a mantener con éste una relación directa y regular;
3. Las causas relativas al ejercicio, suspensión o pérdida de la patria potestad; a la emancipación y a las autorizaciones a que se refieren los párrafos 2. y 3. del Título X del Libro I del Código Civil (párrafo 2: “Del derecho legal de goce sobre los bienes de los hijos y de su administración”; párrafo 3: “De la representación legal de los hijos”);
4. Las causas relativas al derecho de alimentos;
5. Los disensos para contraer matrimonio;
6. Las guardas, con excepción de aquellas relativas a pupilos mayores de edad, y aquellas que digan relación con la curaduría de la herencia yacente, sin perjuicio de lo establecido en el inc. 2° del art. 494 del Código Civil (por ende, toda guarda que se decreta sobre una persona mayor de edad, por causa de demencia o disipación, debe ventilarse ante un juzgado civil; lo mismo cabe respecto de la declaración de yacencia de la herencia; el inc. 2° del art. 494 dispone: “Los curadores para pleito o ad litem son dados por la judicatura

que conoce en el pleito, y si fueren procuradores de número no necesitarán que se les discierna el cargo”);

7. Todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al art. 30 de la Ley de Menores;

8. Las acciones de filiación y todas aquellas que digan relación con la constitución o modificación del estado civil de las personas;

9. Todos los asuntos en que se impute la comisión de cualquier falta a adolescentes mayores de 14 y menores de 16 años de edad, y las que se imputen a adolescentes mayores de 16 y menores de 18 años, que no se encuentren contempladas en el inc. 3º del art. 1º de la N° Ley N° 20.084. Tratándose de hecho punibles cometidos por un niño o niña, el juez de familia procederá de acuerdo a lo prescrito en el artículo 102 N; 10. La autorización para la salida de niños, niñas o adolescentes del país, en los casos en que corresponda de acuerdo con la ley;

11. Las causas relativas al maltrato de niños, niñas o adolescentes de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 2º del art. 62 de la Ley N° 16.618;

12. Los procedimientos previos a la adopción, de que trata el Título II de la Ley N° 19.620;

13. El procedimiento de adopción a que se refiere el Título III de la Ley N° 19.620;

14. Los siguientes asuntos que se susciten entre cónyuges, relativos al régimen patrimonial del matrimonio y los bienes familiares:

a) Separación judicial de bienes;

b) Las causas sobre declaración y desafectación de bienes familiares y la constitución de derechos de usufructo, uso o habitación sobre los mismos;

15. Las acciones de separación, nulidad y divorcio reguladas en la Ley de Matrimonio Civil;

16. Los actos de violencia intrafamiliar; y

17. Toda otra materia que la ley les encomiende.

Cabe consignar que la Ley N° 20.286, al modificar el art. 8 de la Ley N° 19.968, suprimió la letra b) del antiguo numeral 15, que decía: “b) Autorizaciones judiciales comprendidas en los Párrafos 1. y 2. del Título VI del Libro I; y en los Párrafos 1., 3. y 4. del Título XII y en el Título XXII-A, del Libro IV; todos del Código Civil”. Todas estas materias, entonces, son ahora de competencia de los juzgados civiles. Son ellas las autorizaciones a que aluden las siguientes disposiciones del Código Civil:

- Los arts. 138 y 138 bis (Párrafo 1. del Título VI del Libro I), ambos vinculados con el régimen de sociedad conyugal: el art. 138 se refiere al caso en que la mujer, excepcionalmente, asume la administración ordinaria de la sociedad conyugal; el art. 138 bis, alude al caso en el cual la mujer recurre a la justicia para que se le autorice para celebrar un acto o contrato sobre uno de sus bienes propios, ante la negativa injustificada de su marido.

- El art. 144 (Párrafo 2. del Título VI del Libro I): a propósito de los bienes familiares, se refiere a la autorización judicial que el cónyuge propietario solicita, ante la imposibilidad o negativa del cónyuge no propietario para prestarla.

- El art. 1721 (Párrafo 1. del Título XII del Libro IV): autorización judicial a un menor para celebrar capitulaciones matrimoniales, en ciertos casos.

- Arts. 1749, 1754 y 1756 (Párrafo 3. del Título XII del Libro IV): autorización al marido para celebrar ciertos actos o contratos que inciden en bienes sociales (art. 1749) o en bienes propios de la mujer (art. 1754 y 1756).
- Arts. 1759 y 1761 (Párrafo 4. del Título XII del Libro IV): autorización a la mujer como administradora extraordinaria de la sociedad conyugal, para celebrar ciertos actos o contratos que inciden en bienes sociales.
- El art. 1792-21: concesión de un plazo de hasta un año, para el pago del crédito de participación en los gananciales.

II.- CONDICIONES DE EXISTENCIA Y DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO.

1.- Condiciones de existencia del matrimonio.

La distinción entre los elementos de existencia y de validez del matrimonio, lo que lleva a distinguir la inexistencia de la nulidad absoluta, fue formulada, a propósito de este contrato, por Zachariae, y se encuentra incorporada en la jurisprudencia francesa, aun cuando no en el Código de Napoleón. Entre nosotros se acepta el mismo concepto a fin de obviar ciertos inconvenientes y absurdos que resultarían de aplicar en estricto sentido las disposiciones de la Ley de Matrimonio Civil. En efecto, sabemos que las causales de nulidad de matrimonio son taxativas; pues bien, entre las causales no está sancionado el matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo o sin haber prestado consentimiento. Pero como es obvio, tales matrimonios no sólo no son validos, sino que sencillamente no existen.⁴¹

De esta forma, los requisitos de existencia del matrimonio son los siguientes:

- a) Diferencia de sexo de los contrayentes;
- b) Consentimiento de los contrayentes;
- c) Presencia del Oficial del Registro Civil o del ministro de culto; y
- d) Ratificación ante un Oficial del Registro Civil de la celebración del matrimonio, si ella se realizó ante un Ministro de culto de una entidad religiosa de derecho público e inscripción, en el mismo caso, del matrimonio, en el Registro Civil e Identificación.

2.- Condiciones de validez del matrimonio.

Para que un matrimonio sea valido, no sólo debe haber diferencia de sexo entre los contrayentes, voluntad manifestada, ceremonia efectuada ante el Oficial Civil o un ministro de culto, y ratificación ante un Oficial del Registro Civil e inscripción del acta otorgada por el ministro de culto, sino que además, deben concurrir las condiciones o requisitos de validez del matrimonio.

Son requisitos de validez del matrimonio, los siguientes (art. 4º, Ley de Matrimonio Civil):

- a) Capacidad de los contrayentes o ausencia de impedimentos dirimentes (la Ley de Matrimonio Civil, en el art. 4º, alude a la capacidad de los contrayentes, abandonándose la

⁴¹ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., p. 15.

antigua expresión que aludía a los “impedimentos dirimentes”. En lo sustancial, sin embargo, creemos que puede continuar empleándose dicha expresión tradicional);

b) Consentimiento libre y espontáneo;

c) Que se hayan cumplido las formalidades que establece la ley (advertimos, en todo caso, que en realidad la omisión de una sola solemnidad acarrea la nulidad del matrimonio: la falta o inhabilidad de dos testigos hábiles).

Analizaremos seguidamente, las condiciones de validez del matrimonio. A continuación de los impedimentos dirimentes, revisaremos también los impedimentos impeditivos o prohibiciones, aclarando que en el caso de éstos, no estamos en realidad ante un requisito de validez del matrimonio.

a) Causales de incapacidad o impedimentos dirimentes.

Las causales de incapacidad o impedimentos dirimentes, que de presentarse ocasionan la nulidad del matrimonio, pueden ser absolutas o relativas. Las absolutas, imposibilitan el matrimonio del afectado por el impedimento con cualquier persona; las relativas, sólo con determinados sujetos. Las revisaremos a continuación.

a.1) Causales de incapacidad absolutas o impedimentos dirimentes absolutos.

De acuerdo a la ley, siete son ahora las causales de incapacidad absolutas. Están imposibilitados de contraer matrimonio los que se encuentren en cualquiera de las siguientes situaciones:

a.1.1. **Los que se hallaren ligados por vínculo matrimonial no disuelto** (art. 5º, N° 1 de la Ley de Matrimonio Civil).

Como es obvio, la ley prohíbe contraer matrimonio a los que se encuentran unidos por vínculo matrimonial no disuelto.

Cabe advertir que la ley no distingue, de manera que el matrimonio vigente puede haberse celebrado en Chile o en el extranjero. Y en este último caso, el matrimonio será nulo, sea que el matrimonio haya o no estado inscrito al momento de contraer el nuevo matrimonio. Por lo demás, el art. 80 dispone que “... el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer”.

Cabe tener presente que la bigamia, constituye un delito (art. 382 del Código Penal). Hay delito, siempre y cuando el primer matrimonio sea válido (por ello, lo primero que debe examinarse para defender a un individuo acusado de bigamia, es si el primer matrimonio adolece de algún vicio de nulidad). La pena que impone la ley al bigamo, es la de reclusión menor en su grado máximo (vale decir, de tres años y un día a cinco años).

a.1.2. Los que se hallaren ligados por un acuerdo de unión civil vigente, a menos que el matrimonio lo celebre con su conviviente civil (art. 5°, N° 2 de la Ley de Matrimonio Civil).⁴²

Quienes celebren al acuerdo de unión civil quedan impedidos de contraer contrato de matrimonio con una persona distinta de aquella con quien han convenido dicho acuerdo, mientras éste se mantenga vigente. La Ley N° 20.830, hizo incompatibles el contrato de matrimonio con el contrato que da cuenta del acuerdo de unión civil.

a.1.3. Los menores de dieciséis años (art. 5°, N° 3 de la Ley de Matrimonio Civil).

En este punto, nos encontramos ante una reforma importante, pues la Ley de 1884 impedía el matrimonio de los impúberes, o sea, la mujer menor de doce años o el varón menor de catorce años. Hoy, se aumenta la edad mínima para contraer matrimonio, a dieciséis años, igualándose en ello a las mujeres y a los hombres. El cambio en el criterio del legislador se explica como resultado del cambio en las costumbres de nuestra sociedad, pues a diferencia de nuestros abuelos, muchos de los cuales contraían matrimonio muy jóvenes (en especial, nuestras abuelas), hoy, la tendencia es la de postergar el matrimonio hasta una edad más avanzada, considerando que la expectativa de vida supera en mucho aquella que presentaba Chile en las últimas décadas del siglo XIX o en las primeras décadas del siglo XX.

Podemos afirmar que ahora, el criterio del legislador atiende a la madurez de los contrayentes, antes que a la aptitud para procrear.

Observamos sin embargo cierta falta de congruencia entre el criterio del legislador en orden a impedir que un menor de dieciséis años pueda contraer matrimonio, por una parte, y permitir, por otra, que un menor de dieciséis pero mayor de doce (en el caso de las mujeres) o mayor de catorce (en el caso de los hombres), puedan reconocer un hijo, actuando por sí solos, sin intervención del representante legal o la autorización del juez, según se desprende del art. 262 del Código Civil. Creemos que tan trascendente para el menor es el contraer matrimonio, como el reconocer un hijo, actos que a nuestro juicio, debieran requerir de un tratamiento jurídico idéntico.

a.1.4. Los que se hallaren privados del uso de razón (art. 5, N° 4 de la Ley de Matrimonio Civil).

La causal afecta tanto a los dementes interdictos, como a cualquier otro que al momento de contraer matrimonio, no se hallaba en su sano juicio, incluyéndose aquí a los dementes no interdictos, pero cuya enajenación mental pueda ser debidamente comprobada, así como también, por ejemplo, a los que se encontraren ebrios, drogados, bajo los efectos de la hipnosis, etc.

a.1.5. Los que por un trastorno o anomalía psíquica, fehacientemente diagnosticada, sean incapaces de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio (art. 5°, N° 4 de la Ley de Matrimonio Civil).

⁴² Causal incorporada por la Ley N° 20.830, publicada en el Diario Oficial de fecha 21 de abril de 2015.

Esta causal tiene su origen en el canon 1.095, regla 3ª, del Código Canónico (son incapaces de contraer matrimonio “quienes no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica”).

Se trata de una figura no contemplada en la Ley de 1884. Entendemos que no se trata de personas dementes o privadas totalmente del uso de la razón (pues a ellas se refiere la causal precedente), pero que al momento de contraer matrimonio, experimentaban una situación que afectaba su psiquis, como por ejemplo, aquella persona que se encontraba sumida en una depresión severa, médicamente comprobable. En general, la causal se aplicaría a todos aquellos que padezcan un trastorno mental transitorio, que distorsione su percepción de la realidad. Cabe preguntarse si queda comprendida en esta situación, la conducta homosexual o bisexual de uno de los cónyuges, siempre que ella se hubiere manifestado antes del matrimonio, considerando que se ha sostenido por algunos que se trata de un trastorno o anomalía psíquica. Para el derecho canónico, la homosexualidad o bisexualidad puede impedir la instauración de una comunidad de vida propiamente conyugal, y por ende, ser causal de nulidad de matrimonio. Impedirían también formar esta comunidad de vida, anomalías psico-sexuales que puedan afectar a los cónyuges al momento de contraer matrimonio, como aquellas conductas de promiscuidad sexual, que evidencian que uno de los cónyuges es incapaz de guardar fidelidad conyugal. La doctrina no está conteste acerca de los alcances de esta causal. Pedro Juan Viladrich admite los trastornos psico-sexuales, aunque advirtiendo que los supuestos fácticos no se agotan en ellos.⁴³ Javier Barrientos y Aranzazú Novales, estiman que la homosexualidad “puede tener cabida dentro de alguno de los nuevos capítulos de nulidad matrimonial, (...) bajo la noción de ‘trastorno o anomalía psíquica’ que vuelve incapaz de modo absoluto, a la persona para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio (art. 5 número 3 Lmc.), como ha admitido jurisprudencia canónica y de sistemas jurídicos extranjeros”.⁴⁴ Carlos López Díaz admite dentro de la causal, casos como trastornos de la identidad sexual, el fetichismo o el travestismo, pero no así la homosexualidad y la bisexualidad.⁴⁵ En todo caso, si la conducta homosexual o bisexual se manifestare después de haber contraído matrimonio, permitirá al otro cónyuge demandar el divorcio, según estudiaremos más adelante.

El profesor Jorge del Picó Rubio incluye en esta causal, figuras tales como deficiencias de la inteligencia como el retraso mental moderado (que cubre el rango de coeficiente intelectual entre 35 y 49); deficiencias de la memoria (que incluyen la pérdida parcial o completa de la memoria, la incapacidad para registrar, retener o recuperar información o distorsiones en el contenido de la memoria, como las que incorporan

⁴³ Viladrich, Pedro Juan, “Comentario al canon 1095”, en Instituto Martín de Azpilcueta, *Código de Derecho Canónico*, Pamplona, 1992, Ediciones Universidad de Navarra, 5ª edición, p. 567, citado a su vez por Del Picó Rubio, Jorge, *Derecho Matrimonial Chileno*, Santiago de Chile, AbeledoPerrot, LegalPublishing, 2010, p. 253.

⁴⁴ Barrientos Grandón, Javier y Novales Alquézar, Aranzazú, *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno. Ley número 19.947: celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2004, p. 112.

⁴⁵ López Díaz, Carlos, ob. cit., p. 170.

recuerdos falsos); deficiencias del pensamiento (que incluyen las perturbaciones que afectan a la velocidad y organización de los procesos de pensamiento).⁴⁶

En todo caso, la ley exige que el trastorno o la anomalía se encuentren fehacientemente diagnosticadas, lo que implica disponer de pruebas que establezcan de un modo irrefragable la causal de nulidad.

a.1.6. Los que carecieren de suficiente juicio o discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio (art. 5, N° 5 de la Ley de Matrimonio Civil).

Al igual que la causal anterior, ésta tampoco se encontraba contemplada en la ley de 1884. La causal nos parece muy ambigua en su redacción, considerando que no alude a los menores de dieciséis años, ni a los dementes ni a los que sufran un trastorno o una anomalía psíquica transitoria. Tampoco nos parece adecuado aludir a personas que carezcan de suficiente juicio y discernimiento, pues ante la ley civil tales personas son incapaces, y si lo fueran, estarían comprendidos en otras causales. ¿Quiénes podrían quedar comprendidos en esta hipótesis, entonces?

Para intentar responder a esta pregunta, debemos considerar que la causal también tiene su origen en el Derecho Canónico (Canon 1.095, N° 2 del Código de Derecho Canónico). Ahora bien, la causal alude a la imposibilidad para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio. Pues bien, en el ámbito del Derecho Canónico, son obligaciones esenciales del matrimonio, las siguientes:

- Obligación de cooperar a la realización del acto carnal;
- Obligación de no hacer nada contrario a la generación de la prole;
- Obligación de mantener una comunidad de vida;
- Obligación de recibir y educar a los hijos.

Descartando de esta causal el tercer caso, pues está comprendido en la causal analizada en el punto a.1.4., las otras tres podrían configurar una causal de nulidad de matrimonio que se ajuste a la conducta descrita en el N° 4 del art. 5 de la Ley de Matrimonio Civil. Así, por ejemplo, aquella persona que exhibió desde el momento mismo de contraer matrimonio una conducta hostil al nacimiento de hijos; o el individuo que, sin incurrir en un trastorno psíquico, es incapaz de radicarse en determinado lugar y formar allí una comunidad de vida, optando por una vida que lo lleva a desplazarse incansablemente de un lugar a otro.

También podría estimarse comprendida en esta causal, la de aquél que teniendo más de dieciséis pero menos de dieciocho años, hubiere contraído matrimonio, careciendo de la madurez suficiente para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio.

La causal se refiere a no poder “comprender” y “comprometerse”. Hay, por un lado, entonces, una operación intelectual que no puede realizarse adecuadamente, y por otro lado, un acto volitivo que no puede materializarse.

En todo caso, tal como se expresó en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, son copulativos los requisitos de

⁴⁶ Del Picó Rubio, Jorge, ob. cit., pp. 252 y 253.

comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio. Se indicó al efecto que “La doctrina canónica sostiene que el defecto de discreción o juicio, que no constituye privación de razón, no es sólo un defecto del intelecto (o sea, una incapacidad para comprender los deberes matrimoniales), sino que, a la vez, una deficiencia de la voluntad (incapacidad para querer comprometerse con ellos)”.

a.1.7. Los que no pudieren expresar claramente su voluntad por cualquier medio, ya sea en forma oral, escrita o por medio de lenguaje de señas (art. 5, N° 6 de la Ley de Matrimonio Civil).

Cabe recordar que la Ley N° 19.904, publicada en el Diario Oficial con fecha 3 de octubre de 2003, había modificado el N° 4 del artículo 4º de la ley de 1884. En efecto, establecía el antiguo art. 4, N° 4: “Los que de palabra o por escrito no pudieren expresar su voluntad claramente”. Tras la reforma incorporada a la Ley de 1884 por la Ley N° 19.904, el N° 4 quedó con el siguiente tenor: “Los que no pudieren expresar su voluntad claramente”. Hoy, la ley es algo más explícita, pero en lo sustancial, el espíritu es el mismo que el de la Ley N° 19.904, a saber, terminar con una discriminación que afectaba a los sordos o sordomudos analfabetos, pero capaces de expresarse a través de la lengua de señas.

a.2) Causales de incapacidad relativas o impedimentos dirimientes relativos.

Dos son las causales de incapacidad relativas o impedimentos dirimientes relativos que contempla la ley, conforme a lo que expondremos a continuación.

a.2.1. Por vínculo de parentesco (art. 6º de la Ley de Matrimonio Civil).

No podrán contraer matrimonio entre sí:

- Los ascendientes y descendientes por consanguinidad;
- Los ascendientes y descendientes por afinidad (así, por ejemplo, la nuera que ha enviudado, no podría contraer matrimonio con su suegro viudo);
- Los colaterales por consanguinidad en el segundo grado;
- El adoptado con uno de los adoptantes, porque la adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo del o de los adoptantes, conforme a lo dispuesto en el art. 1º de la Ley N° 19.620, de Adopción de Menores; en este caso, el adoptado, además, no podrá contraer matrimonio con cualesquiera de sus ascendientes biológicos o con sus hermanos biológicos, pues se mantiene, para este solo efecto, el vínculo de filiación de origen (art. 37 de la Ley de Adopción de Menores). Por ende, el impedimento aquí es doble: con la familia de origen o biológica y con la familia adoptiva.

Los casos contemplados en la ley, obedecen a razones morales y biológicas (impedir degeneraciones físicas y psíquicas).

No comprende este impedimento el parentesco colateral por afinidad, de manera que el matrimonio entre cuñados es lícito.

Observa la doctrina que la restricción impuesta por este artículo es mínima. En otras legislaciones, como la francesa o la española, se prohíbe también el matrimonio entre tíos y sobrinos (o sea, entre parientes en tercer grado en la línea colateral). Así, el

art. 47 N° 2 del Código Civil español, aunque el impedimento es dispensable, conforme al art. 48, inc. 2°.

a.2.2. Por homicidio (art. 7° de la Ley de Matrimonio Civil).

El cónyuge sobreviviente no podrá contraer matrimonio:

- Con el imputado contra quien se hubiere formalizado investigación por el homicidio de su marido o mujer; o
- Con quien hubiere sido condenado como autor, cómplice o encubridor de ese delito.

La expresión “contra quien se hubiere formalizado investigación”, es propia del nuevo proceso penal oral. En relación a esta materia, el art. 7° transitorio de la Ley N° 19.947, establece que la incapacidad referida al imputado que se establece en el art. 7° de la Ley de Matrimonio Civil, se entenderá hecha al procesado en la causa criminal seguida por hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la reforma procesal penal en la Región respectiva.

Este impedimento rige tanto para el hombre como para la mujer y no es necesario que el cónyuge sobreviviente haya participado en el asesinato o tenga alguna relación delictuosa con el asesino. Una elemental consideración de moral pública impide el matrimonio del cónyuge sobreviviente con el asesino del cónyuge del primero, o con su cómplice o encubridor.⁴⁷

b) Impedimentos impedientes o prohibiciones.

b.1) Generalidades y enumeración de las prohibiciones.

Están establecidas en los arts. 105 a 116 (salvo el 108, actualmente derogado) y 124⁴⁸ a 130 del CC. Estas disposiciones están vigentes, y debe acreditarse su cumplimiento en los dos trámites previos al matrimonio, la manifestación y la información. En efecto, el art. 9° de la Ley de Matrimonio Civil, dispone que quienes quisieren contraer matrimonio, deberán comunicar al Oficial Civil, si corresponde, los nombres de las personas cuyo consentimiento sea necesario y el hecho de no tener prohibición legal para contraer matrimonio. A su vez, el art. 12° de la misma ley, señala que se acompañará a la manifestación una constancia fehaciente del consentimiento para el matrimonio prestado por las personas que indica el Código Civil. Por su parte, el art. 14° dispone que en el momento de presentarse o hacerse la manifestación, los interesados rendirán información de dos testigos por lo menos, sobre el hecho de no tener impedimentos ni prohibiciones para contraer matrimonio.

⁴⁷ Hasta el año 2004, previo a la reforma hecha al Código Civil por la Ley N° 19.947, existía un tercer impedimento dirimente relativo: no podía contraer matrimonio el que había cometido adulterio con su partícipe en esa infracción, durante el plazo de cinco años contado desde la sentencia que así lo establezca. Dicho tenor rigió entre el año 1994 y el 2004, conforme a lo dispuesto en la Ley N° 19.335. Antes, el impedimento sólo afectaba a la mujer, la que no podía contraer matrimonio con su co-reo en el delito de adulterio. Hoy, el adulterio ya no está sancionado penalmente, y si se decreta el divorcio por tal causa, el cónyuge infractor no tendrá impedimento en contraer matrimonio con el copartícipe en dicha conducta.

⁴⁸ El tenor de este artículo fue modificado por la Ley 19.947.

El efecto del quebrantamiento de tales impedimentos no es la nulidad del matrimonio, sino el que, en cada caso, señala la ley.

Los impedimentos impedientes o prohibiciones son tres:

1º Impedimento de falta de consentimiento.

2º Impedimento de guarda.

3º Impedimento de segundas nupcias.

b.2) Análisis de los impedimentos impedientes:

b.2.1. Impedimento de falta de consentimiento.

El art. 105 del Código Civil establece que no podrá procederse a la celebración del matrimonio sin el asenso o licencia de la persona o personas cuyo consentimiento sea necesario. El art. 107 del Código Civil, por su parte, sujeta a esta regla a todos los que tengan menos de 18 años.

Esta reglamentación afecta pues a los hombres y mujeres, sean casados en primeras o segundas nupcias, pues la ley no hace distinción alguno.

Después de los 18 años, se puede contraer matrimonio sin necesidad de consentimiento alguno y, aun, contra la expresa negativa de los padres o curadores.

No debe confundirse este consentimiento o asenso con la manifestación de voluntad del que va a casarse. Si el contrayente no presta su consentimiento, no hay matrimonio; si falta el asenso, el matrimonio es perfectamente válido, pero se producen otros efectos que se indicarán. En otras palabras, estamos ante manifestaciones de voluntad de disímil finalidad e importancia (estamos ante lo que se denomina en doctrina acto complejo, de complejidad desigual, como se estudió en el ámbito de la clasificación de los actos jurídicos, específicamente de los actos jurídicos unilaterales pluripersonales).

El consentimiento debe ser prestado expresamente: art. 107 del Código Civil. El art. 12 de la Ley de Matrimonio Civil agrega que puede ser verbal o escrito. Puede prestarse en el momento del matrimonio o con anterioridad a su celebración. En este segundo caso, el consentimiento deberá prestarse por escrito, pues el artículo citado exige, como antes referíamos, que se acompañe a la manifestación constancia fehaciente del consentimiento. Estas expresiones indican que la exigencia sólo puede ser cumplida acompañando el documento en que conste el asenso.

El art. 12 no exige categóricamente que el asenso conste en escritura pública, pero al determinar que la constancia sea “fehaciente”, o sea indiscutible, no puede referirse sino al instrumento público, que es el que de suyo produce este efecto. Este antecedente se agrega en el momento de hacerse la manifestación, a menos que se preste verbalmente ante el Oficial del Registro Civil, al momento de contraer matrimonio.

En la inscripción del matrimonio, debe también dejarse constancia del nombre de los que dieron su consentimiento y testimonio fehaciente del mismo (art. 39 números 8 y 9 de la Ley de Registro Civil).

Aun cuando la ley no lo dice expresamente, no cabe duda de que el asenso debe ser nominativo, o sea, debe referirse a determinada persona, con quien el menor queda

autorizado para casarse. Una autorización general, no cumpliría con los propósitos del legislador.

Tampoco cabe duda que este asenso podrá retirarse, mientras el matrimonio no se celebre.

Personas que deben asentir (arts. 107 y 111 del Código Civil): distinguimos según se trate de un hijo de filiación determinada o indeterminada:

+ Hijos de filiación determinada: prestarán el consentimiento:

1º Ambos padres;

2º Si faltare uno de ellos, el otro de los padres prestará su asentimiento;

3º A falta de ambos padres, el ascendiente o los ascendientes de grado más próximo.

Previene la ley que en igualdad de votos contrarios preferirá el favorable al matrimonio.

4º A falta de todas estas personas, dará el asenso el curador general, y si no lo hay, el oficial del Registro Civil que deba intervenir en la celebración del matrimonio (art. 111 del Código Civil) o el ministro de culto de la respectiva entidad religiosa.

+ Hijos cuya filiación no ha sido determinada respecto de ninguno de sus padres: en este caso, el consentimiento para su matrimonio lo dará su curador general y a falta de éste, el oficial civil o el respectivo ministro de culto.

El padre o madre u otro ascendiente se entiende faltar, en los siguientes casos (enumerados en los arts. 109 y 110 del Código Civil):

1º Cuando ha fallecido.

2º Cuando está demente.

3º Cuando está ausente del territorio de la República y no se espera su pronto regreso. No es necesario que se ignore su paradero, pues aun conociendo la actual residencia, si la persona se encuentra fuera del país y no se espera que vuelva pronto, puede ser suplida por otra de las personas llamadas por la ley al ejercicio de esta facultad.

4º Cuando se ignora el lugar de su residencia, esté dentro o fuera del país.

5º Se entenderá faltar también el padre o la madre cuando la paternidad o maternidad haya sido determinada judicialmente contra su oposición.

6º Cuando al padre o a la madre se le ha privado de la patria potestad por sentencia judicial, lo que ocurre en los casos del art. 271 del Código Civil.

7º Cuando el padre o la madre han sido inhabilitados para intervenir en la educación de sus hijos, por su mala conducta (art. 110 del Código Civil).

Los ascendientes –distintos de los padres- pueden faltar, pero sólo en los casos contemplados por el art. 109; a ellos no se les aplica el art. 110.

A falta de curador general, la ley encomienda al oficial del Registro Civil que interviene en la celebración del matrimonio la facultad de autorizar al menor para concluirlo. El Oficial del Registro Civil sólo podrá denegar el consentimiento invocando alguna de las causales establecidas en el art. 113 del Código Civil, debiendo comunicar esto al juez de Familia correspondiente para que califique el disenso, si llegare el caso. El mismo rol deberá cumplir el ministro de culto, si el matrimonio se celebrara ante él.

Motivación del disenso: puede o no ser un acto motivado según sea la persona que deba dar el consentimiento. Cabe distinguir entonces las siguientes situaciones:

- a) Los padres y los ascendientes no necesitan motivar su disenso; basta que ellos se opongan al matrimonio para que no pueda celebrarse el de los menores de 18 años (art. 112, inc. 1º del Código Civil).
- b) El curador y el oficial del Registro Civil que nieguen su consentimiento, están siempre obligados a expresar causa (art. 112, inc. 2º del Código Civil). Lo mismo se aplica, al ministro de culto.

Causales de disenso:

Las causales de disenso no pueden ser otras que las señaladas en el art. 113 del Código Civil. Conocerá y se pronunciará sobre el disenso, el Juez de Familia⁴⁹. Son las siguientes:

- a) La existencia de cualquier impedimento legal, incluso el señalado en el art. 116 del Código Civil.
- b) El no haberse practicado algunas de las diligencias prescritas en el título de Las Segundas Nupcias, en su caso.
- c) Grave peligro para la salud del menor a quién se niega la licencia, o de la prole.
- d) Vida licenciosa, pasión inmoderada al juego, embriaguez habitual, de la persona con quien el menor desea casarse.
- e) Haber sido condenada esa persona por delito que merezca pena aflictiva.
- f) No tener ninguno de los esposos medios actuales para el competente desempeño de las obligaciones del matrimonio.

Resumiendo, dichas causales constituyen impedimentos legales (prohibiciones); de carácter eugenésico; de carácter moral; y de carácter económico.

Efectos de la falta de asenso: a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, la sanción no es la nulidad del matrimonio. Este es válido, pero se castiga la desobediencia del menor en la siguiente forma:

- a) Si el menor debió obtener el consentimiento de un ascendiente y prescindió de él, o pasó por sobre su negativa, puede ser desheredado por ese ascendiente y por todos los demás (se entiende por desheredamiento la disposición testamentaria en que se ordena que un legitimario sea privado del todo o parte de su legítima, art. 1207 del Código Civil). Esta sanción requiere de una declaración expresa de voluntad del ascendiente, es decir, debe otorgarse testamento, privando al menor de lo que por ley corresponde (art. 114 del Código Civil). El art. 1208, N° 4, reitera la norma del art. 114: “Un descendiente no puede ser desheredado sino por alguna de las causas siguientes: (...) 4ª. Por haberse casado sin el consentimiento de un ascendiente, estando obligado a obtenerlo”. Podríamos afirmar que esta sanción se funda en una infracción por parte del menor de su deber de lealtad filial, contemplado en el art. 222, inc. 2º del Código Civil: “Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres”.

⁴⁹ Art. 8, N° 5 de la Ley N° 19.968.

b) Si el ascendiente muere sin hacer testamento, el menor pierde la mitad de lo que por ley le corresponde en su herencia. En este caso, no se necesita declaración de voluntad del ascendiente; por el contrario, en su silencio, castiga la ley al descendiente con la privación de la mitad de la herencia (art. 114, parte final del Código Civil).

c) El ascendiente sin cuyo necesario consentimiento se casó el menor, puede revocar las donaciones hechas a éste antes del matrimonio; esta sanción sólo compete al ascendiente que debió consentir y no a los demás, como ocurre en el caso de la desheredación (art. 115).

Naturalmente que las donaciones que pueden revocarse son las irrevocables o entre vivos, ya que las donaciones por causa de muerte son esencialmente revocables, sin necesidad de que exista ninguna disposición especial para ello (aún más, si la donación revocable se otorgó ciñéndose a las solemnidades de las donaciones entre vivos, y el donante en el instrumento se reservare la facultad de revocarla, al tenor del art. 1137, 2º del Código Civil, debe confirmarse expresamente en el acto testamentario).

d) El menor puede tener también las sanciones penales indicadas en el art. 384 del CP; las sanciones penales alcanzan además al oficial del Registro Civil que autorizó el matrimonio.

Si el menor contrae matrimonio sin el consentimiento del curador o del oficial del Registro Civil o del ministro de culto, no se hace acreedor a sanciones civiles, ya que el CC. sólo las aplica en el caso de los ascendientes.

b.2.2. Impedimento de guarda.

Está establecido en el art. 116 del Código Civil y consiste en que el menor de 18 años no puede contraer matrimonio con su tutor o curador sin que la cuenta de la administración haya sido aprobada por el juez con audiencia del defensor de menores (se entiende que si se trata de un tutor, el menor deberá haber cumplido 16 años, para contraer matrimonio).

Tampoco pueden los descendientes del tutor o curador contraer matrimonio con el pupilo o pupila sin que previamente se cumpla con este requisito.

El impedimento sólo se refiere a los curadores que administran o han administrado bienes del pupilo. No afecta entonces a los curadores sin administración de bienes, como lo son los ad lítem.

La sanción por la contravención no es la nulidad del matrimonio sino la pérdida que sufre el guardador de toda remuneración en el desempeño de su cargo. El oficial del Registro Civil o ministro de culto que autoriza el matrimonio en estas condiciones es alcanzado por las sanciones penales establecidas en el art. 388 del CP⁵⁰.

Cesa el impedimento:

a) Si la justicia aprueba las cuentas; y

b) Si el ascendiente o ascendientes que deben prestar asenso, autorizan el matrimonio.

⁵⁰ Establece el inc. 1º del art. 388 del Código Penal, conforme al tenor fijado por la Ley N° 19.947:

“El oficial civil que autorice o inscriba un matrimonio prohibido por la ley o en que no se hayan cumplido las formalidades que ella exige para su celebración o inscripción, sufrirá las penas de relegación menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales. Igual multa se aplicará al ministro de culto que autorice un matrimonio prohibido por la ley”.

El oficial del Registro Civil o ministro de culto debe exigir copia autorizada, debidamente ejecutoriada, de la resolución judicial que apruebe la cuenta, a menos que se hagan presentes él o los ascendientes que deben prestar asenso.

b.2.3. Impedimento de segundas nupcias.

Está contemplado en el art. 124⁵¹ del Código Civil. Se refiere al que tiene hijos de precedente matrimonio.⁵²

Para que rija el impedimento, es necesario que los hijos estén:

- bajo la patria potestad; o
- bajo la tutela o curatela del padre o de la madre, aunque fueren mayores de edad.

El impedimento no afecta, por ende, al padre o madre cuyos hijos se han emancipado de la patria potestad, a menos que ellos se encontraren bajo curaduría de su padre o madre. Si los hijos mayores estuvieren bajo guarda de un tercero, tampoco regirá el impedimento, pues el precepto exige que estén bajo “su” tutela o curaduría.

El actual tenor del art. 124, fue fijado por la Ley N° 19.947, ampliando su campo de aplicación. En efecto, antes de la reforma, el precepto sólo se refería al viudo o viuda que tenía hijos de precedente matrimonio y tampoco contemplaba al que hubiere anulado su matrimonio. Ahora, el artículo rige para el viudo o viuda, para el divorciado y también para el que hubiere obtenido la nulidad de su matrimonio. Respecto al último, en principio, podría estimarse que no se le aplica el art. 124, desde el momento en que se alude en él a “precedente matrimonio”, lo que obviamente no acontece si el matrimonio se declaró nulo, ya que en tal caso, sencillamente no hubo matrimonio. Sin embargo, el art. 127, al establecer la sanción aplicable a quien se case infringiendo el impedimento impediente que estamos analizando, incluye también, junto al viudo y divorciado, a “quien hubiere anulado su matrimonio”. Para mayor claridad, el legislador debió incluir a éste último en el art. 124, pero a pesar de no haberlo hecho, debemos concluir que tácitamente está comprendido, atendido lo dispuesto en el art. 127 del mismo Código. Adicionalmente, se podría agregar que dado el carácter de hijos matrimoniales que la ley atribuye a todo hijo nacido en un matrimonio declarado nulo (art. 51, inc. 1° de la Ley de Matrimonio Civil)⁵³ de todas maneras debieran quedar protegidos entonces por el art. 124.

Por su parte, el art. 126 del CC. establece que el oficial del Registro Civil no permitirá el matrimonio del padre o madre:

⁵¹ Antes de la promulgación de la Ley N° 19.947, el art. 124 se refería al viudo o viuda. Ahora, el precepto se aplica, además, a los que se hubieren divorciado y también, atendido lo dispuesto en el art. 127, a los que hubieren anulado su matrimonio.

⁵² El impedimento alude a quien tenga hijos “de precedente matrimonio”. No se protege, por ende, a los hijos de filiación no matrimonial. Se trata, sin duda, de una omisión del legislador que debe repararse. En efecto, atenta ella contra el principio consagrado en el artículo 33 del mismo Código, en cuanto la ley considera iguales a todos los hijos. La norma, entonces, debiera aludir a toda clase de hijos, matrimoniales o no matrimoniales, que al momento de contraer matrimonio su padre o madre, estuvieren bajo la patria potestad o bajo la guarda de dicho progenitor. Se trata de aplicar el aforismo “donde existe la misma razón, debe aplicarse la misma disposición”.

⁵³ Según veremos más adelante, tras la promulgación de la Ley N° 19.947, todos los hijos nacidos en un matrimonio después declarado nulo, tienen filiación matrimonial.

- sin que le presente certificado auténtico del nombramiento de curador especial para los fines del impedimento; o
- sin que proceda información sumaria de que el padre o madre no tiene hijos de precedente matrimonio, que estén bajo su patria potestad o bajo su tutela o curaduría.

A pesar de que el art. 126 del Código Civil no alude al ministro de culto, entendemos que recae sobre él la misma obligación que se impone al Oficial Civil.

- En qué consiste el impedimento: debe nombrarse a los hijos un curador especial, para que confeccione un inventario solemne de los bienes del hijo que el padre o la madre administra como tal, o como curador o tutor. Esta exigencia tiene por objeto evitar la confusión del patrimonio de estos hijos con los bienes de los que nazcan después. De ahí que cuando un hijo no tiene bienes, de todas maneras debe nombrarse un curador para que deje constancia del hecho (así lo dispone expresamente el art. 125 del Código Civil).

Se ha entendido por la mayoría de la doctrina (Rossel, entre otros) que no es necesario terminar el inventario solemne antes de contraer segundas nupcias; el art. 127 se limita a exigir que el inventario se haga “en tiempo oportuno”, y lo es, todo el tiempo que transcurra antes que pueda producirse la confusión de patrimonios.

De tal forma, para celebrar matrimonio, el oficial del Registro Civil o el ministro de culto sólo deberá exigir que conste que se nombró curador o de que el padre o madre no tiene hijos de precedente matrimonio (art. 126 del Código Civil).

Rodríguez Grez estima que en esta parte, la doctrina ha sido demasiado liberal. Considera que si el impedimento consiste en la facción de inventario y que su objetivo es el evitar la confusión de los patrimonios, “tiempo oportuno” significaría antes de celebrarse el matrimonio.

- Sanciones por el quebrantamiento del impedimento: están establecidas en el art. 127 del Código Civil, y son:

- a) El padre o la madre pierden el derecho de suceder abintestato a su hijo;
- b) Pierden igualmente la legítima que les corresponde en la herencia de su hijo.

Si el hijo testa después de producida la causal, el padre o madre queda liberado de la sanción conforme a lo dispuesto en el art. 973 del Código Civil, el cual establece que las causales de indignidad mencionadas en los arts. precedentes, no podrán alegarse contra disposiciones testamentarias posteriores a los hechos que las producen.

No cabe duda de que el padre o madre que no respeta el impedimento atenta contra la integridad del patrimonio de sus hijos o pupilos e incurre en la causal de indignidad del N° 2 del art. 968 (“atentado grave contra...los bienes de la persona de cuya sucesión se trata”, causal de injuria atroz). Siendo así, resulta aplicable el art. 973.

- El impedimento de segundas nupcias en relación con la mujer: dos son los objetivos que persigue el impedimento de segundas nupcias respecto de la mujer. El primero, ya analizado, de evitar la confusión de patrimonios. El segundo, evitar la confusión de paternidad de los hijos que pueda dar a luz.

Este segundo objetivo se obtiene mediante un plazo llamado usualmente de “viudedad”, que la mujer debe respetar antes de contraer matrimonio nuevamente. Está establecido en el art. 128 del Código Civil, precepto que no sólo se refiere a la viuda, sino también a la que anula el matrimonio o se hubiere divorciado. Dispone la norma:

a) Disuelto un matrimonio (lo que incluye la muerte del otro cónyuge o el divorcio) o declarado nulo, la mujer que esté embarazada no podrá pasar a otras nupcias antes del parto o (no habiendo señales de embarazo) antes de cumplirse los 270 días subsiguientes a la disolución o declaración de nulidad;

b) Con todo, podrán rebajarse de este plazo, todos los días que hayan precedido inmediatamente a dicha disolución o declaración, y en los cuales haya sido absolutamente imposible el acceso del marido a la mujer.

Si la mujer pudiera casarse inmediatamente de disuelto el matrimonio, podría darse el caso que, legalmente, el hijo que naciera dentro de los 300 días subsiguientes a la celebración del nuevo matrimonio se reputara hijo de ambos padres: del primero, porque se reputan de filiación matrimonial los hijos que nacen dentro de los 300 días contados desde la disolución del matrimonio; y del segundo, porque se reputan hijos de filiación matrimonial los que nacen después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio. Entran en juego aquí los arts. 76 (con su presunción de derecho acerca de la concepción) y 184 (con su presunción de paternidad simplemente legal). El plazo de viudedad tiende a evitar estos equívocos.

El art. 130 del Código Civil (introducido por la Ley N° 19.585) dispone al respecto que, cuando por haber pasado la madre a otras nupcias se dudare a cuál de los dos matrimonios pertenece un hijo, y se invocare una decisión judicial de conformidad a las reglas establecidas para las acciones de filiación, el juez decidirá, tomando en consideración las circunstancias. Las pruebas periciales de carácter biológico y el dictamen de facultativos serán decretados si así se solicita.

- Sanción por la infracción del impedimento: consiste en sujetar a la mujer y a su nuevo marido a la indemnización de todo perjuicio o costa que ocasione a un tercero la incertidumbre de la paternidad (art. 130, inc. 2º). La responsabilidad de la mujer y su nuevo marido, es solidaria (estamos ante uno de los excepcionales casos de solidaridad legal pasiva).

c) Acerca del consentimiento libre y espontáneo de los contrayentes.

Dispone el art. 8º de la Ley de Matrimonio Civil, que falta el consentimiento libre y espontáneo, en los siguientes casos:

c.1) Si ha habido error acerca de la identidad de la persona del otro contrayente (artículo 8º, N° 1 de la Ley de Matrimonio Civil).

Se trata del error en la persona física, al que aludía el antiguo art. 33, N° 1 de la Ley de 1884.

La hipótesis más probable, es aquella que se produce cuando una persona contrae matrimonio con otra, por poder, equivocándose el apoderado en la identidad de la persona con quien contrata.

c.2) 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 (art. 8º, N° 2) de la Ley de Matrimonio Civil.

Esta es una importante novedad incorporada a la Ley de Matrimonio Civil, pues el caso está referido a “la persona civil o social”. Como señala nuestra doctrina, existe error en la persona civil o social cuando se discrepa sobre aquel conjunto de cualidades o atributos que señalan a un individuo su posición dentro de la sociedad. Esta clase de error en la persona fue sistemáticamente rechazado como causal de nulidad de matrimonio, resolviendo nuestros tribunales que la ley sólo contemplaba el error en la identidad de la persona con que se celebraba el matrimonio, situación que, hipotéticamente, según indicamos, era más factible de producirse en los matrimonios por poder. Hoy, las “cualidades personales” de uno de los contrayentes cobran especial relevancia desde un punto de vista jurídico, lo que ciertamente exigirá a nuestros tribunales ser muy cautelosos en precisar en qué medida se configura la causal prevista en la ley.

En todo caso, la doctrina extranjera ha precisado que la cuantía del patrimonio de la persona con quien se celebra matrimonio, no forma parte de sus “cualidades personales”.

El profesor Hernán Corral Talciani estima que la impotencia que afecte a uno de los cónyuges, derogada como causal de incapacidad específica, podría quedar comprendida dentro de la causal de error en la persona social. Ello, porque la cualidad personal sobre la que yerra uno de los contratantes en relación a la persona del otro, debe corresponder a “la naturaleza o los fines del matrimonio”, siendo la procreación uno de tales fines. La misma opinión ha sostenido la profesora Andrea Muñoz. Coincidimos con este criterio, en la medida que la impotencia no hubiere sido conocida por el otro contrayente. Para el profesor Carlos López, la causal podría operar pero con ciertas limitantes: i) Que dados los antecedentes del matrimonio en el que se invoque la causal, haya habido un efectivo interés en procrear (no procedería, entonces, en el matrimonio de un par de ancianos); ii) No es necesario que la impotencia sea perpetua e incurable (podría ser sólo perpetua, pero curable, como en el caso de un varón que se hace una vasectomía); iii) Que exista al momento del matrimonio; y iv) La impotencia no debe haber sido conocida por el otro contrayente.⁵⁴

De esta manera, puede concluirse que la derogación de la causal de incapacidad referida a la impotencia *coeundi* o *generandi*, ha sido más aparente que real. Por lo demás, así lo expresó el Senador Chadwick, según consta del Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado: “El honorable Senador señor Chadwick sostuvo que, (...) se entiende que se proponga como alternativa suprimir la causal, porque en rigor es innecesaria, desde el momento en que la impotencia

⁵⁴ López Díaz, Carlos, ob. cit., pp. 159 y 160.

que no sea conocida por el otro contrayente queda comprendida en el número 2 del artículo 8º, esto es, en el error acerca de alguna de las cualidades personales de los contrayentes que, atendida la naturaleza o los fines del matrimonio, haya de ser estimado como determinante para otorgar el consentimiento”.

Otras hipótesis planteadas por el profesor Carlos López Díaz corresponden a una enfermedad que afecte a uno de los cónyuges, distinta de la impotencia, que lo imposibilite para procrear, o que implique la transmisión de enfermedades o taras genéticas no conocidas por el otro cónyuge; o la conducta depravada de uno de los cónyuges, que supone falta de moralidad, conductas deshonorosas, perversiones sexuales, etc., que desestabilizan gravemente la vida matrimonial, obstaculizando la comunidad de vida que debe formarse y que muchas veces no son conocidas por el otro contrayente al momento de casarse; la homosexualidad no conocida por uno de los cónyuges y practicada con anterioridad y que de ser conocida ha de ser estimada como determinante para otorgar el consentimiento (ya que pueden ser no toleradas por el otro cónyuge); convicciones morales o religiosas, cuando se trata de convicciones religiosas fundamentalistas que impliquen restricciones a la libertad de uno de los cónyuges o de los hijos o exigencias desmesuradas provenientes de cualquier idea o actividad, ideologías políticas, etc.⁵⁵

Javier Barrientos y Aranzazú Novales, al igual que se planteó a propósito de las incapacidades para contraer matrimonio, estiman que la homosexualidad “puede tener cabida dentro de alguno de los nuevos capítulos de nulidad matrimonial, (...) en el evento de haber podido configurar el capítulo de nulidad que consiste en el error acerca de alguna cualidad personal del contrayente, que, en atención a la naturaleza y fines del matrimonio, pueda ser estimada como determinante para otorgar el consentimiento (art. 8 número 2 Lmc)”.⁵⁶

En el Derecho comparado, el planteamiento ha sido similar al recién expuesto. Así, el art. 73, N° 4 del Código Civil español dispone que será nulo el matrimonio celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubiesen sido determinantes del consentimiento. Acerca de la segunda hipótesis, se afirma que “Hay que excluir de su concepto la creencia errónea sobre cualquier cualidad que se estima posee el otro contrayente, pues es una equivocación que está en la naturaleza de las cosas; toda elección conlleva riesgos. Hay que buscar una vía objetiva, y desde ella entendemos que serán las necesarias para el cumplimiento de los fines del matrimonio o de un concreto matrimonio (p. ej., la impotencia coeundi), y las que conocidamente han sido el presupuesto para dar el consentimiento por quien alega el error.”

Por su parte, el art. 409 del Código Civil y Comercial argentino, establece que “Son vicios del consentimiento: a. la violencia, el dolo y el error acerca de la persona del otro contrayente; b. el error acerca de las cualidades personales del otro contrayente, si se prueba que quien lo sufrió no habría consentido el matrimonio si hubiese conocido ese

⁵⁵ López Díaz, Carlos, ob. cit., p. 160.

⁵⁶ Barrientos Grandón, Javier y Novales Alquézar, Aranzazú, ob. cit., p. 112.

estado de cosas y apreciado razonablemente la unión que contraía. El juez debe valorar la esencialidad del error considerando las circunstancias personales de quien lo alega”.⁵⁷

A su vez, el art. 140, N° 1 del Código Civil de Colombia, dispone que “El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes: 1. Cuando ha habido error acerca de las personas de ambos contrayentes o de la de uno de ellos.”⁵⁸

c.3) Si ha habido fuerza, en los términos de los artículos 1456 y 1457 del Código Civil, ocasionada por una persona o por una circunstancia externa, que hubiere sido determinante para contraer el vínculo (art. 8º, N° 3) de la Ley de Matrimonio Civil.

Recordemos que se entiende por “fuerza” aquella “presión física o moral ejercida sobre la voluntad de una persona para determinarla a ejecutar un acto jurídico.”

Ahora bien, debemos entender que la fuerza que vicia el consentimiento de alguno de los contrayentes, es la fuerza moral, vale decir, aquellas “amenazas dirigidas contra un individuo para hacer que nazca en su espíritu un temor insuperable.”

En cambio, si nos encontramos ante una fuerza física, sencillamente no hay matrimonio, es decir, falta un requisito de existencia, el consentimiento o acuerdo de las voluntades de los contrayentes.

Considerando la remisión que se hace al Código Civil, la fuerza ha de ser injusta o ilegítima, grave y determinante.

Debemos descartar también, como hipótesis de fuerza que vicie el consentimiento de uno de los contrayentes, el “temor reverencial” que pueda afectarlo, pues de conformidad a lo dispuesto en el inc. 2º del art. 1456 del Código Civil, “El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.”

La ley se pone en el caso que la fuerza haya sido ocasionada por una persona, o por “una circunstancia externa”. Tal sería, por ejemplo, la presión social que mueve a una joven embarazada, a contraer matrimonio, forzando su voluntad. Cabría preguntarse si quedaría comprendida en este caso, aquella situación en virtud de la cual una persona contrae matrimonio, con el solo propósito de obtener visa o permiso de residencia en determinado país, forzado por la circunstancias. Estimamos que tal voluntad del contrayente no se habría manifestado libremente, y por ende el contrato de matrimonio estaría viciado. En todo caso, cualesquiera fuere el caso, nos encontramos ante una excepción al principio general, en virtud del cual la fuerza ha de ser obra de una persona, aunque no necesariamente del contratante beneficiado con ella.

d) Tercer requisito de validez del matrimonio: cumplimiento de las solemnidades legales.

d.1) Generalidades.

⁵⁷ Es interesante notar que el Código argentino, contempla el dolo como vicio del consentimiento en el matrimonio, lo que no acontece en la ley chilena.

⁵⁸ Código Civil, Legis Editores S.A., 2001, Bogota, Colombia, p. 25.

Cabe señalar que no todas las solemnidades del matrimonio tienen la misma sanción en caso de omitirse, e incluso la omisión de algunas de ellas ninguna sanción tiene.

La omisión de algunas solemnidades está sancionada con la inexistencia del matrimonio, como omitir la presencia de un oficial del Registro Civil o de un ministro de culto, o si el matrimonio se hubiere celebrado ante el último, no ratificarlo ante un Oficial o no inscribir el acta respectiva. Otras, con la nulidad, como por ejemplo en el caso anterior para aquellos que no aceptan la inexistencia; y un tercer grupo no tiene sanción alguna, porque son simples medios de prueba que pueden sustituirse, o ceremonias para hacer más respetable el acto, como acontece en el último caso a propósito de la exigencia legal de leer por el oficial del Registro Civil, en presencia de los contrayentes y los testigos, los arts. 131, 133 y 134 del CC. (art. 18 de la Ley de Matrimonio Civil).

Las solemnidades serán distintas también, según que el matrimonio se celebre en Chile o en el extranjero. Las analizaremos por separado.

d.2) Solemnidades de los matrimonios celebrados en Chile.

Son las siguientes:

1º La manifestación.

2º La información.

3º Celebración del acto.

Las dos primeras se regulan dentro de las diligencias preliminares a la celebración del matrimonio.

d.2.1. Acerca de la manifestación.

- Concepto.

La manifestación consiste en la noticia que los interesados dan al oficial del Registro Civil, de su deseo de contraer matrimonio.

- Cómo pueden hacer la manifestación los interesados en contraer matrimonio.

Establece el art. 9º, inc. 1º de la Ley de Matrimonio Civil, que los que quisieren contraer matrimonio, lo comunicarán por alguno de los medios siguientes:

- por escrito;
- oralmente; o
- por medio de lenguaje de señas⁵⁹.

- Ante quien puede hacerse la manifestación.

⁵⁹ Medio este último no contemplado en el artículo 9 de la ley de 1884.

La manifestación podrá hacerse ante cualquier Oficial del Registro Civil (art. 9º, inc. 1º de la Ley de Matrimonio Civil).⁶⁰

Tiene importancia la elección del Oficial del Registro Civil ante quien se hace la manifestación, pues ante él deberá celebrarse el matrimonio.

- Qué debe contener la manifestación.

Conforme al art. 9º, inc. 1º de la Ley de Matrimonio Civil, los novios deben indicar:

- sus nombres y apellidos;
- el lugar y la fecha de su nacimiento;
- su estado de solteros, viudos o divorciados y, en estos dos últimos casos, el nombre del cónyuge fallecido o de aquél con quien contrajo matrimonio anterior, y el lugar y la fecha de la muerte o sentencia de divorcio, respectivamente;
- su profesión u oficio;
- los nombres y apellidos de los padres, si fueren conocidos;
- los nombres y apellidos de las personas cuyo consentimiento fuere necesario;⁶¹ y
- el hecho de no tener incapacidad (o sea impedimentos dirimentes) o prohibición legal (es decir, impedimentos impedientes) para contraer matrimonio (vale decir, no estar comprendido en ninguno de los casos contemplados en los artículos 5 a 7 de la ley o en los artículos del Código Civil que regulan los impedimentos impedientes).

- Formalidad que debe cumplirse, en el caso que la manifestación fuere oral o por lenguaje de señas.

Si la manifestación no fuere escrita, el Oficial del Registro Civil levantará acta completa de ella, la que será firmada por él y por los interesados, si supieren y pudieren hacerlo, y autorizada por dos testigos (art. 9º, inc. 2º de la Ley de Matrimonio Civil).

- Deberes que pesan sobre el Oficial del Registro Civil, al momento de hacérsele la manifestación por los novios.

Al momento de comunicar los interesados su intención de celebrar el matrimonio, el Oficial del Registro Civil deberá:

- proporcionarles información suficiente acerca de las finalidades del matrimonio, de los derechos y deberes recíprocos que produce y de los distintos regímenes patrimoniales del mismo (art. 10º, inc. 2º de la Ley de Matrimonio Civil);

⁶⁰ La ley de 1884, exigía realizar la manifestación ante el Oficial del Registro Civil competente, que lo era el del domicilio o residencia de cualquiera de los novios.

⁶¹ Se trata de aquellas personas de deben dar el asenso, para el matrimonio del menor de 18 y mayor de 16 años.

- prevenirlos respecto de la necesidad de que el consentimiento sea libre y espontáneo (art. 10º, inc. 2º de la Ley de Matrimonio Civil); vale decir, que no haya error ni fuerza.
- comunicarles la existencia de cursos de preparación para el matrimonio, si no acreditaran que los han realizado. Los futuros contrayentes podrán eximirse de estos cursos de común acuerdo, declarando que conocen suficientemente los deberes y derechos del estado matrimonial (art. 10º, inc. 3º de la Ley de Matrimonio Civil). Lo dispuesto en el inciso citado, no se aplicará en los casos de matrimonios en artículo de muerte.⁶²

La circunstancia de que el Oficial del Registro Civil omita alguno de los deberes indicados, no acarreará la nulidad del matrimonio ni del régimen patrimonial respectivo, sin perjuicio de la sanción que corresponda al funcionario en conformidad a la ley (art. 10º, inc. 4º). Se trata de una responsabilidad administrativa, que podría ocasionar la destitución del Oficial Civil, previo sumario.

- Acerca de los cursos de preparación para el matrimonio.

Consigna la materia el art. 11º de la Ley de Matrimonio Civil, que se refiere a los siguientes aspectos:

- En cuanto al objetivo de los cursos: será el promover la libertad y seriedad del consentimiento matrimonial que se debe brindar, particularmente en su relación con los derechos y deberes que importa el vínculo, con el fin de contribuir a que las personas que deseen formar una familia conozcan las responsabilidades que asumirán de la forma más conveniente para acometer con éxito las exigencias de la vida en común (inc. 1º).
- En cuanto a quienes pueden dictarlos: podrán impartirlos el Servicio de Registro Civil e Identificación, entidades religiosas con personalidad jurídica de derecho público, instituciones de educación pública o privadas con reconocimiento del Estado, o personas jurídicas sin fines de lucro cuyos estatutos comprendan la realización de actividades de promoción y apoyo familiar (inc. 2º).
- En cuanto al contenido de los cursos, se previene que tratándose de aquellos que no dictare el Servicio de Registro Civil e Identificación, será determinado libremente por cada institución, con tal que se ajusten a los principios y normas de la Constitución y de la ley. Para facilitar el reconocimiento de estos cursos, tales instituciones los inscribirán, previamente, en un Registro especial que llevará el Servicio de Registro Civil e Identificación (inc. 3º). Del tenor de la ley, entendemos que la institución respectiva (que necesariamente ha de ser una persona jurídica) debe presentar el plan de estudios del curso, la nómina de profesores, los programas de las materias que se enseñen, etc., ante el Registro Civil, Servicio que otorgará el “reconocimiento” del curso, inscribiéndolo en el citado Registro.

⁶² La instauración de estos cursos de preparación para el matrimonio, constituye una novedad, pues la ley de 1884 nada contemplaba al efecto. Se aprecia la intención del legislador, de cautelar que la decisión que adopten los novios, sea informada y precedida de la pertinente reflexión. La ley civil, en esta materia, ha seguido los pasos de la ley canónica.

Estimamos que este Registro de cursos de preparación para el matrimonio, ha de ser público.

- Manifestación presentada por personas que no puedan expresarse en la lengua castellana.

Dispone el art. 13º, inc. 1º de la Ley de Matrimonio Civil, que las personas pertenecientes a la etnia indígena, según el art. 2º de la Ley N° 19.253⁶³, podrán solicitar que la manifestación se efectúe en su lengua materna. Igual cosa podrá ocurrir tratándose de la información para el matrimonio y con la celebración de éste.

En este caso, así como en aquél en que uno o ambos contrayentes no conocieren el idioma castellano, o fueren sordomudos que no pudieren expresarse por escrito, la manifestación, información y celebración del matrimonio se harán por medio de una persona habilitada para interpretar la lengua de el o los contrayentes o que conozca el lenguaje de señas (art. 13º, inc. 2º).⁶⁴

Por ende, si se trata de un extranjero que no hable el idioma castellano, intervendrá un intérprete de la lengua del extranjero.

Nos llama la atención que la ley sólo aluda al sordomudo, y no al sordo, como lo hace ahora el Código Civil a partir de la Ley N° 19.904⁶⁵, quien eventualmente, también podría no haber aprendido a escribir ni tampoco a expresarse oralmente, no obstante no tener impedimento biológico para hacerlo. Creemos que se trata de una inadvertencia del legislador, debiéndose aplicar al sordo, en tal caso, la misma regla que para los sordomudos.

En el acta de matrimonio se dejará constancia del nombre, apellido y domicilio del intérprete, o de quien conozca el lenguaje de señas (art. 13º, inc. 3º).

d.2.2. Acerca de la información.

En el momento de presentarse o hacerse la manifestación, los interesados rendirán información de dos testigos por lo menos, sobre el hecho de no tener impedimentos ni prohibiciones para contraer matrimonio (art. 14º de la Ley de Matrimonio Civil).

⁶³ Dicho artículo, debe relacionarse con el artículo 12 de la misma ley.

⁶⁴ El legislador, afortunadamente, ha corregido una grave imprecisión en la que había incurrido al dictar la Ley número 19.904, publicada en el Diario Oficial de fecha 3 de octubre de 2003, en virtud de la cual se había agregado un inciso 2º al artículo 12º de la ley de 1884, que señalaba: “Si uno de los que intentaren contraer matrimonio o ambos fueren sordos o sordomudos que no pudieren expresar su voluntad por escrito, la manifestación del matrimonio y la información que les entregue el oficial (sic) del Registro Civil se efectuará o recibirá, en su caso, por intermedio de una o más personas que puedan entenderse con ellos por medio de la lengua de señas, por signos, o que comprendan a los sordos o sordomudos. Estas personas deberán ser hábiles para ser testigos en el matrimonio.” La frase “por signos, o que comprendan a los sordos o sordomudos”, muy ambigua, ha sido suprimida, lo que nos parece del todo acertado, pues una cosa es aceptar la lengua de señas, que responde a un código objetivo universalmente aceptado, y otra, como lo hizo la Ley número 19.904, era permitir que el intérprete se valiera de un procedimiento subjetivo o personal, que en ningún caso, podía garantizar que transmitía la verdadera voluntad del interesado.

⁶⁵ Dispone el artículo 1447 del Código Civil, modificado por la Ley 19.904, que “Son absolutamente incapaces (...) los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente”.

La información vino a suplir las proclamas establecidas en el Derecho Canónico, que tenían por objeto dar publicidad al acto matrimonial, para que cualquiera que tuviere noticias de la existencia de impedimentos los diera a conocer⁶⁶.

d.2.3. Plazo para celebrar el matrimonio.

Establece el art. 15º de la Ley de Matrimonio Civil que, inmediatamente después de rendida la información y dentro de los noventa días siguientes, deberá procederse a la celebración del matrimonio. Transcurrido dicho plazo sin que el matrimonio se haya efectuado, habrá que repetir las formalidades prescritas en los artículos 9º al 14º de la Ley de Matrimonio Civil.

d.2.4. Personas inhábiles para servir de testigos en las diligencias previas y en la celebración del matrimonio.

De conformidad con el art. 16º de la Ley de Matrimonio Civil, son inhábiles:

- 1º los menores de 18 años;
- 2º Los que se hallaren en interdicción por causa de demencia;
- 3º Los que se hallaren actualmente privados de razón;
- 4º Los que hubieren sido condenados por delito que merezca pena aflictiva y los que por sentencia ejecutoriada estuvieren inhabilitados para ser testigos, y
- 5º Los que no entendieren el idioma castellano o aquellos que estuvieren incapacitados para darse a entender claramente.⁶⁷

d.2.5. De la celebración del matrimonio.

Dos son las solemnidades del matrimonio mismo: intervención de un Oficial del Registro Civil o ministro del culto respectivo (solemnidad por vía de existencia), y presencia de dos testigos hábiles (solemnidad por vía de validez). Nos referiremos a ellas en los párrafos siguientes.

Precisemos, en todo caso, que el matrimonio que se celebre ante una persona que no reúna las calidades de Oficial del Registro Civil o ministro de culto, será inexistente. Adicionalmente, debemos tener presente que el art. 383 del Código Penal⁶⁸, establece que el que engañare a una persona simulando la celebración del matrimonio con ella, sufrirá la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo.

d.2.5.1. Matrimonio celebrado ante Oficial del Registro Civil.

- Oficial Civil competente.

⁶⁶ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., p. 43.

⁶⁷ Se observan las siguientes diferencias con el antiguo artículo 14º de la ley de 1884:

1º En dicho artículo, se incluía entre los inhábiles a los ciegos, los sordos y los mudos;

2º Igualmente, eran inhábiles para servir de testigos los extranjeros no domiciliados en Chile.

⁶⁸ Modificado por la Ley 19.947.

Lo será aquél que haya intervenido en la realización de las diligencias de manifestación e información (art. 17º de la Ley de Matrimonio Civil).⁶⁹

Dicho Oficial Civil puede ser el de cualquier punto del país, careciendo de importancia el domicilio o la residencia de los contrayentes.

- Presencia de dos testigos.

Exige la ley la presencia de dos testigos, quienes pueden ser parientes de los contrayentes o extraños (art. 17º, inc. 2º de la Ley de Matrimonio Civil).

En esta materia, no hay innovaciones, respecto a la normativa antigua.

- Lugar de la celebración del matrimonio.

Podrá efectuarse:

- en el local correspondiente a la oficina del Oficial del Registro Civil; o
- en el lugar que señalaren los futuros contrayentes, siempre que se hallare ubicado dentro del territorio jurisdiccional del Oficial Civil (art. 17, inc. 2º de la Ley de Matrimonio Civil).

- Situación en el caso de matrimonio en artículo de muerte.

El matrimonio que se celebra encontrándose uno de los cónyuges en estado agónico o bajo peligro o amenaza de muerte, podrá celebrarse ante el Oficial del Registro Civil, sin los trámites previos de la manifestación e información (art. 17, inc. 3º de la Ley de Matrimonio Civil).

⁶⁹ Estamos aquí ante una trascendental reforma de la ley, pues el artículo 35 de la Ley de Registro Civil, y los artículos 9º y 31º de la ley de 1884, exigían celebrar el matrimonio ante el Oficial de la comuna o sección en que cualquiera de los contrayentes tenía su domicilio, o hubiere tenido su residencia los tres últimos meses anteriores a la fecha del matrimonio. Como se sabe, la infracción a estas normas, probada por testigos que refutaban a su vez lo que habían declarado los testigos que comparecieron a proporcionar la información (lo que se estimó posible, interpretando en sentido laxo lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 308 del Código Civil), fue la que permitió solicitar la declaración de nulidad del matrimonio, ante los tribunales chilenos, práctica que terminó por tornarse masiva, ante la ausencia de divorcio vincular. Hoy, ha desaparecido la incompetencia territorial del Oficial Civil, pudiendo celebrarse el matrimonio ante cualquier Oficial Civil, de cualquier punto del territorio nacional, con prescindencia del domicilio o de la residencia de los contrayentes, aunque con la sola limitación de que ha de tratarse del mismo ante el cual se hubieren cumplido las formalidades previas de la manifestación e información. En todo caso, a nuestro juicio no constituye causal de nulidad del matrimonio, el haberlo celebrado ante un Oficial Civil diferente de aquél ante el cual se hubieren realizado las diligencias de la manifestación y de la información. La misma opinión sustenta el profesor Pablo Rodríguez Grez ("Ley de Matrimonio Civil", artículo publicado por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Desarrollo, *Curso de Actualización Jurídica. Nuevas Tendencias en el Derecho Civil*, Santiago, 2004, p. 21).

En estos matrimonios, el Oficial Civil deberá dejar constancia en el acta respectiva, acerca del cónyuge afectado y el peligro que le amenaza (art. 19º, inc. 2º de la Ley de Matrimonio Civil).

- Deberes del Oficial Civil, al momento de celebrarse el matrimonio.

En el día de la celebración y delante de los contrayentes y testigos, el Oficial del Registro Civil debe cumplir con los siguientes deberes (artículos 18º y 19º de la Ley de Matrimonio Civil):

- dará lectura a la información proporcionada por los testigos y a que se refiere el artículo 14º de la Ley de Matrimonio Civil;
- reiterará la prevención indicada en el art. 10º, inc. 2º de la Ley de Matrimonio Civil, esto es, de la necesidad que el consentimiento sea libre y espontáneo;
- a continuación, leerá los artículos 131⁷⁰, 133⁷¹ y 134⁷² del Código Civil (se trata de los denominados “derechos-deberes” de los cónyuges);
- preguntará a los contrayentes si consienten en recibirse el uno al otro como marido y mujer y, con la respuesta afirmativa, los declarará casados en nombre de la ley;
- levantará acta de todo lo obrado, la que será firmada por él, por los testigos y por los cónyuges, si supieren y pudieren hacerlo;
- luego, procederá a hacer la inscripción en los libros del Registro Civil en la forma prescrita en el reglamento⁷³.

- Eventual responsabilidad penal del Oficial del Registro Civil.

De conformidad al art. 388 del Código Penal, el Oficial Civil que autorice o inscriba un matrimonio prohibido por la ley o en que no se hayan cumplido las formalidades que ella exige para su celebración o inscripción, sufrirá las penas de relegación menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

d.2.5.2. Matrimonio celebrado ante entidades religiosas de derecho público⁷⁴.

⁷⁰ Artículo 131 del Código Civil: “Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos”.

⁷¹ Artículo 133 del Código Civil: “Ambos cónyuges tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común, salvo que a alguno de ellos le asista razones graves para no hacerlo”.

⁷² Artículo 134 del Código Civil: “El marido y la mujer deben proveer a las necesidades de la familia común, atendiendo a sus facultades económicas y al régimen de bienes que entre ellos medie. / El juez, si fuere necesario, reglará la contribución”.

⁷³ El Reglamento de la Ley de Matrimonio Civil, se aprobó por Decreto Supremo número 673, publicado en el Diario Oficial de fecha 30 de octubre de 2004.

⁷⁴ Otra de las innovaciones más importantes de la ley, dice relación con la posibilidad de celebrar el matrimonio ante un ministro de culto de una entidad religiosa, sin perjuicio de su ratificación ante un Oficial del Registro Civil.

- Entidades religiosas competentes.

Dispone el art. 20º de la Ley de Matrimonio Civil, que los matrimonios celebrados ante entidades religiosas que gocen de personalidad jurídica de derecho público producirán los mismos efectos que el matrimonio civil, siempre que cumplan con los requisitos contemplados en la Ley de Matrimonio Civil, en especial lo prescrito en el Capítulo II de la citada ley, que estamos analizando. Dichos efectos civiles se producirán desde la inscripción del matrimonio ante un Oficial del Registro Civil (art. 20º, inc. 1º).

Esta disposición, aunque sorprenda a algunos, había sido propuesta cuando se discutió la Ley de 1884. En efecto, al iniciarse la discusión particular del proyecto que había presentado el diputado Ricardo Letelier, los congresales se dividieron entre el proyecto de la comisión y otro, presentado por el diputado Julio Zegers, quien proponía incluir la siguiente norma: “Produce efectos civiles el matrimonio que se celebra con arreglo al rito católico o al de otra religión reconocida por el Estado, siempre que la respectiva partida sea inscrita en el registro civil”⁷⁵. A la postre, tuvieron que pasar ciento veinte años, para que la proposición del señor Zegers se transformara en ley de la República.

Con todo, resulta esencial tener presente lo siguiente: el matrimonio celebrado ante una entidad religiosa de derecho público, no contempla decisión alguna de los contrayentes acerca del régimen patrimonial del matrimonio, materia que debe quedar resuelta al ratificar éstos su matrimonio, ante el Oficial del Registro Civil.

- Obligación impuesta por la ley a la respectiva entidad religiosa.

La respectiva entidad religiosa deberá otorgar un acta a los contrayentes, en la que:

- se acredite la celebración del matrimonio;
- se acredite el cumplimiento de las exigencias que la ley establece para la validez del matrimonio;
- conste el nombre y la edad de los contrayentes y los testigos; y
- conste la fecha de su celebración (art. 20º, inc. 2º de la Ley de Matrimonio Civil).

El art. 40 bis de la Ley de Registro Civil⁷⁶, establece por su parte que el acta a que se refiere el art. 20º de la Ley de Matrimonio Civil deberá estar suscrita por el ministro de culto ante quien hubieren contraído matrimonio religioso los requirentes, y deberá expresar la siguiente información:

1º La individualización de la entidad religiosa ante la que se celebró el matrimonio, con expresa mención del número del decreto en virtud del cual goza de personalidad jurídica de derecho público. En el caso de las entidades religiosas reconocidas por el art. 20 de la Ley N° 19.638⁷⁷, deberán citar esta norma jurídica;

⁷⁵ Encina Francisco Antonio, *Resumen de la Historia de Chile*, de Francisco Antonio Encina, redactado por Leopoldo Castedo, Editorial Zig-Zag, Santiago, 1954, Tomo III, p. 1.625.

⁷⁶ Incorporado a la misma por la Ley N° 19.947.

⁷⁷ En el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se incluye un informe preparado por el abogado Jorge del Picó, asesor de asuntos religiosos del Ministerio de

- 2º La fecha y el lugar de la celebración del matrimonio;
- 3º El nombre y los apellidos paterno y materno de los contrayentes, así como sus números de cédula de identidad;
- 4º La fecha y el lugar de nacimiento de los contrayentes;
- 5º Su estado de soltero, divorciado o viudo y, en estos dos últimos casos, el nombre del cónyuge fallecido o de aquél con quien contrajo matrimonio anterior, y el lugar y la fecha de la muerte o sentencia de divorcio, respectivamente;
- 6º Su profesión u oficio;
- 7º Los nombres y apellidos de sus padres, si fueren conocidos;
- 8º Los nombres y apellidos de dos testigos⁷⁸, así como sus números de cédula de identidad, y su testimonio, bajo juramento, sobre el hecho de no tener ninguno de los contrayentes impedimento o prohibición legal para contraer matrimonio;
- 9º El nombre y los apellidos del ministro de culto, así como su número de cédula de identidad;
- 10º El hecho de haberse cumplido las exigencias establecidas en la ley para la validez del matrimonio civil⁷⁹, y
- 11º La firma de los contrayentes, los testigos y el ministro de culto. Si alguno de los contrayentes no supiere o no pudiere firmar, se dejará testimonio de esta circunstancia.

Deberá adjuntarse al acta, el documento que acredite la personería del ministro de culto respectivo (requisito que se cumplirá con el respectivo certificado que debe expedir el notario eclesiástico).

- Eventual responsabilidad penal del ministro de culto.

Justicia, acerca de la Ley N° 19.638. Se refiere en dicho informe, que el citado "...cuerpo legal establece un sistema que permite gozar de personalidad jurídica de derecho público a todas aquellas agrupaciones que cumplan con determinados requisitos formales. Fundamentalmente, son la inscripción en el registro público que lleva el Ministerio de Justicia de la escritura pública en que consten el acta de constitución y sus estatutos, el transcurso de un plazo de noventa días desde la fecha de inscripción en el registro sin que el Ministerio de Justicia hubiere formulado objeción (o subsanada en el caso que hubiere objeción o que hubiere sido rechazada la objeción en la Corte) y la publicación en el Diario Oficial de un extracto del acta de constitución. A partir de la publicación, se considera que el registro se encuentra firme y, por tanto, la entidad goza de personalidad jurídica de derecho público. El Ministerio de Justicia no puede denegar el registro, pero efectúa dos controles: uno, al momento de ingresar la solicitud a la oficina de partes, en que se aprecian aspectos formales notorios y evidentes y, un segundo control, dentro de los noventa días a que se ha hecho mención precedentemente. En esta oportunidad, el Ministerio revisa en forma detallada los antecedentes que acompañan la solicitud, pudiendo objetarla si faltare algún requisito como, por ejemplo, la mención de publicidad de los documentos esenciales y de que el propósito constitutivo sea el culto religioso. También, cuando los antecedentes lo manifestaren, podrá objetarlas por violación del orden público, la moral y las buenas costumbres": p. 30.

⁷⁸ De lo que se desprende, entonces, que el matrimonio celebrado ante entidades religiosas, debe cumplir con la misma solemnidad del matrimonio ante un Oficial del Registro Civil, en lo concerniente a la presencia de dos testigos, los que de no comparecer, impedirían inscribir el contrato.

⁷⁹ La circunstancia de dejar constancia en las actas otorgadas por las entidades religiosas que se han cumplido con todas las exigencias legales necesarias para contraer matrimonio, puede implicar, en la práctica, que dichas entidades exijan previamente la celebración del matrimonio ante el Oficial del Registro Civil, para no asumir de esta forma la responsabilidad que les endosa la ley.

Cabe consignar que el art. 388, inc. 2º del Código Penal⁸⁰, establece que el ministro de culto que, con perjuicio de tercero, cometiere falsedad en el acta o en el certificado de matrimonio religioso destinados a producir efectos civiles, sufrirá las penas de presidio menor en cualquiera de sus grados. A su vez, el inciso 1º del mismo precepto, dispone que se aplicará una multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, al ministro de culto que autorice un matrimonio prohibido por la ley.

- Plazo para inscribir el acta y ratificar la celebración del matrimonio, ante un Oficial del Registro Civil.

Los que hubieren contraído matrimonio ante una entidad religiosa, deberán presentar el acta respectiva ante cualquier Oficial del Registro Civil, dentro de ocho días, para su inscripción. Si no se inscribiere en el plazo fijado, tal matrimonio no producirá efecto civil alguno (art. 20º, inc. 2º de la Ley de Matrimonio Civil).

Como la ley nada dice, debe entenderse que se trata de ocho días consecutivos, que incluyen feriados y festivos, por aplicación del artículo 50 del Código Civil.

En este caso, se ha planteado la siguiente duda: ¿qué ocurre si en el plazo que media entre la celebración del matrimonio ante el ministro del culto y antes de ratificar el acto ante el Oficial del Registro Civil, uno de los contrayentes falleciere? ¿Podría solicitarse la ratificación por el contrayente sobreviviente, o debiéramos entender que dicho matrimonio religioso ya no podrá producir efectos civiles? Además, cabe preguntarse si la ratificación puede efectuarse a través de mandatarios, o si por el contrario, debiéramos entender que se trata de un acto que los contrayentes deben efectuar personalmente.

Se ha respondido afirmativamente a las interrogantes expuestas, es decir, podría ratificarse a pesar de haber fallecido uno de los contrayentes, y podría efectuarse esta gestión por apoderados, opinión formulada sobre la base de que el matrimonio ya se celebró, debiéndose promover una interpretación que sea favorable al matrimonio, por sobre otra que no lo sea. También podría ratificarse a través de apoderado, pues la ley no exige que la ratificación se realice personalmente.⁸¹

Con todo, nos parece equivocada la conclusión precedente, por las siguientes razones:

- El inc. 2º del art. 20 de la Ley de Matrimonio Civil, dispone que el Acta “que otorgue la entidad religiosa en que se acredite (...) el nombre y la edad de los contrayentes y los testigos (...) deberá ser presentada por **aquellos** ante cualquier Oficial del Registro Civil...” Ahora bien, la expresión “aquellos”, aludiría precisamente a los cónyuges, lo que denotaría que ha de tratarse de un trámite personalísimo;
- La Ley N° 19.947, agregó un nuevo inciso, segundo, al art. 15 de la Ley N° 4.808, sobre Registro Civil. El inciso primero de este precepto, establece lo siguiente: “Los interesados en una inscripción podrán hacerse representar por medio de

⁸⁰ Modificado por la Ley N° 19.947.

⁸¹ En tal sentido, opiniones de Carmen Domínguez Hidalgo y Hernán Corral Talciani, en Seminario del Colegio de Abogados, al que se aludió.

mandatario. Se tendrá como mandatario a la persona que se presente con tal carácter, expresando que se ha recibido comisión verbal. Si al Oficial del Registro Civil mereciere dudas el encargo, podrá exigir o la comprobación del poder o la comparecencia de las personas a que se refieren los artículos 29 y 45. El poder para contraer matrimonio deberá otorgarse en la forma señalada por el art. 103 del Código Civil.” El nuevo inciso, establece por su parte: “No tendrá aplicación lo previsto en el inciso precedente, tratándose de las inscripciones a que se refiere el artículo 20 de la Ley de Matrimonio Civil”. Nosotros entendemos que este inciso, impide que se aplique el inc. 1º, a la solicitud de inscripción del Acta extendida por la entidad religiosa, incluyendo en esta exclusión, la posibilidad de que puedan intervenir mandatarios;

- La historia fidedigna del establecimiento de la ley, deja en claro que la modificación del art. 15 de la Ley N° 4.808 sobre Registro Civil, se efectuó con el objeto de solicitar personalmente, por los contrayentes, la inscripción del acta emitida por el ministro de culto⁸².

La profesora Andrea Muñoz, es de la misma opinión, sosteniendo que si uno de los cónyuges falleciere antes de la ratificación, el sobreviviente sólo habría sido conviviente con el fallecido. De igual forma, estima que habida cuenta del inc. 2º del art. 15º de la Ley de Registro Civil, el acto de ratificación e inscripción del acta, no admiten representación⁸³.

Así las cosas, creemos que la solicitud de inscripción del Acta y el trámite de la ratificación al que a continuación nos referiremos, constituirían un acto personalísimo, que sólo los contrayentes pueden efectuar. Se nos podría decir que no resultaría razonable que la solicitud de inscripción o el acto de ratificación fueren personalísimos, mientras que la celebración del matrimonio mismo ante un Oficial Civil puede realizarse a través de mandatario. Sin embargo, creemos que la ley, admitiendo que el matrimonio pueda celebrarse ante un ministro de culto, exige a su vez que al menos el acto de ratificación sea personalísimo, conforme a la interpretación que hemos dado a los dos preceptos citados. Se deduce que el Estado no considera suficiente lo actuado ante el ministro de culto, para dar efectos jurídicos a un acto tan trascendente como el matrimonio.

Por las mismas razones, creemos que fallecido uno de los contrayentes antes de la ratificación del matrimonio, dicho acto ya no sería posible, sin que tampoco pueda admitirse ratificación por intervención de uno solo de los contrayentes, por dos razones:

- La frase del inc. 2º del art. 20 de la Ley de Matrimonio Civil **“deberá ser presentada por aquellos”**, deja en claro que la presentación del acta y la solicitud de ratificación, es un acto que exige la intervención de ambos contrayentes;
- Si uno de los contrayentes hubiere fallecido, el mandato otorgado por éste – supuesto que aceptaremos que resulta un medio idóneo para presentar el acta y ratificar-, quedaría extinguido, por disponerlo así del art. 2163, N° 5 del Código Civil.

⁸² Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 104.

⁸³ Muñoz, Andrea: en Seminario citado de la Universidad Diego Portales.

Adicionalmente, cabe considerar que los Senadores Bombal, Coloma y Romero, formularon una indicación que permitiera que, en caso de muerte o imposibilidad de uno de los cónyuges, se procediera a la inscripción a requerimiento del otro cónyuge, previa justificación de las circunstancias aludidas. La indicación fue rechazada por la Comisión.⁸⁴

El Oficial del Registro Civil ante quien se presente el acta, debe cumplir por su parte con dos obligaciones:

- verificará el cumplimiento de los requisitos legales; y
- dará a conocer a los requirentes de la inscripción los derechos y deberes que corresponden a los cónyuges de acuerdo a la ley (artículo 20º, inciso 3º de la Ley de Matrimonio Civil).

Los comparecientes, por su parte, deberán ratificar el consentimiento prestado ante el ministro de culto de su confesión. Nótese que la ley alude a la ratificación, no a una nueva celebración, pues la única que exige la ley, en este caso, es aquella realizada ante la entidad religiosa respectiva⁸⁵. Suponemos, con todo, que el Registro Civil e Identificación dará a la ceremonia de ratificación la solemnidad requerida.⁸⁶

De todo lo anterior quedará constancia en la inscripción respectiva, que también será suscrita por ambos contrayentes (art. 20º, inc. 3º de la Ley de Matrimonio Civil).

Cabe tener presente que los cónyuges, al requerir la inscripción del Acta, podrán:

- reconocer hijos habidos con anterioridad, y la inscripción que contenga esa declaración producirá los efectos señalados en el inciso segundo del artículo 185

⁸⁴ Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 37.

⁸⁵ El profesor Javier Barrientos Grandón, en la entrevista citada, manifiesta que no estamos en rigor ante una “ratificación”, pues los efectos del matrimonio celebrado ante la entidad religiosa, no se producen desde su celebración ante el respectivo ministro de culto, sino desde la inscripción del acta en el Registro Civil. Vale decir, no se produce el efecto propio de toda ratificación, cual es operar con efecto retroactivo, dando eficacia al acto jurídico, desde la fecha de su celebración. Este efecto no retroactivo de la “ratificación”, agrega el profesor Barrientos, puede generar una suerte de vacancia entre el momento de la celebración del matrimonio ante la entidad religiosa y el tiempo de la inscripción del acta extendida por la entidad ante un Oficial Civil. Así pues, por ejemplo, si una de las personas que ha celebrado matrimonio religioso muere antes de dicha ratificación, la supérstite ni ha sido cónyuge ni tendrá el estado civil de viuda. Lo mismo ocurrirá si una de ellas no quiere comparecer ante el Oficial del Registro Civil a “ratificar el consentimiento”. Esta opinión del profesor Barrientos parece confirmar la nuestra, en orden a que la ratificación (o como quiera llamársele) es un acto personalísimo de los contrayentes y por ende, no admite representación ni puede ya hacerse si fallece uno de los contrayentes. Concluye el profesor Barrientos señalando que “dogmáticamente puede concluirse que, en la práctica el artículo 20 no ha reconocido valor a los matrimonios celebrados ante una entidad religiosa de derecho público, sino que ha mantenido un sistema matrimonial de matrimonio civil único, sólo que con dos posibilidades de celebración: ante el Oficial del Registro Civil; una entidad religiosa y ante un Oficial del Registro Civil. En ambos casos el matrimonio produce sus efectos desde las actuaciones de los comparecientes ante el Oficial Civil”. Cabe agregar que el criterio del Senado era dar efecto retroactivo al acto de ratificación, según se desprende del Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 36.

⁸⁶ La situación prevista en la ley, difiere de aquella que contemplaba el artículo 43 de la Ley de Registro Civil, hoy derogado. Señalaba el inciso 1º de dicho precepto: “Si se celebrare un matrimonio religioso sin que le haya precedido el matrimonio ante el Oficial del Registro Civil correspondiente, deberán los esposos contraer este último antes de expirar los ocho días siguientes a la celebración del primero, salvo el caso de impedimentos o prohibiciones legales”. Hoy, según lo indicamos, el matrimonio no se celebra nuevamente ante el Oficial del Registro Civil, sino que sólo se ratifica.

del Código Civil. En otras palabras, quedará determinada la filiación matrimonial de esos hijos;

- Podrán, asimismo, pactar separación total de bienes o participación en los gananciales; para estos efectos, el Oficial del Registro Civil manifestará a los contrayentes que pueden celebrar dichos pactos, y si no lo hacen o nada dicen al respecto, se entenderán casados en régimen de sociedad conyugal.

Todo lo anterior, de conformidad a lo dispuesto en el art. 38 de la Ley de Registro Civil.⁸⁷

El art. 40 ter de la Ley de Registro Civil⁸⁸, por su parte, establece que para los efectos de lo dispuesto en el art. 20 de la Ley de Matrimonio Civil, las inscripciones de matrimonios celebrados ante entidades religiosas deberán contener o expresar, en su caso:

- 1º El acta de que trata el art. 40 bis, al cual hicimos referencia;
- 2º El documento que acredite la personería del respectivo ministro de culto;
- 3º El hecho de cumplir el acta con los requisitos establecidos en el art. 40 bis;
- 4º La individualización de la entidad religiosa ante la que se celebró el matrimonio, con mención del decreto o disposición legal en virtud de la cual goza de personalidad jurídica de derecho público;
- 5º Los nombres y apellidos de los contrayentes;
- 6º Las menciones indicadas en los números 6º⁸⁹, 8º⁹⁰, 9º⁹¹, 10º⁹², 11º⁹³, 12º⁹⁴ y 13º⁹⁵ del art. 39 de la Ley de Registro Civil;
- 7º El hecho de haberse cumplido con el plazo a que se refiere el art. 20 de la Ley de Matrimonio Civil (o sea, los ocho días dentro de los cuales debe solicitarse la inscripción del acta).
- 8º El hecho de haberse dado a conocer a los requirentes de la inscripción, los derechos y deberes que corresponden a los cónyuges de acuerdo a la ley;
- 9º El hecho de haberse otorgado por los requirentes de la inscripción, ante el Oficial del Registro Civil, la ratificación del consentimiento prestado ante el ministro de culto, en conformidad a lo dispuesto en el art. 20 de la Ley de Matrimonio Civil, y
- 10º La firma de los requirentes en la inscripción y del Oficial del Registro Civil.

⁸⁷ Modificado por la Ley N° 19.947.

⁸⁸ Incorporado por la Ley N° 19.947.

⁸⁹ Art. 39, N° 6, Ley de Registro Civil: "El hecho de no tener ninguno de los cónyuges impedimento o prohibición legal para contraer matrimonio".

⁹⁰ Art. 39, N° 8, Ley de Registro Civil: "El nombre y apellido de la persona cuyo consentimiento fuere necesario".

⁹¹ Art. 39, N° 9º, Ley de Registro Civil: "Testimonio fehaciente del consentimiento para el matrimonio, en caso de necesitarse".

⁹² Art. 39, N° 10º, Ley de Registro Civil: "El nombre de los hijos que hayan reconocido en este acto."

⁹³ Art. 39, N° 11º, Ley de Registro Civil: "Testimonio de haberse pactado separación de bienes o participación en los gananciales, cuando la hubieren convenido los contrayentes en el acto del matrimonio."

⁹⁴ Art. 39, N° 12º, Ley de Registro Civil: "Nombres y apellidos de las personas cuya aprobación o autorización fuere necesaria para autorizar el pacto a que se refiere el número anterior".

⁹⁵ Art. 39, N° 13º, Ley de Registro Civil: "Testimonio fehaciente de esa aprobación o autorización, en caso de ser necesarias;"

- Denegación de la petición de inscripción del acta.

Sólo podrá denegarse la inscripción si resulta evidente que el matrimonio celebrado ante una entidad religiosa no cumple con alguno de los requisitos exigidos por la ley. De la negativa se podrá reclamar ante la respectiva Corte de Apelaciones (art. 20º, inc. 4º de la Ley de Matrimonio Civil).

En cuanto a la acción de reclamo que debe interponerse en este caso, el profesor Cristián Maturana afirma que debe aplicarse el procedimiento supletorio del amparo, a falta de otro procedimiento especial, sin perjuicio que resulta deseable que al menos se dicte un auto-acordado sobre la materia, que regule el vacío de la ley⁹⁶. Advierte el profesor Maturana que la técnica de los auto-acordados no es la ideal para suplir los vacíos de la ley, pero resulta mejor que mantener una situación carente de regulación.

- Responsabilidad penal del tercero que impida la inscripción del acta de matrimonio religioso.

El art. 389 del Código Penal⁹⁷, establece que el tercero que impidiere la inscripción, ante un Oficial Civil, de un matrimonio religioso celebrado ante una entidad autorizada para tal efecto por la Ley de Matrimonio Civil, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo o multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

- Efectos del matrimonio celebrado ante entidad religiosa y debidamente inscrito.

Los efectos del matrimonio inscrito en la forma antes indicada, se regirán, en todo, por lo prescrito en la Ley de Matrimonio Civil y en los demás cuerpos legales que se refieren a la materia (art. 20º, inc. 5º de la Ley de Matrimonio Civil).

d.3) Solemidades de los matrimonios celebrados en el extranjero.

La ley aplicable a estos matrimonios, dependerá de la nacionalidad de los contrayentes.

d.3.1. Matrimonio celebrado por extranjeros.

Establece la ley que los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración. Se trata del principio *lex locus regit actum*, es decir, la ley del lugar rige el acto. Así, por ejemplo, podría tratarse de un matrimonio celebrado exclusivamente ante una entidad religiosa, en un país donde la legislación no exige ratificarlo ante el Oficial Civil. En consecuencia, el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos

⁹⁶ Opinión expresada por el profesor Cristián Maturana, en exposición realizada en el Seminario del Colegio de Abogados, con fecha 1 de junio de 2004.

⁹⁷ Modificado por la Ley N° 19.947.

efectos que si se hubiere celebrado en el territorio chileno, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer (art. 80, inc. 1º). Podemos observar que para nuestro legislador, la diferencia de sexo entre los contrayentes continúa siendo un requisito de existencia del matrimonio, de manera que aún cuando en el país extranjero fuere considerado matrimonio la unión de dos individuos del mismo sexo, tal vínculo no será reconocido en Chile como contrato de matrimonio.

En lo que constituye sin embargo una excepción al principio *lex locus regit actum*, el inc. 2º del art. 80 de la Ley de Matrimonio Civil, dispone que podrá ser declarado nulo de conformidad a la ley chilena, el matrimonio celebrado en país extranjero que se haya contraído en contravención a lo dispuesto en los artículos 5º, 6º y 7º de la Ley de Matrimonio Civil. Se trata de las causales de incapacidad absoluta y relativas o impedimentos dirimentes, tanto absolutos como relativos. Así, por ejemplo, si la ley del Reino de Arabia Saudita, regido por el Corán, autoriza contraer más de un matrimonio, el segundo y los posteriores, serán nulos en Chile, pudiendo inscribirse exclusivamente el primero de ellos en nuestro Registro Civil. Lo mismo ocurriría si los contrayentes, por ejemplo, eran menores de dieciséis años. Este principio de territorialidad absoluto, vulnera seriamente, como puede apreciarse, el principio *lex locus regit actum*, y rompe el tratamiento que antes daba la ley a esta materia, pues con anterioridad a la reforma consagrada por la Ley N° 19.947, los impedimentos dirimentes sólo se exigían para los chilenos que hubieren contraído matrimonio en el extranjero, por aplicación del principio de la extra-territorialidad de la ley chilena, consagrado en los artículos 15 del Código Civil y 15 de la Ley de 1884. Ahora, en cambio, los contrayentes podrán ser extranjeros, aplicándoseles igualmente las causales de incapacidad previstas en la ley chilena, aunque tales causales no hubieren estado contempladas en la ley del país en que se contrajo matrimonio.

Agrega el inc. 3º del art. 80, que tampoco valdrá en Chile el matrimonio que se haya contraído en el extranjero sin el consentimiento libre y espontáneo de los contrayentes. Por ende, uno de los presuntos cónyuges podría demandar la nulidad del matrimonio ante los tribunales chilenos, alegando que fue forzado a prestar su consentimiento o que incurrió en error, y probando tal aserto, lo que ciertamente no resulta fácil.

d.3.2. Matrimonio celebrado entre chilenos o entre chilenos y extranjeros.

En estos casos, debemos distinguir:

* En cuanto a las formalidades externas del acto: rige la ley del lugar. Así, si por ejemplo la ley del lugar no exige la presencia de dos testigos, como la ley chilena, el matrimonio será igualmente válido en nuestro país.

* En cuanto a la capacidad del chileno para contraerlo: rige la ley chilena, que establece que no pueden ser infringidos los arts. 5, 6 y 7 de la Ley de Matrimonio Civil y que su infracción producirá los mismos efectos que si se hubiera realizado en Chile; vale decir, se anulará el matrimonio (art. 80 de la Ley de Matrimonio Civil en relación con el art. 15 del

CC). En síntesis, deben cumplirse los impedimentos dirimentes, tanto absolutos como relativos.

* Situación de los impedimentos impeditivos: hay quienes sostienen que también son aplicables a los chilenos en el extranjero, conforme al art. 80 de la Ley de Matrimonio Civil.

Rossel estimaba que tal opinión era insostenible, atendido el tenor del antiguo art. 15 de la Ley de 1884, que por ser ley especial, primaba sobre el Código Civil, y que disponía que el matrimonio del chileno se regía por la ley del lugar, salvo en lo referente a los impedimentos dirimentes⁹⁸.

No compartimos esta opinión. En efecto, lo que ahora se desprende del artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil, es que **a los extranjeros**, se les aplica la ley del lugar en que contrajeron matrimonio, salvo en lo que respecta a los impedimentos dirimentes, pues en este caso, también se les aplica la ley chilena. Sin embargo, **a los chilenos**, no sólo se les aplican los artículos 5, 6 y 7 de la Ley de Matrimonio Civil, sino toda ésta, por mandato del art. 15, N° 1 del Código Civil. En otras palabras, no creemos que el art. 80 de la Ley de Matrimonio Civil (o el antiguo art. 15 de la Ley de 1884) sustraiga a los chilenos, de la extraterritorialidad consagrada en el art. 15, N° 1 del Código Civil. El art. 80 se preocupa, más bien, de aplicar a los extranjeros, causales de nulidad de matrimonio, aunque ellas no estén contempladas en la legislación del país en que se contrajo matrimonio.

Los partidarios de la opinión en virtud de la cual los impedimentos impeditivos se aplican también a los chilenos que contraigan matrimonio en el extranjero, se fundan asimismo en el tenor del art. 36 del Código de Bustamante, pues tal Código dispone que los contrayentes se sujetarán a su ley personal en todo lo que se refiere a impedimentos, sin hacer distinciones de ninguna especie.⁹⁹

III.- DE LA SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES.

Distingue la ley, dos tipos de separación: la de hecho y la judicial¹⁰⁰, que analizaremos en los párrafos siguientes.

1.- De la separación de hecho.

a) Aspectos que pueden o deben regular los cónyuges separados de hecho.

Si los cónyuges se separaren de hecho, podrán, de común acuerdo, regular sus relaciones mutuas, especialmente en lo concerniente a:

- Los alimentos que se deban; y
- Las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio (art. 21º, inc. 1º de la Ley de Matrimonio Civil). Por ejemplo, acordando la separación de bienes o liquidando el régimen de participación en los gananciales.

⁹⁸ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., p. 45.

⁹⁹ Ramos Pazos, René, ob. cit., p. 66.

¹⁰⁰ Hasta cierto punto, los efectos de la separación judicial, son homologables a los efectos del divorcio perpetuo, que contemplaba la Ley de 1884.

En todo caso, si hubiere hijos¹⁰¹, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos:

- El régimen aplicable a los alimentos;
- El cuidado personal de los hijos¹⁰²; en este mismo acuerdo, los padres podrán convenir un régimen de cuidado personal compartido; y
- La relación directa y regular que mantendrá con los hijos¹⁰³ aquél de los padres que no los tuviere bajo su cuidado (art. 21º, inc. 2º de la Ley de Matrimonio Civil).

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

Los antedichos acuerdos, constituyen una manifestación de los principios del interés superior de los hijos y de la protección del cónyuge más débil, establecido en el art. 3º de la Ley de Matrimonio Civil.

b) Casos en que el acuerdo de los cónyuges separados de hecho, tiene fecha cierta.

Conforme al art. 22º, inc. 1º de la Ley de Matrimonio Civil, el acuerdo que conste por escrito en alguno de los siguientes instrumentos otorgará fecha cierta al cese de la convivencia¹⁰⁴:

- 1º escritura pública, o acta extendida y protocolizada ante notario público;
- 2º acta extendida ante un Oficial del Registro Civil, o
- 3º transacción aprobada judicialmente.

No obstante lo dispuesto en el inc. 1º del art. 22º, si el cumplimiento del acuerdo requiriese una inscripción, subinscripción o anotación en un registro público, se tendrá por fecha del cese de la convivencia aquélla en que se cumpla tal formalidad (art. 22º, inc. 2º). Sería el caso, por ejemplo, de la inscripción que debe hacerse en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces competente, de la adjudicación de un inmueble hecha a

¹⁰¹ Aunque la ley no lo expresa, debe entenderse que se refiere fundamentalmente a los hijos no emancipados, salvo si se trata del pago de alimentos, que pueden extenderse más allá del momento en que el hijo cumpla 18 años (de conformidad al inciso 2º del artículo 332 del Código Civil, “...los alimentos concedidos a los descendientes (...) se devengarán hasta que cumplan veintiún años, salvo que estén estudiando una profesión u oficio, caso en el cual cesarán a los veintiocho años; que les afecte una incapacidad física o mental que les impida subsistir por sí mismos, o que, por circunstancias calificadas, el juez los considere indispensables para su subsistencia”).

¹⁰² Esta expresión, ha reemplazado a la antigua “tuición”, que empleaban los textos legales.

¹⁰³ La expresión “relación directa y regular” ha sustituido al antiguo “derecho a visitas”, menos descriptiva que la primera, para referirse al vínculo que debe mantenerse entre el padre o madre que no tiene el cuidado personal del hijo menor, y éste, cuando los padres no estuvieren casados, o si lo están, estuvieren separados de hecho o judicialmente, o se encontraren divorciados o se hubiere decretado la nulidad del matrimonio. En el mismo sentido, el inciso 1º del artículo 229 del Código Civil dispone que “El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber, que consiste en mantener con él una relación directa y regular, la que ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo, o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo”. La “relación directa y regular” es llamada también “derecho-deber de comunicación”.

¹⁰⁴ La fecha cierta del cese de la convivencia, tiene crucial importancia para los efectos de los plazos que deben haber transcurrido, para que opere el divorcio, según veremos más adelante. De igual forma, puede incidir en la determinación de la compensación económica, en los casos en que ésta proceda, tratándose de la nulidad y del divorcio.

uno de los cónyuges; o de la subinscripción que debe practicarse cuando los cónyuges se han separado totalmente de bienes.

La declaración de nulidad de una o más de las cláusulas de un acuerdo que conste por medio de alguno de los instrumentos señalados en el inc. 1º del art. 22º, no afectará el mérito de aquél para otorgar una fecha cierta al cese de la convivencia (art. 22º, inc. 3º).

c) Regulación judicial, a falta de acuerdo de los cónyuges.

La regulación de los derechos y deberes recíprocos entre los cónyuges y los éstos para con los hijos menores de edad, deberá efectuarse judicialmente, a falta de acuerdo entre el marido y la mujer. En este caso, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar al juez de familia que el procedimiento judicial que se sustancie para reglar las relaciones mutuas (como los alimentos que se deban, los bienes familiares o las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio); o las relaciones con los hijos (como los alimentos, el cuidado personal o la relación directa y regular que mantendrá con ellos el padre o madre que no los tuviere bajo su cuidado), se extienda a otras materias concernientes a sus relaciones mutuas o a sus relaciones con los hijos (art. 23º de la Ley de Matrimonio Civil).

Las materias de conocimiento conjunto a que se refiere el art. 23º, se ajustarán al mismo procedimiento establecido para el juicio en el cual se susciten (art. 24º, inciso 1º de la Ley de Matrimonio Civil).

En la resolución que reciba la causa a prueba, el juez fijará separadamente los puntos que se refieran a cada una de las materias sometidas a su conocimiento (art. 24º, inc. 2º de la Ley de Matrimonio Civil).

La sentencia deberá pronunciarse sobre todas las cuestiones debatidas en el proceso (art. 24º, inc. 3º de la Ley de Matrimonio Civil). Se trata entonces, de dar una solución integral a todos los aspectos jurídicos atinentes a la familia.

d) Otros casos en que el cese de la convivencia tiene fecha cierta.

El art. 25º de la Ley de Matrimonio Civil establece otros casos, en los que tendrá fecha cierta el cese de la convivencia. En ellos, la fecha cierta del cese de la convivencia, emana de actos realizados por uno solo de los cónyuges:

1º a partir de la notificación de la demanda, en el caso del art. 23º;

2º si no mediando acuerdo ni demanda entre los cónyuges, uno de ellos ha expresado su voluntad de poner fin a la convivencia por alguno de los medios siguientes:

2.1. A través de cualquiera de los instrumentos señalados en las letras a) y b) del art. 22º (vale decir, en una escritura pública o en un acta extendida y protocolizada ante notario público; o en un acta extendida ante un Oficial del Registro Civil)¹⁰⁵; o

¹⁰⁵ Para estos efectos, el documento elaborado por el Registro Civil es el siguiente: "Acta unilateral de cese de la convivencia. Artículo 25 Ley de Matrimonio Civil. En Santiago, a ____ de ____ de ____, ante mí, _____, Oficial Civil de Santiago, comparece don/doña _____, Run o cédula nacional de identidad número _____, domiciliado en _____

2.2. Dejando constancia de dicha intención ante el juzgado correspondiente.

En estos dos últimos casos, debe además notificarse al otro cónyuge la voluntad de poner fin a la convivencia. Se tratará de una gestión voluntaria y se podrá comparecer personalmente. La notificación se practicará según las reglas generales (art. 25º). Atendida la expresión “según las reglas generales”, la notificación ha de ser personal, existiendo fecha cierta desde el momento en que se practique.¹⁰⁶

2.- De la separación judicial.

La separación judicial, al igual que ocurre, según veremos, con el divorcio, puede operar por falta atribuible a uno de los cónyuges o por cese de la convivencia.

a) De las causales.

a.1) Hipótesis que sólo permite demandar la separación judicial al cónyuge que no haya dado lugar a la causal.

Se contempla, en términos genéricos, en el art. 26º de la Ley de Matrimonio Civil, estableciendo el precepto que la separación judicial podrá ser demandada por uno de los cónyuges si mediare falta imputable al otro, siempre que constituya:

- Una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio (vale decir, una infracción “grave”¹⁰⁷ al deber de fidelidad (art. 133 del Código Civil)¹⁰⁸, a la obligación de socorro (arts. 131 y 134 del Código Civil), al deber de ayuda mutua (art. 131 del Código Civil)¹⁰⁹; al deber de protección recíproca (art. 131 del Código Civil)¹¹⁰, al deber

número _____, quien señala lo siguiente: Primero: Que el (la) compareciente contrajo matrimonio con don/doña _____ Run o cédula nacional de identidad número _____, domiciliado (a) en _____, con fecha ____ de _____ de _____, según consta en la inscripción de matrimonio número ____ del año ____ de la Circunscripción de ____ Segundo: El (la) compareciente expresa su voluntad de poner fin a la vida en común, originada por el matrimonio precedentemente individualizado. En comprobante y previa lectura firma _____ (compareciente). _____ (Oficial Civil). Nota: El artículo 25 de la Ley de Matrimonio Civil establece que la fecha cierta del cese de la convivencia, se establecerá una vez que el otro cónyuge sea notificado de esta declaración unilateral. Para realizar esta notificación se debe concurrir al Tribunal competente, siendo de responsabilidad del interesado hacerlo y en ningún caso del Servicio de Registro Civil e Identificación.”

¹⁰⁶ Rodríguez Grez, Pablo, “Ley de Matrimonio Civil”, artículo publicado por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Desarrollo, *Curso de Actualización Jurídica. Nuevas Tendencias en el Derecho Civil*, Santiago, 2004, p. 36.

¹⁰⁷ La ley no definió lo que se entiende por violación “grave” a un deber del matrimonio, de manera que será una cuestión que el juez determine conforme a los antecedentes que se le presenten por el cónyuge afectado.

¹⁰⁸ Sin embargo, no podrá invocarse el adulterio cuando exista previa separación de hecho consentida por ambos cónyuges (artículo 26º, inciso 2º de la ley).

¹⁰⁹ A diferencia del deber de socorro, que tiene una connotación económica y que se traduce en definitiva en el pago de alimentos, el deber de ayuda mutua se refiere al cuidado y atención personal que los cónyuges se deben en todas las circunstancias de la vida, mientras dure el matrimonio. El segundo de estos deberes, por ende, tiene un significado moral o afectivo antes que económico.

de convivencia (art. 133 del Código Civil), al deber de respeto recíproco (art. 131 del Código Civil) o al deber de cohabitación (art. 102 del Código Civil); o

- Una violación grave de los deberes y obligaciones para con los hijos (vale decir, una infracción “grave” a los deberes de crianza, corrección y educación de los hijos, regulados en los artículos 222 y siguientes del Código Civil, y de proporcionar alimentos y mantener con el hijo una relación directa y regular, contemplados en los artículos 321 a 337 (alimentos), 229 (relación directa y regular) del Código Civil y en la Ley N° 14.908 (ambos deberes).

- De cualquier forma, en los dos casos mencionados, la infracción grave debe ser de tal entidad, “que torne intolerable la vida en común”. Esta es una cuestión de hecho, que deberá determinar el juez de familia que conozca de la causa.

Se trata, entonces, de una causal genérica, imputable a uno de los cónyuges.

a.2) Caso en el cual cualquiera de los cónyuges puede demandar la separación judicial.

El art. 27º, inc. 1º de la Ley de Matrimonio Civil, previene que cualquiera de los cónyuges podrá solicitar al tribunal que declare la separación, cuando hubiere cesado la convivencia.

A diferencia de lo que ocurre tratándose del divorcio, el art. 27 no exige que haya transcurrido plazo alguno, para demandar la separación judicial.

a.3) Requisito exigido por la ley, si la solicitud de separación fuere conjunta.

El inc. 2º del art. 27º de la Ley de Matrimonio Civil, se pone en el caso que la solicitud de separación judicial fuere presentada conjuntamente por los cónyuges. En tal caso, los cónyuges deberán acompañar a su solicitud un acuerdo (manifestación del principio del interés superior de los niños y de protección del cónyuge más débil), que regule, en forma completa y suficiente:

- Sus relaciones mutuas; y
- Con respecto a sus hijos.

El precepto indica cuando se entiende que el acuerdo en cuestión es “completo” y “suficiente”, disponiéndose al efecto:

- Será “completo”, si regula todas y cada una de las materias indicadas en el art. 21, vale decir:

1º Respecto a los cónyuges, deberá aludir el acuerdo a la regulación de sus relaciones mutuas, especialmente en lo concerniente a:

- i) los alimentos que se deban; y
- ii) las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio (art. 21º, inc. 1º).

2º Si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos:

- i) el régimen aplicable a los alimentos;
- ii) el cuidado personal de los hijos; y

¹¹⁰ Dado que previamente hemos aludido al deber de socorro y al deber de ayuda mutua, el deber de protección recíproca pareciera estar referido a la protección que un cónyuge debe al otro frente a una eventual agresión de terceros.

iii) la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquél de los padres que no los tuviere bajo su cuidado (art. 21º, inc. 2º).

● Será “suficiente”:

1º Si resguarda el interés superior de los hijos;

2º Si procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura; y

3º Si establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita.

b). Del ejercicio de la acción.

b.1) Procedimiento aplicable.

Deben aplicarse las normas contenidas en la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia, y en particular, las que conforman el procedimiento ordinario, establecido en los artículos 55 a 67 de esa normativa. Por tratarse de una cuestión propia del Derecho Procesal, no entraremos en esta materia.

b.2) Irrenunciabilidad de la acción.

El art. 28º de la Ley de Matrimonio Civil dispone, expresamente, que la acción para pedir la separación es irrenunciable. Así suele acontecer, tratándose de las acciones conferidas en el ámbito del Derecho de Familia.

No se podrá renunciar a la acción ni antes de la celebración del matrimonio (en capitulaciones matrimoniales, por ejemplo) ni con posterioridad a dicho acto.

b.3) Posibilidad de solicitar la separación judicial en otros procedimientos judiciales.

Dispone el art. 29º de la Ley de Matrimonio Civil que la separación podrá solicitarse también:

● En el procedimiento a que dé lugar alguna de las acciones a que se refiere el art. 23º, precepto al que ya hicimos referencia; y

● En el procedimiento a que dé lugar una denuncia por violencia intrafamiliar¹¹¹ producida entre los cónyuges o entre algunos de éstos y los hijos. Cabe destacar que en este último caso, se amplían las facultades del juez que conoce de una denuncia por violencia intrafamiliar, al permitírsele, a petición de parte, decretar la separación judicial de los cónyuges.

b.4) Facultad de los cónyuges para solicitar otras medidas de protección.

El art. 30º, inc. 1º de la Ley de Matrimonio Civil, establece que si los cónyuges estuvieren casados en sociedad conyugal, cualquiera de ellos podrá solicitar al tribunal:

¹¹¹ Véase la Ley N° 20.066, de Violencia Intrafamiliar, publicada en el Diario Oficial de fecha 7 de octubre de 2005.

- La adopción de las medidas provisionales que estime conducentes para la protección del patrimonio familiar; y
- La adopción de las medidas provisionales que estime conducentes para el bienestar de cada uno de los miembros que integran la sociedad conyugal.

El art. 30º, inc. 2º, agrega que además de lo recién expuesto, los cónyuges, cualquiera sea el régimen patrimonial del matrimonio, podrán solicitar alimentos o la declaración de bienes familiares, conforme a las reglas generales¹¹².

Constituye lo anterior una manifestación del principio de la ley, en orden a proteger al cónyuge más débil, consagrado en el art. 3º, inc. 1º de la ley.

b.5) Puntos sobre los cuales debe pronunciarse el juez, en su sentencia.

Además de decretar a los cónyuges como separados judicialmente, el art. 31º de la Ley de Matrimonio Civil ordena al juez:

- Resolver todas y cada una de las materias que se señalan en el art. 21º, a las que ya aludimos (vale decir, regulará el juez los alimentos que se deban los cónyuges que se separan, las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio, y si hubiere hijos, el régimen aplicable a los alimentos; el cuidado personal de los hijos; y la regulación concerniente a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquél de los padres que no los tuviere bajo su cuidado)¹¹³;
- Tener en especial consideración los criterios de suficiencia señalados en el art. 27º (vale decir, procurará el juez en su sentencia resguardar el interés superior de los hijos; procurar aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura; y establecer relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita);
- Utilizar los mismos criterios de suficiencia, al evaluar el acuerdo presentado o alcanzado por los cónyuges, procediendo en su sentencia a subsanar sus deficiencias o a modificarlo si fuere incompleto o insuficiente;
- Liquidar el régimen matrimonial que hubiere existido entre los cónyuges, siempre y cuando:

¹¹² Dichas “reglas generales” son, en lo que respecta a los alimentos, los artículos 321 a 337 del Código Civil y las normas de la Ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, y en lo relativo a los Bienes Familiares, los artículos 141 a 149 del Código Civil.

¹¹³ En armonía con esta obligación del juez de resolver las cuestiones más esenciales para la familia, el artículo 48 ter de la Ley de Menores (Ley N° 16.618), agregado a ésta por la Ley N° 19.947, dispone que en el caso de haberse deducido una demanda de alimentos a favor de los hijos, o entre los cónyuges en forma adicional a aquélla, o se solicite la regulación del cuidado personal o de la relación directa y regular que mantendrá con ellos aquél de los padres que no los tenga bajo su cuidado, y no exista previamente una resolución judicial que regule dichas materias o que apruebe el acuerdo de las partes sobre las mismas, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal que emita en la sentencia un pronunciamiento sobre cada una de ellas, aunque no hubieren sido incluidas en la demanda respectiva o deducidas por vía reconvenzional. El tribunal hará lugar a esa solicitud, a menos que no se den los presupuestos que justifican su regulación. Para estos efectos, las acciones que hubieren dado lugar a la interposición de la demanda se tramitarán conforme al procedimiento que corresponda, mientras que las demás se sustanciarán por vía incidental, a menos que el tribunal, de oficio o a petición de parte, resuelva tramitarlas en forma conjunta.

- i) así se le hubiere solicitado por ambos cónyuges¹¹⁴; y
- ii) se hubiere rendido la prueba necesaria para tal efecto: los cónyuges deberán, acompañar, por ejemplo, copia de las inscripciones de los inmuebles en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces correspondiente, certificados de inscripción de automóviles en el Registro Nacional de Vehículos Motorizados, certificados en que conste el dominio de acciones que alguno de ellos posea en sociedades anónimas, inventario de bienes muebles, relación de las deudas sociales y de las eventuales recompensas, etc.

La obligación del juez de proceder a liquidar la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales que hubiere existido entre los cónyuges, constituye un innegable avance legal, pues antes de la vigencia de la ley, cuando la mujer pedía la separación judicial de bienes (conforme a las causales establecidas en los artículos 155 y siguientes del Código Civil) o cualquiera de los cónyuges solicitaba al tribunal declarar terminado el régimen de participación en los gananciales¹¹⁵, expiraba el régimen respectivo, pero persistía en el primer caso una comunidad formada por los bienes sociales y quedaba pendiente la determinación del crédito de participación en los gananciales, en el segundo caso, lo que resolvía a medias la situación que afectaba a los cónyuges. En tal sentido, el inc. 2º del art. 158 del Código Civil, dispone que “Una vez decretada la separación, (entiéndase en el contexto de este precepto sólo la de bienes) se procederá a la división de los gananciales y al pago de las recompensas o al cálculo del crédito de participación en los gananciales, según cual fuere el régimen al que se pone término.” El problema era que la ley no decía que dicha división o liquidación debía efectuarla el mismo juez que había decretado la separación de bienes. Ahora, el juez debe cerrar todos los aspectos patrimoniales que se hubieren originado a consecuencia de haber operado la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales, liquidando la primera y determinando el crédito de participación en los gananciales, en el segundo. En armonía con lo anterior, la Ley N° 19.947 agregó un inciso final al art. 227 del Código Orgánico de Tribunales, que establece los asuntos que deben resolverse por árbitros, del siguiente tenor: “Los interesados, de común acuerdo, pueden también solicitar al juez que conoce el procedimiento sobre la separación judicial, la declaración de nulidad del matrimonio o el divorcio, que liquide la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales que hubo entre los cónyuges”.

c) Efectos de la separación judicial de los cónyuges.

¹¹⁴ En la primera edición de nuestro libro *Análisis de la Nueva Ley de Matrimonio Civil*, sostuvimos que cualquiera de los cónyuges podía solicitar la liquidación de la sociedad conyugal. Ahora, con un mejor análisis del punto, y atendido lo dispuesto en el artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales, creemos que los cónyuges sólo pueden pedirla actuando de consuno. En caso contrario, no quedará otro camino que recurrir al viejo expediente del juez árbitro.

¹¹⁵ En el caso previsto en el art. 19 de la Ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias. Conforme al artículo, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la separación de bienes si el otro, obligado al pago de pensiones alimenticias, en su favor o en el de los hijos comunes, hubiere sido apremiado por dos veces por el no pago de tales pensiones. El art. 14 de la Ley N° 14.908, regula los apremios que pueden solicitarse. No es necesario que los apremios hayan sido consecutivos.

Los artículos 32 a 37 de la Ley de Matrimonio Civil, contemplan algunos de los efectos, decretada que sea la separación judicial. Advierte el artículo 32 que la separación judicial produce sus efectos desde la fecha en que queda ejecutoriada la sentencia que la decreta. Con todo, para que la sentencia ejecutoriada en que se declare la separación judicial sea oponible a terceros, deberá subinscribirse al margen de la respectiva inscripción matrimonial.

Es importante consignar que la separación judicial consagrada en la ley, va mucho más allá de la separación de bienes, que por acuerdo de los cónyuges, por disposición de la ley o por sentencia judicial, puede poner término al régimen de sociedad conyugal. En efecto, una cosa es la “separación judicial”, materia que estamos analizando, y otra la simple “separación de bienes”. La primera, está reglamentada en la Ley de Matrimonio Civil. La segunda, en el Código Civil. La primera, produce efectos personales (respecto a los cónyuges y a los hijos) y patrimoniales. La segunda, sólo efectos patrimoniales. De la primera, nace un estado civil nuevo. No así de la segunda.

Los efectos de la separación judicial son los siguientes:

c.1) Se origina el estado civil de separados.

Dispone el inc. 2º del art. 32, que efectuada la subinscripción de la sentencia, los cónyuges adquirirán la calidad de “separados”, estatus jurídico hasta ahora inexistente en nuestro derecho. No obstante, continúan casados, y ello explica que la ley establezca que los cónyuges separados no quedan habilitados para volver a contraer matrimonio.

A juicio del profesor Hernán Corral, los cónyuges no adquieren un nuevo estado civil, el que sencillamente es el de casados, pues la ley sólo alude en el artículo 32 a que adquirirán la “calidad” de separados, no “el estado civil” de separados¹¹⁶. Discrepamos de esta opinión, pues la propia ley, deja en claro en otras disposiciones, que se trata de un nuevo estado civil, a saber:

- El art. 38 de la Ley de Matrimonio Civil (el destacado es nuestro), al disponer que la reanudación de la vida en común de los cónyuges, “**restablece el estado civil de casados**”; obviamente, aquello que se restablece, era algo que no se tenía;
- El art. 6º transitorio de la Ley de Matrimonio Civil, que dispone (el destacado es nuestro): “Las personas que con anterioridad a la vigencia de la presente ley se hayan divorciado, temporal o perpetuamente, por sentencia ejecutoriada, **tendrán el estado civil de separados**, y se registrarán por lo dispuesto en ella para los separados judicialmente respecto del ejercicio de derechos y demás efectos anexos que tengan lugar después de su entrada en vigencia”;
- El art. 160 del Código Civil, dice que “**En el estado de separación**”, ambos cónyuges deben proveer a las necesidades de la familia común a proporción de sus facultades.

¹¹⁶ Opinión formulada en Seminario del Colegio de Abogados, con fecha 31 de mayo de 2004.

- La Ley N° 19.947, modificó el inc. 1º del art. 305 del Código Civil, cuyo tenor inicial reza ahora (el destacado es nuestro): “**El estado civil de casado, separado judicialmente, divorciado o viudo, ...**”.

Creemos que el tenor de los preceptos citados, es suficiente para concluir que la ley ha creado, efectivamente, el estado civil de “separados”. La misma opinión, en contra de Corral, ha sostenido el profesor Cristián Maturana¹¹⁷.

c.2) Se suspenden algunos deberes del matrimonio.

Dispone el art. 33 de la Ley de Matrimonio Civil que la separación judicial deja subsistentes todos los derechos y obligaciones personales que existen entre los cónyuges, con excepción de aquellos cuyo ejercicio sea incompatible con la vida separada de ambos, tales como los deberes de cohabitación (que se ha entendido como aquel consistente en mantener relaciones sexuales) y de fidelidad, que se suspenden. La expresión “tales como” empleada por el art. 33, nos parece imprecisa para un tema tan importante como es el determinar qué deberes quedan efectivamente suspendidos. Cabe preguntarse entonces cuáles de los otros deberes que origina el matrimonio, serían compatibles con la vida de separados. Al respecto, debemos considerar los siguientes deberes y obligaciones, y concluir si ellos se suspenden o no:

- Obligación de socorro (consistente en el deber de proporcionarse los cónyuges los auxilios económicos necesarios para vivir, y que se concreta esencialmente en el pago de alimentos): se mantiene, con las salvedades que indicaremos más adelante;
- Deber de ayuda mutua (consistente, según ya lo expresamos, en el cuidado y atención personal que los cónyuges se deben en todas las circunstancias de la vida, mientras dure el matrimonio): se mantiene;
- Deber de protección recíproca (que según lo indicamos, pareciera estar referido a la protección que un cónyuge debe al otro frente a una eventual agresión de terceros): se mantiene;
- Deber de convivencia (consistente en la obligación de vivir en el hogar común): como es obvio, tal deber se suspende con la separación judicial;
- Deber de respeto recíproco (consistente en darse los cónyuges un trato que asegure la dignidad a que tienen derecho): se mantiene.
- Obligación eventual de demandar compensación económica: podrá exigirse, en caso de interponerse una demanda de divorcio o de nulidad matrimonial.

En síntesis, se suspenden:

- El deber de cohabitación;
- El deber de fidelidad; y
- El deber de convivencia.

c.3) Expiran ciertos regímenes matrimoniales.

¹¹⁷ Opinión expresada en Seminario del Colegio de Abogados, con fecha 1 de junio de 2004.

De conformidad a lo dispuesto en el art. 34 de la Ley de Matrimonio Civil, por la separación judicial termina la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales que hubiere existido entre los cónyuges. Sin embargo, la disolución de estos regímenes no afecta aquellos derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes declarados como “familiares”, que se hubieren constituido a favor del cónyuge no propietario¹¹⁸.

En armonía con lo expuesto, se incluyó en el art. 1764, N° 3 del Código Civil, entre las causales de disolución de la sociedad conyugal, la sentencia de separación judicial. Lo mismo se hizo en el art. 1792-27, N° 4 del Código Civil, respecto a las causales de término del régimen de participación en los gananciales.

Según lo expresamos, el juez, a petición de ambos cónyuges, deberá proceder a liquidar el régimen matrimonial.

Como es lógico, nada dice la ley acerca de los cónyuges que se encontraban casados con separación de bienes, los que, en cuanto a ese aspecto, continúan en la misma situación previa a la sentencia de separación judicial.

c.4) Puede ocasionar una alteración en el derecho de los cónyuges a sucederse por causa de muerte.

El art. 35, inc. 1º de la Ley de Matrimonio Civil, dispone que el derecho de los cónyuges a sucederse entre sí no se altera por la separación judicial¹¹⁹. Con todo, agrega el precepto que “se exceptúa” el caso de aquél que hubiere dado lugar a la separación por su culpa, en relación con el cual el juez efectuará en la sentencia la declaración correspondiente, de la que se dejará constancia en la subinscripción.

Nos llama la atención la imprecisión de la ley, al aludir primero a que “no se altera”, en lugar de haber dicho “no se extingue”; y después, cuando se refiere a una excepción a la regla acerca de que el derecho de los cónyuges a sucederse recíprocamente no sufre alteración. En verdad, el cónyuge culpable pierde sus derechos hereditarios, cuestión que el art. 994 del Código Civil (en el texto modificado por la Ley N° 19.947) deja meridianamente clara, al establecer en su inciso 1º: “El cónyuge separado judicialmente, que hubiere dado motivo a la separación por su culpa, no tendrá parte alguna en la herencia abintestato de su mujer o marido”. El art. 1182 del Código Civil, también modificado por la Ley N° 19.947, señala que no será legitimario, el cónyuge que por culpa suya haya dado ocasión a la separación judicial.

¹¹⁸ Dispone el inc. 1º del art. 147 del Código Civil, modificado por la Ley N° 19.947, que “Durante el matrimonio, el juez podrá constituir, prudencialmente, a favor del cónyuge no propietario, derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares”.

¹¹⁹ Podemos afirmar que hoy día, y particularmente si se trata de una sucesión intestada, el cónyuge sobreviviente es el asignatario por causa de muerte preferido por la ley. Entre los legitimarios, es el que mayores derechos tiene, según se desprende de los artículos 988 y 1337 regla 10ª del Código Civil. Sobre el particular, ver nuestro trabajo “Apuntes en torno a la sucesión por causa de muerte”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de la Santísima Concepción, número 8, 2000, pp. 131-137.

De lo expuesto, puede concluirse entonces que si la separación judicial se produjo por cese de la convivencia, o sea cuando no operó por falta imputable a uno de los cónyuges, subsisten los derechos hereditarios recíprocos, entre los cónyuges. Lo anterior, salvo si el cese de la convivencia se produjo por el abandono que hizo uno de los cónyuges del hogar común, pues en tal caso, la separación debiera decretarse por falta atribuible a dicho cónyuge, quedando, por ende, excluido de la sucesión del cónyuge abandonado.

c.5) Puede alterarse el derecho a pedir alimentos.

De conformidad al art. 321 del Código Civil, los cónyuges se deben alimentos. La obligación de socorro a que alude el art. 131 del Código Civil se manifiesta, principalmente, en cumplir con dicha obligación. Ahora bien, en relación a los efectos de la separación judicial de los cónyuges, el inc. 2º del art. 35 de la Ley de Matrimonio Civil, dispone que tratándose del derecho de alimentos, regirán las reglas especiales contempladas en el Párrafo V, del Título VI del Libro Primero del Código Civil. Las normas a que alude el precepto, son aquellas contenidas en los artículos 172 al 178 del Código Civil¹²⁰, bajo el epígrafe “Excepciones relativas a la separación judicial”. Las reglas pueden sintetizarse en los siguientes términos:

- De acuerdo con la modificación introducida al art. 174 por la Ley N° 18.802, por la Ley N° 19.585 y por la Ley N° 20.145, el cónyuge que no haya dado motivo a la separación judicial¹²¹ tiene derecho a que el otro cónyuge le suministre alimentos, **según las reglas generales**. Dado que el art. 35 de la Ley de Matrimonio Civil se remite a este artículo si los cónyuges estuvieren separados judicialmente, el cónyuge que no hubiere dado motivo a la separación, podrá exigirle alimentos al culpable de la misma. Debemos tener presente que hoy en día, los alimentos que se deben por ley son, por regla general, “congruos”, lo que implica, de acuerdo al art. 323, inc. 1º del Código Civil, que “Los alimentos deben habilitar al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social”. Vale decir, se deben proporcionar alimentos considerando la condición social de quien los pide, aunque al decretarlos por el juez, éste debe tener en cuenta que han de ser suficientes para una “modesta subsistencia”, pero dentro del rango social respectivo;
- *A contrario sensu* de lo expresado en el art. 174, en principio, podría concluirse que el cónyuge culpable de la separación judicial, carecería del derecho a percibir alimentos del otro cónyuge. No es así, sin embargo. En efecto, el cónyuge que haya dado motivo a la separación judicial por su culpa, tendrá también derecho a alimentos, de acuerdo a lo que dispone el art. 175 del Código Civil¹²². Con todo, en este caso, la ley señala que el antedicho cónyuge, tendrá derecho “para que el otro cónyuge lo provea de lo que necesite para su modesta sustentación”. Nótese que el artículo no exige que los alimentos permitan subsistir al alimentario dentro de su condición social. Por ende, podemos

¹²⁰ La Ley N° 19.947, derogó el artículo 170, modificó el artículo 172 y sustituyó los artículos 173, 175 y 178 del Código Civil.

¹²¹ El precepto, erróneamente, aludía al divorcio, lo que no tenía sentido, pues de acuerdo al artículo 60 de la Ley de Matrimonio Civil, no hay deber de proporcionar alimentos más allá de la sentencia de divorcio ejecutoriada.

¹²² Reemplazado por la Ley N° 19.947.

concluir que se trataría de los antiguos alimentos “necesarios” que contemplaba nuestro Código Civil,¹²³ o sea, aquellos imprescindibles para la subsistencia de la persona, los que subsistirían para la hipótesis que estamos analizando. En este caso, agrega la ley que el juez, al determinar el monto de los alimentos, tendrá en cuenta la conducta del alimentario antes del juicio respectivo, durante su desarrollo o con posterioridad a él. Dependerá entonces de esa conducta, el rango dentro del cual el juez fije los alimentos en favor del cónyuge culpable de la separación judicial, pero, siempre respetando la exigencia legal de fijarlos en un monto que sólo permita la subsistencia del que los recibe.

c.6) Puede alterarse la filiación de los hijos.

El art. 36 de la Ley de Matrimonio Civil, deja en claro que no se alterará la filiación ya determinada ni los deberes y responsabilidades de los padres separados en relación con sus hijos. Para que así acontezca, la ley señala que el juez adoptará todas las medidas que contribuyan a reducir los efectos negativos que pudiera representar para los hijos la separación de sus padres.

Establece por su parte el art. 37 de la Ley de Matrimonio Civil, que el hijo concebido después de haber sido declarada la separación judicial de los cónyuges, no quedará amparado por la presunción de paternidad establecida en el art. 184 del Código Civil¹²⁴. Dispone el art. 184 que se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los 300 días siguientes a su disolución o a la separación judicial de los cónyuges.

Sobre el particular, habría que hacer una precisión, ya que en principio, parece desprenderse del art. 37 de la Ley de Matrimonio Civil que **todo** hijo concebido después de decretada la separación judicial, no queda amparado por la presunción de ser su padre el marido de la madre. No hay tal, sin embargo, porque el art. 184 del Código Civil hace regir la presunción, no obstante haber sido concebido el hijo después de decretada la separación judicial, siempre y cuando haya **nacido** dentro de los 300 días siguientes. De esta forma, para que no rija la presunción, no basta probar que el hijo fue concebido después de decretada la separación judicial, sino que además debe acreditarse que nació después de transcurridos 300 días contados desde la separación judicial.

Regirá también la presunción de paternidad respecto del nacido trescientos días después de decretada la separación judicial, por el hecho de consignarse como padre el nombre del marido, a petición de ambos cónyuges, en la inscripción de nacimiento del hijo.

¹²³ Los alimentos “necesarios” se contemplaban de manera expresa en el Código Civil hasta la reforma hecha por la Ley N° 19.585 del año 1998. El antiguo artículo 323, señalaba: “Los alimentos se dividen en congruos y necesarios. / Congruos son los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social. / Necesarios los que le dan lo que basta para sustentar la vida. / Los alimentos, sean congruos o necesarios, comprenden la obligación de proporcionar al alimentario, menor de veintiún años, la enseñanza primaria y la de alguna profesión u oficio”.

¹²⁴ Modificado por la Ley N° 19.947.

En consecuencia, no se presume hijo del marido separado judicialmente, al nacido después de los trescientos días siguientes a la separación judicial, cuya inscripción no fue pedida de consuno por los cónyuges.

El art. 184 del Código Civil, guarda armonía con el art. 37 de la Ley de Matrimonio Civil, que dispone, que en todo caso, el nacido podrá ser inscrito como hijo de los cónyuges, si concurre el consentimiento de ambos.

c.7) Afecta el cuidado personal de los hijos comunes.

La separación judicial produce efectos en el derecho que tienen los padres de dirigir y vigilar la crianza y educación de sus hijos. Si los padres viven separados, el Código Civil dispone respecto del cuidado personal de los hijos:

- Determinación del cuidado personal de común acuerdo por los padres: mediante escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los 30 días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda: i) al padre; ii) a la madre; o iii) a ambos en forma compartida. Este acuerdo podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades (art. 225, inc. 1º). Se trata en este caso de una **atribución convencional** del cuidado personal del hijo. El acuerdo acerca del cuidado personal del hijo debe establecer también la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tenga el cuidado personal, mantendrá una relación directa y regular con los hijos. Agrega la ley que **el cuidado personal compartido** es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad (art. 225, inc. 2º). La ley no indicó qué sanción opera en caso de no efectuar la subinscripción en el referido plazo de 30 días. Podría estimarse que mientras no se realice, el acuerdo entre los padres será inoponible a terceros, considerando que el último inciso del artículo 225 establece que mientras una subinscripción relativa al cuidado personal (de un hijo) no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros. En todo caso, no creemos que la sanción pudiese ser la nulidad, pues estamos ante una norma imperativa de requisito, cuya infracción no tiene asignada una sanción general por la ley.

- A falta de acuerdo de los padres: los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo (art. 225, inc. 3º).

- Resolución judicial que atribuye el cuidado personal del hijo a uno de los padres: cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido (art. 225, inc. 4º). Nótese que el juez no puede disponer que el cuidado personal del hijo sea compartido. Debe atribuirlo a uno u otro de los padres, pero no a ambos. El cuidado compartido, entonces, sólo puede establecerse por acuerdo de los padres, y si existía, el juez puede dejarlo sin efecto. En ningún caso el juez podrá fundar **exclusivamente** su decisión en la capacidad económica de los padres. Por ende, tal capacidad económica sí puede ser

considerada por el juez, pero junto con otros factores que justifiquen su decisión de alterar la situación hasta ese momento vigente (art. 225, inc. 5º). Cuando el juez atribuya el cuidado personal del hijo a uno de los padres, deberá establecer, de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos, considerando su interés superior, siempre que se cumplan los criterios dispuestos en el artículo 229, a los que haremos referencia más adelante (art. 225, inc. 6º).

Estamos aquí ante **una atribución judicial** del cuidado personal del hijo. Para que ésta opere, estableciendo el régimen y ejercicio del cuidado personal por uno de los padres, el juez deberá considerar y ponderar conjuntamente los criterios y circunstancias contemplados en el art. 225-2, que revisaremos al tratar de la filiación.

- Situación del hijo, en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres: podrá el juez, en este caso, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes. Al hacerlo, el juez velará primordialmente por el interés superior del niño conforme a los criterios establecidos en el art. 225-2. En la elección de estas personas, se preferirá a los consanguíneos más próximos, y en especial, a los ascendientes; al cónyuge o al conviviente civil del padre o madre, según corresponda (art. 226). Como se ve, en lo posible el juez deberá elegir a uno o más de los abuelos del menor.
- En el caso anterior, a falta de consanguíneos, el art. 41 de la Ley N° 16.618, sobre Menores, establece que el juez puede confiar el cuidado a un reformatorio, a una institución de beneficencia con personalidad jurídica o a cualquier otro establecimiento autorizado para este efecto por el Presidente de la República.

c.8) Puede alterar el ejercicio de la patria potestad.

La sentencia que decreta la separación judicial de los padres no pone fin a la patria potestad, sino que sólo altera el derecho a dirigir la crianza y educación de los hijos que normalmente corresponde a ambos padres. Las normas son las siguientes:

- La patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, o por ambos, de conformidad al art. 225, al que ya hicimos referencia.
- Sin embargo, por acuerdo de los padres o por resolución judicial, fundada en el interés del hijo:
 - i) Podrá atribuirse la patria potestad al otro padre; o
 - ii) Podrá radicarse la patria potestad en uno de los padres si la ejercían conjuntamente.
- Además, basándose también en el interés del hijo, los padres podrán ejercer la patria potestad de manera conjunta.
- Se aplicará al acuerdo o a la sentencia judicial, la exigencia de subinscribir en el mencionado plazo de 30 días (art. 245, inc. 2º).
- En el ejercicio de la patria potestad conjunta, se aplicará lo establecido en el inc. 3º del art. 244 (actuación indistinta para los actos de mera conservación y actuación conjunta para el “resto de los actos”).

c.9) Cesa la incapacidad especial para celebrar los contratos de compraventa y de permuta, entre los cónyuges.

De acuerdo a lo dispuesto en el art. 1796 del Código Civil (modificado por la Ley N° 19.947), “Es nulo el contrato de compraventa entre cónyuges no separados judicialmente, y entre el padre o madre y el hijo sujeto a patria potestad”. Por ende, decretada que sea la separación judicial, con autoridad de cosa juzgada, podrían los cónyuges celebrar entre sí un contrato de compraventa.

c.10) Cesa la causa de suspensión de la prescripción, en favor de la mujer que se encontraba casada en sociedad conyugal.

De conformidad a lo previsto en el penúltimo inciso del art. 2509 del Código Civil¹²⁵, no se suspende la prescripción adquisitiva ordinaria en favor de la mujer separada judicialmente de su marido. Por ende, correrán contra la mujer los plazos de prescripción, cuando un tercero haya entrado en posesión de bienes de aquélla. De igual forma, corren en contra de la mujer separada judicialmente, los plazos de prescripción extintiva para los efectos de interponer acciones contra terceros deudores de aquella, pues ya no regirá el art. 2520, inc. 1° del Código Civil.

c.11) Constituye una causal de impedimento para la adopción de menores.

La Ley N° 19.947, agregó un nuevo inciso, quinto, al art. 20 de la Ley N° 19.620 sobre adopción de menores, en virtud del cual, no podrá concederse la adopción a los cónyuges respecto de los cuales se haya declarado la separación judicial, mientras esta subsista. En su caso, la reconciliación deberá acreditarse conforme lo dispone la Ley de Matrimonio Civil.

Con todo, el inc. 3° del art. 22 de la Ley N° 19.620, agregado a ésta por la Ley 19.947, dispone que los cónyuges que hubieren iniciado la tramitación de una adopción, podrán solicitar que ésta se conceda aun después de declarada su separación judicial o el divorcio, si conviene al interés superior del adoptado.

c.12) Posibilidad de revocar las donaciones hechas al cónyuge culpable de la separación judicial.

El cónyuge inocente puede revocar las donaciones hechas al culpable de adulterio, sevicia atroz, atentado contra la vida del otro cónyuge u otro crimen de igual o mayor gravedad (art. 172 del Código Civil¹²⁶). Este artículo se refiere a las donaciones irrevocables que los cónyuges se hubieren hecho antes del matrimonio, pues las donaciones efectuadas durante su vigencia se consideran siempre revocables.

c.13) Imposibilidad de designar a uno de los cónyuges curador del otro de los cónyuges.

¹²⁵ Modificado por la Ley N° 19.947.

¹²⁶ Modificado por la Ley N° 19.947.

El art. 462, N° 1 deja en claro que no puede deferirse la curaduría del demente a su cónyuge, si hubiere separación judicial. A su vez, el art. 503, en una norma general, señala que el marido y la mujer no podrán ser curadores del otro cónyuge si están totalmente separados de bienes. La causal, por ende, puede ser cualquiera, y no está circunscrita a la demencia.

d) De la reanudación de la vida en común.

d.1) Requisitos y efecto fundamental.

La separación judicial de los cónyuges, cesa cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- Con la reanudación de la vida en común;
- Siempre que ésta sea permanente; y
- Haya operado con la intención o ánimo de reconstruir la convivencia matrimonial regular.

Si así ocurre, expira el procedimiento destinado a declarar la separación judicial o la ya declarada y, en este último caso, se restablece el estado civil de casados, cesando el de separados judicialmente (art. 38 de la Ley de Matrimonio Civil).

d.2) Efectos de la reanudación de la vida en común, ante terceros.

Para que la reconciliación de los cónyuges surta efectos frente a terceros, es necesario cumplir con las formalidades de publicidad¹²⁷ a que nos referiremos seguidamente.

Cabe distinguir dos situaciones:

- Si la separación judicial fue decretada en virtud del art. 26 de la Ley de Matrimonio Civil, vale decir, a consecuencia de haber incurrido cualquiera de los cónyuges en una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio o en una violación grave de los deberes y obligaciones para con los hijos: en este caso, la reanudación de la vida en común sólo será oponible a terceros cuando se revoque judicialmente la sentencia de separación, a petición de ambos cónyuges y practicándose la subinscripción correspondiente en el Registro Civil (art. 39, inc. 1º de la Ley de Matrimonio Civil);
- Si la separación judicial fue decretada en virtud del artículo 27 de la Ley de Matrimonio Civil, vale decir, a consecuencia de haberse solicitado por ambos cónyuges o por uno de ellos por haber cesado la convivencia: en este caso, para que la reanudación de la vida en común sea oponible a terceros, bastará que ambos cónyuges dejen constancia de ella en acta extendida ante el Oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción matrimonial. El Oficial del Registro Civil comunicará estas circunstancias al tribunal competente, quien ordenará agregar el documento respectivo a los antecedentes del juicio de separación (art. 39, inc. 2º de la Ley de Matrimonio Civil).

¹²⁷ La ley incorpora un sistema distinto al que regía en la ley de 1884, donde la reconciliación que ponía fin al divorcio, no contemplaba la exigencia de cumplir con formalidades de publicidad, lo que constituía, sin duda, un grave defecto de la antigua normativa.

d.3) Efectos de la reanudación de la vida en común, en relación al régimen patrimonial del matrimonio.

De conformidad a lo dispuesto en el art. 40 de la Ley de Matrimonio Civil, la reanudación de la vida en común no revive la sociedad conyugal ni el régimen de participación en los gananciales. Los cónyuges quedan separados de bienes. Sin embargo, respecto al segundo régimen, los cónyuges podrán volver a pactarlo, con sujeción a lo dispuesto en el art. 1723 del Código Civil, vale decir, estipulándolo a través de una escritura pública, que deberá subinscribirse al margen de la inscripción de matrimonio, en el plazo fatal de treinta días, contado desde la celebración del pacto. De no cumplirse con este requisito, la estipulación no surtirá efectos ni entre las partes ni respecto de terceros. Dicho pacto no podrá dejarse sin efecto por acuerdo de los cónyuges. Esta situación configura una excepción al principio que se desprende del art. 1723 del Código Civil, en orden al cual, el pacto contemplado en ese precepto, sólo puede estipularse por una sola vez, agotándose la posibilidad de los cónyuges para recurrir nuevamente a dicha norma con la intención de sustituir el régimen patrimonial del matrimonio. Excepcionalmente, en el caso del art. 40 de la Ley de Matrimonio Civil, podrá emplearse por segunda vez, el art. 1723 del Código Civil, para pactar nuevamente el régimen de participación en los gananciales. La excepción se justifica, pues el primero de los pactos no expiró por voluntad de los cónyuges, sino a consecuencia de la sentencia que los declaró separados judicialmente.

Como una consecuencia de lo dispuesto en el art. 40 de la Ley de Matrimonio Civil, se modificó el art. 165 del Código Civil, que consagraba la irrevocabilidad de la separación de bienes. Al modificar este precepto, se agregó una segunda excepción al principio en virtud del cual el art. 1723 sólo puede emplearse por una sola vez, pues a la excepción ya referida, que se desprende del art. 40 de la Ley de Matrimonio Civil, se adiciona el caso en que la separación de bienes hubiere sido convencional, caso en el cual, los cónyuges podrán dejarla sin efecto, adscribiéndose, por una sola vez, el régimen de participación en los gananciales. Las reglas pueden sintetizarse en los siguientes términos:

- Si se trata de la separación de bienes efectuada en virtud de decreto judicial, ésta, en principio, es irrevocable. No podrá quedar sin efecto por acuerdo de los cónyuges ni por resolución judicial;
- Si se trata de la separación de bienes efectuada por disposición de la ley, será irrevocable;
- Si se trata de una separación convencional de bienes, los cónyuges, por una sola vez, podrán pactar el régimen de participación en los gananciales, en conformidad a lo dispuesto en el art. 1723 del Código Civil;
- Lo mismo ocurrirá, en el caso del art. 40 de la Ley de Matrimonio Civil, conforme ya lo explicamos.

d.4) Posibilidad de producirse nuevamente la separación judicial de los cónyuges.

Advierte el art. 41 de la Ley de Matrimonio Civil, que la reanudación de la vida en común no impide que los cónyuges puedan volver a solicitar la separación, si ésta se funda en hechos posteriores a la reconciliación de los cónyuges.

IV.- DE LA TERMINACION DEL MATRIMONIO.

1.- Causales que producen la terminación del matrimonio.

El art. 42 de la Ley de Matrimonio Civil señala las causales, a saber:

- Por la muerte de uno de los cónyuges;
- Por la muerte presunta, cumplidos que sean los plazos señalados en la ley;
- Por sentencia firme de nulidad; y
- Por sentencia firme de divorcio¹²⁸.

En este capítulo, nos referiremos a las dos primeras causales, para estudiar las otras dos en los capítulos siguientes.

2.- De la terminación del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges.

Esta causal está contemplada en el N° 1 del art. 42 de la Ley de Matrimonio Civil, en relación con el art. 102 del Código Civil: el matrimonio dura lo que la vida de los cónyuges.

El solo hecho de la muerte de uno de los cónyuges produce la disolución del matrimonio, sin necesidad de declaración o inscripción de ninguna especie.

La muerte de una persona se produce cuando hay cesación total de sus funciones cerebrales.

Entre otros efectos de la muerte de uno de los cónyuges, se produce la disolución de la sociedad conyugal (art. 1764, N° 1 del Código Civil) y del régimen de participación en los gananciales (art. 1792-27, N° 1 del Código Civil), si los hubiere.

Usualmente, la muerte de uno de los cónyuges da lugar a una comunidad hereditaria formada por los hijos y el cónyuge sobreviviente, o por el cónyuge sobreviviente y los ascendientes de grado más próximo del causante, si la sucesión fuere totalmente intestada. Si el cónyuge fallecido había otorgado testamento y dispuesto en él de las cuartas de libre disposición y/o de mejoras, podrán integrar esta comunidad otras personas.

Cabe tener presente aquí que la muerte puede ser declarada por el juez, “Toda vez que la desaparición de una persona se hubiere producido en circunstancias tales que la

¹²⁸ He aquí la novedad más importante de la nueva Ley de Matrimonio Civil: introducir en nuestra legislación, como causal de término del matrimonio, el divorcio. El punto fue tan relevante en la discusión parlamentaria y para la opinión pública, que la ley citada ha sido denominada vulgarmente como “Ley de divorcio”. Cesa de esta forma la peculiar acepción de divorcio que regía en la Ley de 1884, en cuya virtud, los divorciados continuaban casados, aunque legalmente separados.

muerte pueda ser tenida como cierta” (art 95 del Código Civil). En otras palabras, se trata de la muerte judicialmente comprobada, aunque el cadáver del fallecido no sea habido.

3.- De la terminación del matrimonio por muerte presunta.

De conformidad con el art. 42, N° 2 de la Ley de Matrimonio Civil, se disuelve también el matrimonio a consecuencia de la declaración de muerte presunta.

No basta sin embargo con la sola declaración de muerte presunta para que opere la disolución del matrimonio; se requiere, además, conforme al art. 43 de la Ley de Matrimonio Civil, que transcurran ciertos plazos. Terminará el matrimonio una vez:

- Que hayan transcurrido cinco años desde las últimas noticias y setenta años desde el nacimiento del desaparecido (en relación con el art. 82 del Código Civil, que establece que en este caso, se concederá directamente la posesión definitiva de los bienes del desaparecido);
- Que hayan transcurrido cinco años desde que una persona recibió una herida grave en la guerra, o le sobrevino otro peligro semejante, y no se ha sabido más de ella (en relación al art. 81, N° 7 del Código Civil, caso en el cual también se concederá de inmediato la posesión definitiva de los bienes del desaparecido)¹²⁹;
- Que hayan transcurrido diez años desde la fecha de las últimas noticias, fijada en la sentencia que declara la presunción de muerte, cualquiera que fuese la edad del desaparecido si viviere (ahora, la disposición concuerda con la del art. 82 del Código Civil, que dispone que también se concederá la posesión definitiva de los bienes del desaparecido, una vez transcurridos diez años desde la fecha de las últimas noticias)¹³⁰;
- Que haya transcurrido un año, desde el día presuntivo de la muerte, en el caso de la pérdida de una nave o aeronave que no apareciere dentro de tres meses (art. 81, N° 8 del Código Civil)¹³¹;
- Que haya transcurrido un año, desde el día presuntivo de la muerte, en el caso de un sismo o catástrofe (art. 81, N° 9 del Código Civil)¹³².

Del tenor de los artículos 42 y 43 de la Ley de Matrimonio Civil, se deduce que la disolución del matrimonio opera *ipso iure*, cuando, declarada la muerte presunta, transcurren los plazos de uno, cinco y diez años, sin que sea necesario que se dicte el decreto de posesión definitiva o que se dicte otra resolución judicial que declare la disolución del matrimonio. El Servicio de Registro Civil e Identificación, por ende, a solicitud del interesado, deberá practicar la pertinente subinscripción, dejando constancia

¹²⁹ Este caso no se encontraba contemplado en el antiguo art. 38 de la Ley de 1884, de manera que había que aplicar la regla general que ella contemplaba, esto es, que el matrimonio terminaba sólo después de haber transcurrido quince años, desde la fecha del desaparecimiento en la acción de guerra o peligro semejante.

¹³⁰ El art. 38 de la Ley de 1884, establecía que el plazo de disolución del matrimonio por muerte presunta, era de quince años, por regla general.

¹³¹ El artículo 38 de la Ley de 1884, disponía que el plazo de disolución del matrimonio por muerte presunta, era de dos años contados desde la fecha presuntiva de muerte, cuando la persona había desaparecido a consecuencia de la pérdida de una nave o aeronave.

¹³² Nada disponía, en este caso, la Ley de 1884, de manera que había que esperar que transcurrieran los quince años, conforme a la antigua regla general.

que terminó el matrimonio, si al presentar la solicitud, se prueba que han transcurrido los plazos legales.

Al igual que en la muerte de cualquiera de los cónyuges, la declaración de muerte presunta produce la disolución de la sociedad conyugal (art. 1764, N° 2; art. 84 del Código Civil, en las normas de la muerte presunta, estableciendo que se disolverá la sociedad conyugal en virtud del decreto de posesión provisoria) y del régimen de participación en los gananciales (art. 1792-27, N° 2 y art. 84 del Código Civil), si los hubiere.

De igual forma, usualmente, da lugar a una comunidad hereditaria formada por los hijos y el cónyuge sobreviviente.

El inciso final del art. 43 de la Ley de Matrimonio Civil, dispone que el posterior matrimonio que haya contraído el cónyuge del desaparecido con un tercero, conservará su validez aun cuando llegare a probarse que el desaparecido murió realmente después de la fecha en que dicho matrimonio se contrajo. Con ello, queda en claro que la revocación del decreto que declaró presuntivamente muerta a una persona, por haber reaparecido el desaparecido o por acreditarse su muerte real, no deja sin efecto el nuevo matrimonio que hubiere contraído quien creía ser viudo o viuda.

En los acápites siguientes, abordaremos lo concerniente a la nulidad del matrimonio y al divorcio.

V.- DE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO.

1.- Características de la nulidad matrimonial.

a) Tal como la nulidad en materia patrimonial, ésta debe ser declarada judicialmente (art. 42, N° 3 de la Ley de Matrimonio Civil).

b) A diferencia de la nulidad patrimonial, ésta no admite el distingo entre nulidad absoluta y relativa. Con todo, cabe advertir que algunos autores, entre ellos Claro Solar, hacen el distingo, fundándose en que hay causales de nulidad que por estar establecidas en función del interés privado, sólo pueden ser hechas valer por los cónyuges. Tales serían el error y la fuerza, que se diferencian de las demás causales que pueden ser invocadas por cualquier interesado.

Rossel, sin desconocer esta diferencia, concluye que ella no basta para asentar un distingo tan fundamental, pues se nota la ausencia de todas las diferencias restantes que caracterizan los dos tipos de nulidades patrimoniales (plazo de saneamiento distinto; ratificación del acto nulo relativamente). Si la distinción está cuidadosamente formulada en los arts. 1681 y ss, y la Ley de Matrimonio Civil no la hace en forma alguna, ello es porque el legislador la abandonó al establecer la nulidad en materia matrimonial¹³³.

c) Sus causales son taxativas: el legislador, al establecer cada requisito, va indicando si su infracción produce o no la nulidad. Por ello, si no existe una disposición expresa que sancione la infracción con la nulidad del acto, ella no puede aplicarse (así, por ejemplo, la falta de manifestación, de información o de inscripción no produce nulidad del

¹³³ Rossel Saavedra Enrique, ob. cit., p. 50.

matrimonio). No es admisible reclamar una nulidad genérica como la del último inciso del art. 1682, que dispone: “Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato”.

d) A diferencia de la nulidad patrimonial, en materia matrimonial, el juez no puede declarar de oficio la nulidad del matrimonio (sin perjuicio de lo cual, el art. 91 de la Ley de Matrimonio Civil establece que tras la interposición de una solicitud de divorcio, en cualquier momento en 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**).

e) De acuerdo con la regla general del art. 3º del Código Civil, las sentencias no tienen fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronunciaren. Tienen efecto relativo, afectando sólo a las personas que han intervenido en el juicio. Tal principio se altera con la sentencia que declara la nulidad del matrimonio, que produce efectos *erga omnes* modificando lo dispuesto en el art. 1690 del Código Civil, que respecto de las sentencias de nulidad en materia patrimonial, reitera el principio del efecto relativo del art. 3 del Código Civil (recordemos que el efecto *erga omnes* de las sentencias, es característico del Derecho de Familia; en tal sentido, art. 315, del cual se desprende que las sentencias en que se declare verdadera o falsa la paternidad o maternidad de un hijo tienen efecto absoluto, valen respecto de todos, no solamente respecto de quienes intervinieron en el juicio, relativamente a los efectos que dicha paternidad o maternidad acarrea).

f) Por regla general, la acción para impetrar la nulidad del matrimonio, es imprescriptible.

g) Por regla general, cualesquiera de los presuntos cónyuges puede demandar la nulidad, aun sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

h) Para demandar la nulidad del matrimonio no se exige tener interés pecuniario. La demanda se funda en el solo interés de la moral y de la ley.

i) Fallecido uno de los cónyuges, por regla general los herederos no pueden demandar la nulidad del matrimonio.

j) Por regla general, aunque se declare su nulidad, el matrimonio produce los mismos efectos que el válido.

2.- Causales de nulidad del matrimonio.

Están contempladas en los artículos 44 y 45 de la Ley de Matrimonio Civil:

- Cuando uno de los contrayentes estuviere afectado por alguno de los impedimentos dirimientes absolutos o relativos o incapacidades señaladas en los artículos 5º, 6º y 7º de la Ley;
- Cuando el consentimiento no hubiere sido libre y espontáneo en los términos expresados en el art. 8º de la Ley;
- Cuando el matrimonio no se hubiere celebrado ante el número de testigos hábiles determinado en el art. 17º¹³⁴.

¹³⁴ Se suprimió la causal de nulidad consistente en la incompetencia del oficial del Registro Civil. Disponía el antiguo artículo 31 de la Ley de 1884 que era nulo el matrimonio que no se celebrare ante el oficial del Registro Civil competente. Recordemos que era tal, el del domicilio de cualquiera de los contrayentes o de su residencia de tres meses anteriores a la celebración del matrimonio (artículo 9 de la ley de 1884). Hoy,

Como ha señalado la profesora Andrea Muñoz¹³⁵, se recupera el carácter técnico que posee la nulidad, conforme al cual, los tribunales deben verificar si el vínculo matrimonial es válido o, por el contrario, adolece de un vicio de nulidad. Este ejercicio jurisprudencial fue muy pobre en los últimos setenta años, considerando que la inmensa mayoría de los juicios de nulidad de matrimonio, se promovían invocando la causal de incompetencia del Oficial del Registro Civil. Ahora, por el contrario, es dable esperar que se dicten sentencias que vayan formando un rico acervo de jurisprudencia acerca del alcance de las causales de nulidad del matrimonio, especialmente aquellas que se han trasladado del Derecho Canónico.

3.- De la titularidad y del ejercicio de la acción de nulidad.

a) Titulares de la acción de nulidad de matrimonio.

Están señalados en el art. 46º de la Ley de Matrimonio Civil. La titularidad de la acción de nulidad del matrimonio corresponde:

- A cualesquiera de los presuntos cónyuges;
- A cualesquiera de los presuntos cónyuges o a alguno de sus ascendientes, cuando la nulidad está fundada en el N° 2 del art. 5º, esto es, cuando alguno o ambos contrayentes eran menores de dieciséis años. Sin embargo, alcanzados los dieciséis años por parte de ambos contrayentes, la acción se radicará únicamente en el o los que contrajeron el matrimonio sin tener esa edad;
- Exclusivamente al cónyuge que hubiere sufrido el error o la fuerza;
- A los demás herederos del cónyuge difunto, en los casos de matrimonio celebrado en artículo de muerte;¹³⁶
- También al cónyuge anterior o a sus herederos, cuando la acción de nulidad se funda en la existencia de un vínculo matrimonial no disuelto;
- A cualquiera persona, en el interés de la moral o de la ley, cuando la declaración de nulidad se funda en alguna de las causales contempladas en los artículos 6º y 7º de la ley, vale decir, cuando se hubiere infringido, al contraer matrimonio, algunos de los impedimentos dirimentes relativos, o sea, el de parentesco (art. 6º) y el de homicidio (art. 7º)¹³⁷. Se trata por ende de una acción popular.

como lo hemos expresado, es Oficial Civil competente cualquiera de los que ejerzan su cargo, en el territorio nacional.

¹³⁵ En Seminario de la Universidad Diego Portales.

¹³⁶ La ley, alude correctamente a “los demás herederos del cónyuge difunto”, considerando que el cónyuge sobreviviente es también heredero. Como es obvio, la acción de nulidad no será promovida por éste, sino por aquellos.

¹³⁷ Observamos las siguientes diferencias entre el art. 46 de la nueva Ley y el art. 34 de la Ley de 1884, acerca de los titulares de la acción de nulidad de matrimonio:

1º No se alude ahora al ministerio público entre los titulares de la acción, aunque debemos entender que podría intervenir, tratándose de las causales fundadas en los artículos 6º y 7º de la nueva ley, pues en estos casos, la nulidad podrá ser solicitada por cualquier persona, en el interés de la moral o de la ley;

2º Nada dice el art. 46, ni otra disposición de la nueva ley, como sí lo hacía el art. 34, acerca de la obligación de oír al ministerio público. Entendemos que dicho trámite debe obviarse;

Establece el art. 46º que el cónyuge menor de edad y el cónyuge interdicto por disipación son hábiles para ejercer por sí mismos la acción de nulidad. Se trata de una excepción a las reglas generales, que impiden actuar por sí mismos a los incapaces relativos, a menos que hubieren sido previamente autorizados. Nada impide, como agrega el precepto, que los mencionados incapaces relativos actúen por medio de sus representantes.

De conformidad al art. 47 de la Ley de Matrimonio Civil, la acción de nulidad sólo podrá intentarse mientras vivan ambos cónyuges, salvo en los siguientes casos:

- Cuando la acción la interponen los demás herederos del cónyuge difunto, en los casos de matrimonio celebrado en artículo de muerte;¹³⁸
- Cuando la acción la interponen el cónyuge anterior o sus herederos, en el caso en que la acción de nulidad se funde en la existencia de un vínculo matrimonial no disuelto.

Si la acción es deducida por alguno de los presuntos cónyuges, deberá dirigir su demanda contra el otro presunto cónyuge. Si la acción de nulidad es interpuesta por un tercero, deberá demandar a los dos presuntos cónyuges. En este sentido, como destaca el profesor Hernán Corral Talciani, no puede ser nulo el contrato de matrimonio para uno de los cónyuges y válido para el otro, pues el estado civil es indivisible¹³⁹. Estamos ante una excepción al principio consagrado en el art. 1690 del Código Civil, que contempla los efectos relativos de la nulidad judicialmente declarada, y en cuya virtud el contrato podría ser nulo para algunos contratantes y válido para otros.

b) Formas de iniciar una demanda de nulidad de matrimonio.

El juicio de nulidad del matrimonio puede iniciarse por demanda o por demanda reconvenzional. Esta última podría deducirse por el cónyuge demandado por divorcio, caso en el cual el juez deberá fallar primero la demanda de nulidad, pues el divorcio supone un matrimonio válidamente celebrado (art. 91). Volveremos sobre este punto.

c) Prescripción de la acción de nulidad de matrimonio.

Distingue la ley entre la regla general y los casos excepcionales:

- Regla general: la acción de nulidad de matrimonio no prescribe por tiempo (art. 48 de la Ley de Matrimonio Civil); estamos por ende ante una excepción al principio en virtud del cual, no hay acción transcurrido que sean diez años, contados desde la fecha de la celebración del contrato (art. 1683 del Código Civil).
- Excepciones: prescribirá la acción, en los siguientes casos, señalados en el art. 48:
 - i) Tratándose de la nulidad fundada en la causal establecida en el N° 3 del art. 5º de la ley (esto es, cuando alguno o ambos contrayentes eran menores de dieciséis años), la acción prescribirá en **un año**, contado desde la fecha en

^{3º} El art. 46 permite demandar la nulidad del matrimonio al cónyuge menor de edad y al interdicto por disipación, circunstancia no admitida en el art. 34.

¹³⁸ Ver nota N° 133.

¹³⁹ Hernán Corral Talciani, Seminario citado.

- que el cónyuge inhábil para contraer matrimonio hubiere adquirido la mayoría de edad;¹⁴⁰
- ii) En los casos previstos en el art. 8º de la Ley (esto es, en los casos de error o fuerza), la acción de nulidad prescribe en el término de **tres años**, contados desde que hubiere desaparecido el hecho que origina el vicio de error o fuerza;¹⁴¹
 - iii) Cuando se tratare de un matrimonio celebrado en artículo de muerte, la acción de nulidad prescribirá en **un año**, contado desde la fecha del fallecimiento del cónyuge enfermo;¹⁴²
 - iv) Cuando la causal invocada sea la existencia de un vínculo matrimonial no disuelto, la acción podrá intentarse **dentro del año siguiente al fallecimiento** de uno de los cónyuges;¹⁴³ aquí, cabe consignar, como una curiosa consecuencia, que si por ejemplo fallece un bígamo y no se deduce la acción de nulidad en el plazo indicado, las dos cónyuges serán reconocidas como tales y todos los hijos tendrán filiación matrimonial, pues el segundo matrimonio será irrevocablemente válido. Todos concurrirán por ende, con igualdad de derechos, a la sucesión del causante¹⁴⁴.
 - v) Cuando la acción de nulidad se fundare en la falta de testigos hábiles, prescribirá en **un año**, contado desde la celebración del matrimonio.¹⁴⁵

En verdad, puede seguir afirmándose, como lo hacía nuestra doctrina, que siendo tantas las excepciones que establecen plazos de prescripción de la acción de nulidad, la regla general acerca de la imprescriptibilidad no sería tal, quedando circunscrita a los siguientes casos:

- i) Tratándose de la nulidad fundada en la causal establecida en el N° 1 del art. 5º (vale decir, vínculo matrimonial no disuelto), salvo que uno de los cónyuges fallezca, pues en tal caso, sí prescribirá la acción, conforme a lo expresado;

¹⁴⁰ Vale decir, se podrá accionar de nulidad, hasta que el demandante haya cumplido 19 años. El plazo es el mismo que establecía la Ley de 1884, con la salvedad que en ella, la acción prescribía un año después que el cónyuge impúber llegaba a la pubertad, o sea, prescribía la acción al cumplir la mujer 13 años o el varón 15 años, según lo establecía el artículo 35, inciso 2º de la Ley de 1884.

¹⁴¹ Se amplía el plazo, de un año previsto en la ley antigua, a tres en la nueva. Este plazo difiere del que establece el art. 1691 del Código Civil, que a propósito de la acción para solicitar la declaración de nulidad de un contrato patrimonial, cuando las causales de nulidad relativa son la fuerza, el error o el dolo, dispone que el plazo, de cuatro años, se contará, en el caso de la fuerza, desde que ésta hubiere cesado, y en el caso del error o del dolo, desde el día de la celebración del acto o contrato.

¹⁴² La regla es similar a la que establecía la antigua ley. Al igual que la ley antigua, la nueva se refiere al fallecimiento del “cónyuge enfermo”. Admitiendo que se trata del caso más frecuente de matrimonio en artículo de muerte, cabe preguntarse si aquél de los contrayentes que ha sido condenado a muerte (por ejemplo, por juzgado militar en tiempo de guerra, por cobardía ante el enemigo) queda o no comprendido en esta hipótesis. Creemos que sí.

¹⁴³ La regla es similar a la contemplada en la antigua ley.

¹⁴⁴ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., pp. 52 y 53.

¹⁴⁵ En este caso, se innovó la situación prevista en la Ley 1884, pues en ésta, la acción fundada en esta causal era imprescriptible.

- ii) Tratándose de la nulidad fundada en la causal establecida en el N° 2 del art. 5 (acuerdo de unión civil vigente).
- iii) Tratándose de la nulidad fundada en la causal establecida en el N° 4 del art. 5º (esto es, los que se hallaren privados del uso de razón; y los que por un trastorno o anomalía psíquica, fehacientemente diagnosticada, sean incapaces de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio);
- iv) Tratándose de la nulidad fundada en la causal establecida en el N° 5 del art. 5º (o sea, los que carecieren de suficiente juicio o discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio);
- v) Tratándose de la nulidad fundada en la causal establecida en el N° 6 del art. 5º (vale decir, los que no pudieren expresar claramente su voluntad por cualquier medio, ya sea en forma oral, escrita o por medio de lenguaje de señas);
- vi) Tratándose de la nulidad fundada en la causal establecida en el art. 6º (infracción al impedimento dirimente relativo de parentesco);
- vii) Tratándose de la nulidad fundada en la causal establecida en el art. 7º (infracción al impedimento dirimente relativo de relación criminal).

Se ha criticado que no se haya acotado el plazo dentro del cual puede demandarse la nulidad del matrimonio, cuando las causales invocadas son las contempladas en los números 4 y 5 del art. 5. Nos parece razonable esta crítica, pues después de transcurridos varios años, no parece plausible esgrimir alguna de las aludidas causales.

d) Situación relativa a la existencia de un matrimonio anterior no disuelto.

El art. 49 de la Ley de Matrimonio Civil dispone que en el caso de haberse deducido la acción de nulidad fundada en la existencia de un matrimonio anterior, deberá resolverse primero si el matrimonio precedente es válido o es nulo, si se adujere su nulidad.

La regla es lógica, porque si el primer matrimonio es nulo, no habría bigamia, siendo el segundo matrimonio válido.

4.- De los efectos de la nulidad de matrimonio.

a) Momento a partir del cual la nulidad del matrimonio produce sus efectos.

Distinguimos, según se trate de los efectos de la nulidad entre las partes (es decir, ex presuntos cónyuges) y respecto de terceros:

- Efectos de la nulidad entre los ex presuntos cónyuges¹⁴⁶: la nulidad produce sus efectos desde la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia que la declara, retrotrayéndose las

¹⁴⁶ Se alude a los “presuntos cónyuges”, puesto que si se declaró la nulidad, entonces nunca hubo matrimonio, y por ende, tampoco “cónyuges”.

partes al estado en que se encontraban al momento de contraer el vínculo matrimonial (art. 50, inc. 1º de la Ley de Matrimonio Civil)¹⁴⁷. Se trata del efecto natural de toda nulidad judicialmente declarada, previsto en el art. 1687, inc. 1º, del Código Civil, que establece: “La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”. La nulidad, entonces, extingue o suprime todos los efectos que había producido el pseudo matrimonio, como si éste nunca hubiere existido. Quien obtiene la nulidad de su matrimonio, nunca estuvo por tanto casado. Esta es una diferencia esencial, según veremos, con el divorcio, pues en éste, termina el matrimonio, reconociendo la ley que existió el contrato.

- Efectos de la nulidad respecto de terceros: la sentencia ejecutoriada en que se declare la nulidad del matrimonio, deberá subinscribirse al margen de la respectiva inscripción matrimonial y no será oponible a terceros sino desde que esta subinscripción se verifique (art. 50º, inc. 2º de la Ley de Matrimonio Civil). A diferencia de la Ley de 1884, la Ley N° 19.947 señala derechamente que de no mediar la subinscripción de la sentencia de nulidad, ésta no producirá efectos frente a terceros. Esta disposición, debemos relacionarla con el inc. 1º del art. 8º de la Ley de Registro Civil, que dispone: “Las sentencias judiciales y los instrumentos que, en conformidad a esta ley, deben ser inscritos o subinscritos en los registros, no podrán hacerse valer en juicio sin que haya precedido la inscripción o subinscripción que corresponda”.

b) El matrimonio putativo.

b.1) Concepto.

Existe una importante excepción a los efectos de la sentencia de nulidad del matrimonio, que, según lo expresamos, suprime todos los efectos del matrimonio anulado. Tal excepción, está constituida por la figura denominada por la doctrina “matrimonio putativo”, que consagraba el Código Civil en el inc. 1º del art. 122.¹⁴⁸ Si bien este precepto fue derogado por la Ley N° 19.947, se incorporó en la misma ley, en su art. 51º¹⁴⁹. Dispone el art. en su inc. 1º: “El matrimonio nulo que ha sido celebrado o ratificado ante el Oficial del Registro Civil produce los mismos efectos civiles que el válido respecto

¹⁴⁷ La ley es ahora explícita en cuanto al efecto natural de toda nulidad judicialmente pronunciada, lo que no ocurría en la ley de 1884, aunque la doctrina señalaba que, no obstante el silencio de la ley en esta materia, debía también entenderse que aplicando los principios generales de la legislación, era posible concluir que declarada la nulidad del matrimonio, los ex presuntos cónyuges quedaban en la misma situación que si dicho matrimonio no hubiera existido.

¹⁴⁸ Disponía el inc. 1º del art. 122 del Código Civil, hoy derogado: “El matrimonio nulo, si ha sido celebrado ante oficial del Registro Civil, produce los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que, de buena fe, y con justa causa de error, lo contrajo; pero dejará de producir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges”.

¹⁴⁹ Consta del Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que los Senadores Bombal, Chadwick, Coloma y Larraín, plantearon mantener el artículo 122 del Código Civil, indicación que fue rechazada por la Comisión, “en resguardo de la sistematización de la nulidad del matrimonio y sus efectos”: p. 59.

del cónyuge que, de buena fe y con justa causa de error, lo contrajo, pero dejará de producir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges”.

Se trata de un matrimonio que tenía la apariencia de válido, al menos para uno de los ex presuntos cónyuges. Por ello, a pesar de que se declare su nulidad, no se entienden extinguidos los efectos que hubiera producido, reconociéndolos la ley, como si el matrimonio hubiere sido válidamente contraído.

Se desprende de lo expuesto que hay dos clases de matrimonios nulos: el matrimonio simplemente nulo y el matrimonio nulo putativo. El primero es aquél al que falta uno o más de los requisitos exigidos en el art. 51. Dicho matrimonio, una vez declarado nulo, retrotrae a los contrayentes al estado anterior al de su celebración, suprimiéndose todos los efectos que generó. Opera entonces a cabalidad lo previsto en el inc. 1° del art. 50 de la Ley. El segundo es aquél que reúne todos los requisitos del art. 51.¹⁵⁰ Este matrimonio, a pesar de declararse nulo, se entiende que produjo iguales efectos que un matrimonio válidamente celebrado.

La palabra “putativo” significa aparente, “reputado”, “tenido por”, y deriva del latín “putativus” y “putare”, que denotan el haber pensado o creído algo que no correspondía a la realidad. Se creía que el matrimonio era válido, pero en realidad era nulo.¹⁵¹

El matrimonio putativo constituye una de las manifestaciones del llamado “error común”, *error communis facit jus*, el error común constituye o hace derecho.

La institución no existió en el Derecho romano, pero sí en el antiguo Derecho griego. El Derecho Canónico lo incluyó entre sus principios, por un decreto del Pontífice Alejandro III (nacido en 1.100 o 1.105 y fallecido en 1181). La legislación española también lo consagró en las Siete Partidas. Con la codificación, el Código Napoleón lo recogió en su art. 201.¹⁵²

b.2) Importancia.

La putatividad del matrimonio tuvo como primer fundamento histórico el proteger la “legitimidad” de los hijos nacidos en el matrimonio después declarado nulo. La cuestión tenía capital relevancia en nuestro Derecho hasta el año 1999, cuando entra en vigencia la reforma al Código Civil hecha por la Ley N° 19.585. En efecto, antes del aludido año, los hijos “naturales” (condición en la que habrían quedado los hijos de no mediar la institución del matrimonio putativo y del calificado) llevaban la mitad de la porción que le

¹⁵⁰ Hasta el año 2004, existía una tercera clase de matrimonio nulo, que la doctrina denominaba “calificado”, y que se encontraba consagrado en el inc. 2° del art. 122 del Código Civil. Rezaba dicha norma: “Con todo, la nulidad declarada por incompetencia del funcionario, por no haberse celebrado el matrimonio ante el número de testigos requerido por la ley o por inhabilidad de éstos, no afectará la legitimidad de los hijos concebidos durante el matrimonio, aunque no haya habido buena fe ni justa causa de error”. Como se desprende del tenor de la norma, los hijos conservaban su filiación “legítima” (matrimonial), aunque no se reunieran los requisitos del matrimonio putativo. Era pues el único efecto que generaba el matrimonio declarado nulo. Pero este efecto sólo podía reconocerse, si la causal de nulidad fuere incompetencia del Oficial o falta o inhabilidad de uno o de ambos testigos.

¹⁵¹ Recordemos que el Código Civil también emplea la expresión “putativo” en los arts. 704 N° 4 en relación al 1269, a propósito del heredero putativo, y en el art. 1790, en relación al cónyuge putativo.

¹⁵² Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho de Familia. Apuntes de clases del profesor Don Manuel Somarriva*, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1936, p. 98.

correspondía a un hijo “legítimo” en la sucesión de su padre o madre, y en su conjunto, concurriendo con hijos legítimos, no podían llevar más de una cuarta parte de la herencia o de la mitad legitimaria en su caso. Tras la reforma, todos los hijos de filiación determinada, heredan en condiciones igualitarias.

Pero el matrimonio putativo también puede tener gran importancia para ambos presuntos cónyuges o sólo para uno de los presuntos cónyuges. Al respecto, debíamos distinguir según si los efectos del matrimonio nulo fueron “comunes” o sólo “individuales”. Veamos un ejemplo de cada caso:

- Así, por ejemplo, si habiendo sociedad conyugal y durante el matrimonio después declarado nulo se había adquirido a título oneroso un inmueble por cualquiera de los cónyuges, y después fue enajenado por el marido (que estaba de mala fe al contraer matrimonio, por ejemplo, porque era bígamo) sin la autorización de la mujer (que estaba de buena fe al contraer matrimonio, pues ella ignoraba que su presunto cónyuge tenía un vínculo matrimonial no disuelto), dicha compraventa adolecerá de nulidad relativa, pues el matrimonio fue putativo para la mujer; en cambio, si no lo fuere para ninguno de los ex presuntos cónyuges (porque ambos se casaron de mala fe), estaremos ante una venta válida (si el presunto marido compró o si ambos compraron), es decir, ante una venta de cosa que de haber comprado sólo el “marido”, no sería atacable por la mujer, pues sólo a él pertenecía el bien raíz; o, en el mejor de los casos, ante una venta de cosa parcialmente ajena, o sea, ante una hipótesis de inoponibilidad, no de nulidad, si ambos hubieren comprado. En el caso descrito, a pesar de que uno solo de los cónyuges se casó de buena fe y con justa causa de error, el efecto que se reconoce haber existido –sociedad conyugal–, es común para los ex presuntos cónyuges. Ello, porque obviamente si entendemos que se originó sociedad conyugal, ésta existió para ambos presuntos cónyuges, incluso para aquél que se casó de mala fe o sin justa causa de error. Lo anterior, sin perjuicio del derecho de opción consagrado en el art. 51 de la Ley, al que aludiremos más adelante.

- Distinto es el caso de las pensiones alimenticias que se hubieren decretado a favor de uno de los presuntos cónyuges. En efecto, si a la disolución del matrimonio, uno de los presuntos cónyuges debía pensiones alimenticias al otro, debíamos distinguir, para determinar la suerte final del crédito, si el titular del mismo era aquél de los presuntos cónyuges que se casó de buena fe y con justa causa de error, o si por el contrario, era el presunto cónyuge que se casó de mala fe o sin justa causa de error. En el primer caso, el deudor deberá pagar lo adeudado, pues el matrimonio fue putativo para el acreedor. En el segundo caso, nada se debe en realidad, pues el matrimonio no fue putativo para el acreedor. Aún más, en este caso, el “deudor” tendría derecho a repetir lo pagado, pues en definitiva la obligación carecía de *causa debendi* (vínculo matrimonial).

b.3) Requisitos.

Para que nos encontremos ante esta figura, deben cumplirse los siguientes requisitos, que se desprenden del mismo art. 51º:

1º Que se declare la nulidad del matrimonio.

Mientras una sentencia ejecutoriada no declare nulo un matrimonio, éste continuará generando todos los efectos de un contrato válidamente celebrado, conforme a los principios generales.

Aún más, podría ocurrir que la acción de nulidad estuviere prescrita, según vimos que ocurre en algunos casos.

Pero de cualquier manera, sólo un matrimonio existente puede ser válido o nulo. Es decir, si se trata de un pseudo matrimonio, porque se omitió alguno de los requisitos de existencia, no corresponde ni es necesario declarar su nulidad. Simplemente, no hay matrimonio.

2° Que el matrimonio se hubiere celebrado ante Oficial del Registro Civil o ante un ministro de culto perteneciente a una entidad religiosa con personalidad jurídica de derecho público, y ratificado en el plazo legal ante el Oficial del Registro Civil.

Caben al respecto las mismas consideraciones señaladas respecto del primer requisito: el “matrimonio” que no se haya celebrado ante un Oficial Civil o ministro de culto perteneciente a una entidad religiosa con personalidad jurídica de derecho público (y en este caso ratificado ante un Oficial del Registro Civil), no es tal, no existe para el Derecho.

3° Que al menos uno de los presuntos cónyuges lo haya celebrado de buena fe.

Es decir, con la convicción de que era válido. Ramos Pazos señala al respecto que si bien la ley “... no define lo que se entiende por buena fe. Para nosotros, es la conciencia que tiene el contrayente de estar celebrando un matrimonio sin vicios”.¹⁵³

Por ejemplo, como se señaló, no estará de buena fe, aquél de los presuntos cónyuges que tenía un vínculo matrimonial no disuelto, pero sí lo estará el otro, en la medida en que haya ignorado tal circunstancia.

El art. 51 advierte al efecto que el matrimonio nulo dejará de producir los mismos efectos que el válido “desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges”.

Lo anterior implica que tales efectos civiles no se extienden necesariamente hasta el momento en que se declare la nulidad del matrimonio, sino que podrían expirar antes, si aquél de los cónyuges que casó de buena fe, con posterioridad tomó conocimiento del vicio de nulidad. Dicho de otra forma: no basta con la buena fe inicial (como ocurre en materia posesoria para calificar al poseedor como “regular”, art. 706), sino que debe mantenerse durante el matrimonio. Como señala Somarriva, “la buena fe no sólo debe existir al momento de celebrar el acto, sino debe subsistir durante todo el matrimonio, en lo cual se diferencia nuestra legislación del Derecho francés, en el que basta que la buena fe exista al momento de celebrarse el matrimonio, que al momento de contraer el vínculo se crea que se celebra un matrimonio legal”. Agregaba el mismo autor: “Esta buena fe del matrimonio putativo podemos compararla con la que se exige para la percepción de frutos, que debe existir al momento de percibir los frutos. Cuando el poseedor es vencido, pierde la buena fe y no puede percibir los frutos; lo mismo ocurre con el matrimonio putativo, perdida la buena fe, cesan sus efectos”.¹⁵⁴

A su vez, y como señala correctamente Ramos Pazos, si sólo uno de los contrayentes celebró el matrimonio de buena fe, “sólo para él el matrimonio es putativo”. El punto tiene relevancia, según si estamos ante efectos del matrimonio que son comunes o individuales, punto al que ya nos referimos.

¹⁵³ Ramos Pazos, René, ob. cit., tomo I, p. 94, N° 113.

¹⁵⁴ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 101.

4° Que al menos uno de los presuntos cónyuges lo haya celebrado con justa causa de error.

En verdad, parece redundante que la Ley agregue este cuarto requisito, pues resulta suficiente la buena fe. Probablemente el legislador tuvo en mente el art. 706 del Código Civil, que tras definir la buena fe en materia posesoria, agrega que “Un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe”. Pero en realidad el “justo error” es un aspecto de la buena fe, y no un requisito distinto. Así por lo demás se admite por la doctrina: “En definitiva, esta exigencia tiende a confundirse con el requisito de la buena fe”.¹⁵⁵

De cualquier forma, se exige “una justa causa de error”, entendiéndose por tal un error plausible, excusable, un error en el que razonablemente incurriría una persona actuando con mediana diligencia.

Surge aquí la duda, acerca de si el error puede ser tanto de hecho como de derecho, o sólo de hecho. La discusión se plantea, porque en el art. 51 de la Ley, nada se dice al efecto, a diferencia de lo que ocurre en el art. 706 del Código Civil, donde se zanja la cuestión, excluyendo el error de derecho (presumiéndose mala fe, sin que se admita prueba en contrario). Ramos Pazos se inclina por la misma solución en el matrimonio putativo: “Un error de hecho puede ser excusable. Pero es dudoso que pueda serlo un error de derecho, desde que la ley se presume conocida (art. 8° del Código Civil). Por lo demás, si antes se aceptaba que respecto de esta institución regía la presunción de buena fe establecida en la posesión,¹⁵⁶ un mínimo de consecuencia obligaba a aplicar también el artículo 706, ubicado en la misma materia, según el cual ‘el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario’”.¹⁵⁷

El mismo Ramos Pazos plantea el siguiente ejemplo, mismo que Somarriva formuló con antelación en su obra citada: si los contrayentes eran hermanos, pero ninguno lo sabía, han padecido un error de hecho, que sería “justo” y por tanto que admite putatividad. En cambio, si la misma pareja se casa a sabiendas de que eran hermanos, pero ignorando que la ley prohíbe tal matrimonio, han sufrido un error de derecho, que, según algunos, sería incompatible con la existencia de un matrimonio putativo.¹⁵⁸

Otra era al respecto la opinión de Manuel Somarriva. Admitiendo que el punto es discutible, considerando lo dispuesto en la posesión, agrega: “Sin embargo, se acepta comúnmente que aun el error de derecho puede traer consigo, como consecuencia, un matrimonio putativo, más que todo con el fin de darle mayor campo de aplicación a esta institución”. Luego, después de aludir a varios casos en el Código Civil en los que se admite error de derecho (arts. 1683, 2297 y 1470), concluye: “Si el legislador acepta en estos

¹⁵⁵ Ramos Pazos, René, ob. cit., tomo I, p. 95, N° 114.

¹⁵⁶ Antes de la Ley N° 19.947, nada decía el art. 122 del Código Civil –que contemplaba, entre otras, la hipótesis del matrimonio putativo- acerca de si el matrimonio declarado nulo debía en principio entenderse o no putativo, es decir, si se presumía o no la buena fe de los contratantes. Hoy, la cuestión quedó zanjada por el art. 52 de la Ley N° 19.947, pues se presume la buena fe y por ende la putatividad. Quienes sostenían, antes de la reforma legal, que debía presumirse la buena fe, invocaban para ello el tenor del art. 707 del Código Civil (presunción de buena fe a favor del poseedor), que aun cuando se ubica en materia posesoria, tendría a juicio de la mayoría de nuestra doctrina un alcance general.

¹⁵⁷ Ramos Pazos, René, ob. cit., tomo I, p. 95, N° 114.

¹⁵⁸ Ramos Pazos, René, ob. cit., tomo I, p. 95, N° 114.

casos el error de derecho, se dice también que lo puede aceptar en el caso del artículo 122,¹⁵⁹ porque la equidad así lo aconseja. Vemos, pues, que el asunto es muy discutible”.¹⁶⁰

b.4) Derecho de opción.

El inc. 2º del art. 51º agrega que si sólo uno de los presuntos cónyuges hubiere contraído el matrimonio de buena fe, tiene un derecho opcional:

- Podrá optar entre reclamar la disolución y liquidación del régimen de bienes que hubiere tenido hasta ese momento (o sea, la sociedad conyugal o el de participación en los gananciales); en este caso, podrá ejercerse el derecho conferido en el art. 227 del Código Orgánico de Tribunales; pero en esta hipótesis, entendemos que la liquidación del régimen podrá solicitarse al juez, por uno solo de los cónyuges, el que contrajo matrimonio de buena fe;
- Podrá someterse a las reglas generales de la comunidad: vale decir, a lo dispuesto en los artículos 2304 a 2313 del Código Civil, que regulan el cuasicontrato de comunidad.

¿Qué origen tiene este derecho de opción? Ocurre que en la antigua legislación (art. 122 del Código Civil), nada se decía en el caso de que uno sólo de los presuntos cónyuges hubiere cumplido con el requisito de la buena fe, en un matrimonio en el cual, supuestamente, existió sociedad conyugal. La doctrina francesa, planteaba al efecto un derecho de opción para ese cónyuge: optar por la sociedad conyugal o por una comunidad o sociedad *de hecho*.¹⁶¹ Escribe Somarriva al respecto: “Josserand, ante el silencio de la ley, cree que el cónyuge que se encuentra de buena fe tendría derecho a elegir a su arbitrio la liquidación de los bienes, *como si se tratara de una sociedad de hecha o de una sociedad conyugal*; él vería lo que más le conviene. Nosotros no divisamos inconveniente dentro de nuestra legislación para aceptar esta opinión”.¹⁶²

Si se trata de la mujer, lo más probable es que opte por invocar la existencia de la sociedad conyugal, considerando los derechos que le confiere el art. 1773 del Código Civil y también para quedar amparada por el beneficio de emolumento consagrado en el art. 1777.

b.5) Retención de donaciones.

El presunto cónyuge que hubiere celebrado el matrimonio de buena fe, tendrá también derecho a retener las donaciones que el otro presunto cónyuge le hubiere hecho por causa de matrimonio. A contrario sensu, el que lo contrajo de mala fe, deberá restituirlas.

Dispone el inc. 3º del art. 51: “Las donaciones o promesas que por causa de matrimonio se hayan hecho por el otro cónyuge al que casó de buena fe, subsistirán no obstante la declaración de nulidad del matrimonio”.

b.6) Presunción acerca de ser putativo el matrimonio que se declara nulo.

¹⁵⁹ Hoy, art. 51 de la Ley de Matrimonio Civil.

¹⁶⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 103 y 104.

¹⁶¹ Según se estudiará, nuestros tribunales, en algunos casos, también han admitido la existencia de una comunidad o sociedad de hecho, originada en un concubinato.

¹⁶² Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 106.

Cabe indicar que el art. 52º de la Ley de Matrimonio Civil establece que se presume que los cónyuges han contraído matrimonio de buena fe y con justa causa de error, salvo que en el juicio de nulidad se probare lo contrario y así se declare en la sentencia.

Dicho en otros términos: en principio, el matrimonio se entenderá putativo para ambos cónyuges, aunque la mala fe de uno, o de ambos, podría quedar establecida en la sentencia de nulidad.

La solución del art. 52º guarda coherencia, por lo demás, con el principio general del Código Civil, en orden a presumir la buena fe de los contratantes, y que se consagra en el art. 707 del citado Código, y en probar, por el contrario, la mala fe de un contratante.

b.7 Situación de los hijos habidos durante el matrimonio declarado nulo.

El último inciso del art. 51º de la Ley de Matrimonio Civil, establece que la nulidad no afectará la filiación ya determinada de los hijos, aunque no haya habido buena fe ni justa causa de error por parte de ninguno de los cónyuges. Por ende, los hijos conservan su filiación matrimonial, a pesar que el matrimonio, jurídicamente, se entienda no haber existido jamás. Estamos ante lo que se ha denominado “matrimonio nulo calificado”, esto es, el matrimonio que sin cumplir con los requisitos del putativo, produce sin embargo un efecto: confiere filiación matrimonial a los hijos.

Debemos destacar que la protección a los hijos, en cuanto a conferirles filiación matrimonial, con todas las consecuencias que de ello se derivan, es ahora más amplia, que lo que acontecía bajo el imperio del antiguo art. 122 del Código Civil. En efecto, se desprendía de dicho precepto, que los hijos tendrían filiación matrimonial en los siguientes casos:

- Tratándose del matrimonio válido;
- Tratándose del matrimonio nulo putativo;
- Tratándose del matrimonio nulo que no reunía los requisitos del putativo en ninguno de los ex presuntos cónyuges, cuando la causal de nulidad consistía en la incompetencia del funcionario (Oficial del Registro Civil), o por no haberse celebrado el matrimonio ante el número de testigos requeridos por la ley o por haberse celebrado el matrimonio ante testigos inhábiles.

Ahora, dado que el art. 51, último inciso, no hace distingo alguno, debemos concluir que los hijos nacidos de cualquier matrimonio declarado nulo, sea simplemente nulo, y con mayor razón si fuere putativo, tendrán filiación matrimonial.

A los hijos, por ende, les será inoponible la sentencia de nulidad del matrimonio.

VI.- DEL DIVORCIO.

1.- Concepto de divorcio.

La Ley de Matrimonio Civil no define al divorcio, limitándose el art. 53º a establecer que el divorcio pone término al matrimonio, pero agregando que no afectará en modo alguno la filiación ya determinada ni los derechos y obligaciones que emanan de ella.

La instauración en nuestra legislación de un divorcio vincular (o sea, con disolución del vínculo matrimonial) es la más importante de las novedades de la Ley N° 19.947, y supuso un arduo debate en la comunidad nacional, entre anti-divorcistas y pro-divorcistas. Finalmente, se impuso la tesis de los últimos, aceptando como causal de término del matrimonio, el divorcio, bajo las condiciones que estudiaremos en los párrafos siguientes.

En el marco de la Ley de 1884, definía la doctrina el divorcio allí regulado, que no producía la disolución del vínculo matrimonial, como “la separación legítima de un hombre y una mujer que se encuentran unidos por vínculo matrimonial”.¹⁶³

Como es obvio, tal definición no sirve para aludir al divorcio que disuelve el vínculo matrimonial.

Un Diccionario contemporáneo, define la voz “divorcio”, como “Disolución legal de un matrimonio válido cuando se reúnen las condiciones necesarias que establece la ley.”¹⁶⁴

Considerando la regulación establecida en la Ley N° 19.947 y el sentido natural y obvio de la palabra, podemos definir al divorcio como la causal de término del matrimonio válidamente celebrado, por un hecho acaecido con posterioridad a su celebración, que declara el juez, a petición de uno o de ambos cónyuges, cumpliendo previamente los requisitos que lo autorizan y en ciertos casos, transcurrido que sea el plazo previsto en la ley.

2.- Causales de divorcio¹⁶⁵.

¹⁶³ Rossel, Enrique, ob. cit., p. 61.

¹⁶⁴ Larousse, Diccionario Enciclopédico 2003, Colombia, Colombiana S.A., p. 357.

¹⁶⁵ Como indica el profesor Carlos Peña González, nuestro legislador ha optado por dos tipos básicos de divorcio, ambos basados en la ley francesa del año 1975: el primero, el denominado divorcio por falta o por culpa, consagrado en el artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil; el segundo, el divorcio por ruptura irremediable de la vida en común o cese efectivo de la convivencia, consagrado en el artículo 55 de la Ley de Matrimonio Civil. En el primero, se admite la posibilidad que el divorcio sea reclamado por uno solo de los cónyuges, lo que por cierto no significa que nuestra ley haya consagrado, como erróneamente algunos han afirmado, el divorcio unilateral o repudio, pues resulta imperativo probar la falta en que incurrió el cónyuge demandado. En el segundo caso, pueden darse dos situaciones: la primera situación, permite que uno solo de los cónyuges demande el divorcio, lo que tampoco significa que se haya admitido el divorcio unilateral o repudio, pues resulta imprescindible probar el cese efectivo de la convivencia por al menos tres años. La segunda situación, permite que los cónyuges puedan solicitar la declaración de divorcio conjuntamente, no siendo tampoco efectivo que se haya admitido el divorcio de común acuerdo, pues en esta segunda situación, debe acreditarse el cese efectivo de la convivencia por al menos un año. El divorcio por mutuo consentimiento, en cambio, que se recoge en la ley francesa, supone que el juez está obligado a decretarlo cuando se lo piden los cónyuges, lo que no acontece en nuestra ley, si éstos no pueden probar el cese de la convivencia por el plazo mínimo exigido por la ley: exposición en Seminario de Colegio de Abogados, 1 de junio de 2004. En todo caso, hay que considerar que el divorcio unilateral es de antigua data. Así, en el Deuteronomio, 24, 1, se lee: “Si un hombre toma una mujer y se casa con ella, puede ser que le encuentre algún defecto y ya no la quiera. En ese caso, escribirá un certificado de divorcio que le entregará antes de despedirla de su casa.” Se advierte enseguida, que habiendo salido la mujer de la casa de quien la repudió, podrá ser la mujer de otro, pero si éste a su vez también la repudia o muere, el primero que la repudió no podrá volver a tomarla como su mujer.

Según estudiaremos a continuación, cabe distinguir las siguientes hipótesis de divorcio:

- Divorcio por falta o por culpa en la que incurre uno de los cónyuges; es el llamado “divorcio sanción”.
- Divorcio por cese efectivo de la convivencia, que comprende a su vez dos casos:
 - i) Divorcio decretado a consecuencia de la demanda unilateral interpuesta por uno solo de los cónyuges, por cese efectivo de la convivencia por al menos tres años;
 - ii) Divorcio decretado a consecuencia de la demanda o solicitud conjunta de los cónyuges, por cese efectivo de la convivencia por al menos un año.

Es el llamado “divorcio remedio”.

a) Causal que autoriza demandar el divorcio, por uno de los cónyuges, por culpa o falta del otro cónyuge.

Se desprende del art. 54 de la Ley de Matrimonio Civil, que el divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- Que la demanda tenga por fundamento una falta imputable al otro cónyuge¹⁶⁶;
- Que dicha falta constituya:
 - i) Una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio a los cónyuges; o
 - ii) Una violación grave de los deberes y obligaciones para con los hijos;
- Que la falta, de la gravedad señalada¹⁶⁷, torne intolerable la vida en común.

Se ha planteado si puede estimarse “imputable” la falta en que incurra un cónyuge interdicto por disipación. En efecto, “Podría discutirse si, en ciertos casos, una eventual ‘falta’ de un cónyuge declarado en interdicción por disipación no podría imputársele, como si ella consistiera en no cumplir con su deber de socorro material debido, precisamente, a su prodigalidad.”¹⁶⁸

¹⁶⁶ El profesor Carlos Peña González plantea la hipótesis de culpabilidad de ambos cónyuges, tanto del demandante como del demandado, concluyendo que en tal caso, debe concederse el divorcio, sin que opere la compensación de culpas como fundamento plausible para rechazar la demanda de divorcio: exposición en Seminario del Colegio de Abogados, 1 de junio de 2004. Dicho en otros términos, no operaría aquí, haciendo un símil con los contratos patrimoniales bilaterales, el principio consagrado en el artículo 1552 del Código Civil, acerca de que la mora de uno de los contratantes purga la mora en que ha incurrido el otro contratante, o excepción de contrato no cumplido. La misma opinión sustenta el profesor Carlos López Díaz: *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*, Editorial Librotecnia, Santiago, 2005, Tomo I, p. 269.

¹⁶⁷ El profesor Carlos López Díaz destaca que el juez debe apreciar la gravedad de la falta en forma objetiva, afirmando que “...la gravedad de la falta no debe analizarse a la luz de las condiciones sociales, culturales y económicas de los cónyuges, pues ello implica relativizar las causales e introducir diferencias y discriminaciones odiosas. Si así fuera, la violencia ejercida en contra de la mujer de extracción modesta sería considerada como aceptable, ya que el entorno social en que vive lo ve como tolerable e incluso normal, con lo que no podría solicitarse el divorcio. Dicho planteamiento debe rechazarse.”: ob. cit., p. 270.

¹⁶⁸ Barrientos Grandón Javier, Novales Alquézar, Aranzazú, ob. cit., p. 364. El profesor Carlos López Díaz estima “que en tal caso el cónyuge declarado en interdicción por disipación es plenamente imputable, pues la interdicción tiene alcances patrimoniales, y aquí se atiende a una relación personal como es la derivada del matrimonio y de la filiación.”: López Díaz, Carlos, ob. cit., p. 268.

Se trata entonces de una causal genérica, que debe ser ponderada por el juez que conozca del juicio respectivo.

Cabe destacar que esta causal es la misma que puede invocarse tratándose de la separación judicial, de acuerdo a lo previsto en el art. 26 de la Ley de Matrimonio Civil.

Nótese que en este caso, no hay exigencia de la ley en cuanto a que haya transcurrido algún plazo de cese efectivo de la convivencia o desde la celebración del matrimonio, salvo en el caso del abandono del hogar común.

Por otra parte, es relevante señalar que conforme al art. 40 de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, en el procedimiento de familia no existirán testigos inhábiles. Sin perjuicio de ello, las partes podrán dirigir al testigo preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, la existencia de vínculos con alguna de las partes que afectaren o pudieren afectar su imparcialidad, o algún otro defecto de idoneidad. Agrega el precepto que todo testigo dará razón circunstanciada de los hechos sobre los cuales declarare, expresando si los hubiere presenciado, si los dedujere de antecedentes que le fueren conocidos o si los hubiere oído referir a otras personas. Por su parte, el art. 41 del mismo cuerpo legal admite la posibilidad de que sean testigos en causas de familia niños, niñas o adolescentes. En tal caso, dichos menores sólo serán interrogados por el juez, debiendo las partes dirigir las preguntas por su intermedio. Excepcionalmente, el juez podrá autorizar el interrogatorio directo del niño, niña o adolescente, cuando por su grado de madurez se estime que ello no afectará su persona. Se explican estas normas, que constituyen excepciones a las inhabilidades contempladas en los artículos 357 y 358 del Código de Procedimiento Civil,¹⁶⁹ porque los hechos en que se funda una demanda de divorcio culpable suelen ocurrir en la esfera de la intimidad familiar, y por ende, usualmente sólo estarán en condiciones de conocerlos el cónyuge y los parientes más cercanos, inclusive los menores de edad. En todo caso, el art. 38 de la Ley N° 19.968 consigna que no se tomará juramento o promesa a los testigos menores de 18 años, de lo que se dejará constancia en el registro.

Agrega el art. 54 que se incurre en la causal, entre otros casos (frase que demuestra que no se trata de casos taxativos, sino meramente ejemplares)¹⁷⁰, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos:

¹⁶⁹ Conforme al número 1 del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, no son hábiles de declarar como testigos los menores de catorce años, sin perjuicio que puedan aceptarse sus declaraciones sin previo juramento y estimarse como base para una presunción judicial, cuando tengan discernimiento suficiente. De acuerdo a los números 1 y 2 del artículo 358 del mismo Código, son también inhábiles para declarar: 1º El cónyuge y los parientes legítimos (sic) hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de la parte que los presenta como testigos; y 2º. Los ascendientes, descendientes y hermanos ilegítimos (sic), cuando haya reconocimiento del parentesco que produzca efectos civiles respecto de la parte que solicite su declaración.

¹⁷⁰ Hay en este punto una diferencia con la Ley de 1884, pues el encabezado del art. 21, que establecía las causales de divorcio, señalaba: “El divorcio procederá solamente por las siguientes causas”, lo que indicaba que se trataba de casos taxativos. El carácter no taxativo del art. 54, con todo, no disminuye la importancia de los casos señalados por el legislador, respecto de los cuales, como destaca Jorge del Picó Rubio, se presume que una vez probada su ocurrencia, queda también determinado el supuesto de violación grave de los deberes y obligaciones, según la exigencia de la ley. En todos los otros casos que pudieran ser alegados, deberá establecerse esta conexión entre el hecho que fundamenta la falta y el carácter de constituir una

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

El N° 2 del art. 21 de la Ley de 1884, establecía la causal en los siguientes términos: “Malos tratamientos graves y repetidos, de obra o de palabra”.

Como puede observarse, ahora la ley no exige la repetición de los atentados. Podría bastar con uno solo, que tenga la gravedad suficiente.

El profesor Carlos López Díaz afirma que “La ley señala dos conductas diversas:

1. El atentado contra la vida, o bien,
2. Los malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos.

Respecto del primero basta que sea uno, pero respecto del segundo la ley exige reiteración.”¹⁷¹

Al parecer, el profesor López llega a esta conclusión, interpretando las expresiones “atentado”, como uno solo y “malos tratamientos” como dos o más. No compartimos esta conclusión. Creemos que en cualquiera de las dos hipótesis, basta con un episodio.

A igual conclusión llegan los autores Barrientos y Novales: “...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.”¹⁷². Lo mismo opina el profesor Eduardo Court Murasso.¹⁷³

Sin duda que se facilitará la prueba para quien demande el divorcio por esta causal, si hay antecedentes judiciales relativos a violencia intrafamiliar. Expresa al efecto una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 7 de octubre de 2008: “En la especie, la demanda la funda la actora en el artículo mencionado (artículo 54) en su número 1º, esto es, malos tratamientos graves contra la integridad física y psíquica del marido hacia su cónyuge, traducidos en agresiones físicas y psíquicas desde el inicio del matrimonio en 1997, con malos tratos de palabra, zamarreo incluso en público, no atreviéndose a denunciarlo por temor, hasta que se decidió a hacerlo en causa Rit (...), en este mismo tribunal, por violencia intrafamiliar otorgándose la medida cautelar de abandono del hogar común del denunciado y, posteriormente, en causa Rit (...) en el Juzgado de Garantía de Chiguayante por maltrato habitual, en la cual, en audiencia de formalización de febrero de 2007, se accedió a la suspensión condicional del procedimiento por un año, para que su marido se someta a tratamiento psicológico. Dichas causas se tuvieron a la vista como prueba documental. 2º.- Que las declaraciones de los testigos (...) y (...), padres de la actora, se aprecian plausibles y veraces al manifestar que les consta la violencia ejercida desde siempre por el demandado, así como los moretones de la actora y los malos tratos verbales y conducta degradante contra ella, declaraciones que concuerdan con lo resuelto en las causas antes mencionadas, con lo

violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio o de los deberes y obligaciones para con los hijos: Del Picó Rubio, Jorge, ob. cit., p. 420.

¹⁷¹ López Díaz, Carlos, ob. cit., p. 271.

¹⁷² Barrientos Grandón Javier, Novales Alquézar, Aranzazú, ob. cit., pp. 368 y 369.

¹⁷³ Court Murasso, Eduardo, *Nueva Ley de Matrimonio Civil. Ley 19.947 de 2004 analizada y comentada*, Editorial Legis, Bogotá, 2004, p. 84.

expuesto por la demandante en su demanda y aún con lo dicho por el propio demandado al contestar la demanda de divorcio en la audiencia preparatoria, como consta en el considerando tercero del fallo en estudio, en que acepta la culpa y reconoce los hechos en que se funda. 3º.- Que, en consecuencia, la causal de divorcio invocada por la parte actora en esta causa se encuentra suficientemente acreditada con los antecedentes relacionados, atendida la seriedad y concordancia existente entre ellos, cumpliéndose los requisitos que exige el artículo 54 inciso 1º, número 1 de la Ley número 19.947...”¹⁷⁴ De igual forma, se concluye en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia de fecha 16 de agosto de 2006 “Que apreciando la prueba rendida, conforme a las normas de la sana crítica, se arriba a la siguiente conclusión: la conducta desplegada por la demandada es constitutiva de falta que constituye una violación grave del deber de respeto y protección que se deben los cónyuges entre sí, tornándose, en consecuencia, intolerable la vida entre sí. Al respecto, son elocuentes las dos condenas por violencia intrafamiliar de que ha sido objeto la demandada (roles 1.574 y 1.720 del mismo tribunal), así como el contenido de los informes sociales de fojas 24 a 31, en los que se confirma que la convivencia de la pareja se ha caracterizado desde un comienzo por ser disfuncional, caracterizados por hechos de violencia intrafamiliar, y por el marcado interés material de parte de la demandada, existiendo asimismo un abandono continuo o reiterado del hogar común. Por estas consideraciones, y visto, además, lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley número 19.947, y artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se REVOCA la sentencia apelada de fecha 17 de julio de 2006, escrita de fojas 52 a fojas 59, en aquella parte que rechaza la demanda de divorcio y, en su lugar, se declara: I. Que HA LUGAR a la demanda de divorcio deducida por don (...) en contra de doña (...), declarándose en consecuencia, terminado el matrimonio entre ellos...”¹⁷⁵

En otra sentencia de la Corte de Valdivia de fecha 18 de agosto de 2006, se consigna “Segundo: Que apreciadas las declaraciones de testigos de acuerdo a las normas de la sana crítica, a juicio de estos sentenciadores son bastantes para, junto a la prueba que se analizará más adelante, acreditar la causal de divorcio invocada. En efecto, están contestes en que la demandada era a lo menos psicológicamente agredida por su cónyuge, no de otra manera puede considerarse que en su trabajo pareciera permanentemente con un estado de ánimo triste o decaído, que por su relación con su cónyuge, el demandado, insultara públicamente a personas vinculadas al grupo familiar. Útil resulta en este sentido señalar que, cuando la mujer es víctima de violencia física o psicológica, oculte tal situación y sólo después de años de sufrir este maltrato lo relate a un familiar muy próximo o a personas cercanas, según está científicamente comprobado. Tercero: Que, en relación a la documental acompañada por la actora y de que da cuenta fotocopia de denuncia por violencia intrafamiliar efectuada en diciembre de 2003 y enero de 2004, con su correspondiente comparendo realizado ante el Segundo Juzgado de Letras de Osorno, certificado emanado de la psicóloga doña (...) del Centro de Salud Mental de Osorno, que señala que doña (...) ingresó al programa de DDHH y Salud y Violencia del establecimiento, el 28 de julio de 2005, a raíz de la violencia física, sexual y

¹⁷⁴ LEYES & SENTENCIAS N° 68, septiembre de 2008, pp. 29 y 30.

¹⁷⁵ LEYES & SENTENCIAS N° 25, pp. 74 y 75.

psicológica de larga data ejercida por su cónyuge (...) asistiendo a 6 sesiones de psicoterapia individual, para reparar las secuelas causadas por la violencia crónica (...) si bien se trata de fotocopias los dos primeros, ello no obsta a su apreciación por cuanto es clara la ley que en estas causas la prueba se aprecia según las reglas de la sana crítica y no de una prueba legal y tasada. Cuarto: Que, de manera que dos denuncias por violencia intrafamiliar, que como se anticipara en el motivo anterior, importan un ciclo de violencia que ha permanecido oculto por largo tiempo y que sólo después de grandes sufrimientos permite a la mujer, vencer el temor a una denuncia, significa sin duda, que ha existido una violencia continua, cuestión que se ve reforzada por certificados emanados del Centro de Salud Mental de Osorno (...) que duda cabe entonces de la existencia de una violencia psíquica, reiterada en el tiempo que ha afectado no sólo a la mujer sino a los hijos de las partes de esta causa. Quinto: Que, con los antecedentes referidos en los motivos anteriores, a juicio de estos sentenciadores, ha quedado debidamente acreditado en estos autos la causal de divorcio invocada por la demandante, malos tratamientos graves y repetidos en contra de la cónyuge y los hijos (...) por lo que se dará lugar al divorcio solicitado.”¹⁷⁶

2. Trásgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo o reiterado del hogar común, es una forma de trásgresión grave de los deberes del matrimonio.^{177 178}

Respecto del **deber de convivencia**, es natural que su incumplimiento constituya una causal de divorcio, si tenemos presente que uno de los tres fines esenciales del matrimonio es “vivir juntos”; con todo, no olvidemos que el art. 133 del Código Civil previene que uno de los cónyuges puede exonerarse del deber de vivir juntos, cuando “le asista razones graves para no hacerlo”, circunstancia que deberá acreditar quien la alega.

¹⁷⁶ *Serie Jurisprudencia. Derecho de Familia. Primera parte*, Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, 2010, pp. 221 y 222.

¹⁷⁷ La ley no señala plazo por el cual se haya prolongado el abandono del hogar común, de manera que queda entregada su determinación a la prudencia del juez: López Díaz, Carlos, *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*, Editorial Librotecnia, Santiago, 2005, Tomo I, p. 266.

¹⁷⁸ Nada dice la ley en el número 2 del artículo 54 respecto de la trásgresión de los otros deberes que el matrimonio impone a los cónyuges, a saber, el **deber de ayuda mutua**, que se refiere al cuidado y atención personal que los cónyuges se deben en todas las circunstancias de la vida, mientras dure el matrimonio. Tal deber, por ende, tiene un significado moral o afectivo antes que económico; el **deber de protección recíproca**, que pareciera estar referido a la protección que un cónyuge debe al otro frente a una eventual agresión de terceros; el **deber de respeto recíproco**, conforme al cual los cónyuges deben darse entre sí un trato que asegure la dignidad a que tienen derecho, sobre todo cuando los une un vínculo afectivo tan determinante como aquél que supone el matrimonio; y el **deber de cohabitación**, que dice relación con uno de los fines esenciales del matrimonio, cual es la procreación, como asimismo, que los cónyuges tengan una vida sexual plena, sin que ello afecte la dignidad de ambos. Una conclusión apresurada, podría descartar el divorcio por la violación de estos deberes. Sin embargo, dicha interpretación sería errónea, por dos razones: 1. La causal, en los términos consagrados en la parte inicial del artículo 54, es genérica, pues alude a una violación de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio a los cónyuges; y 2. Porque tal como lo expresamos, las conductas descritas en los numerales del artículo 54 son meramente ejemplares y en ningún caso taxativas. De cualquier forma, se aprecia la desprolijidad del legislador, al no hacer en el número 2 del artículo 54 una mención de todos los deberes y obligaciones que pesan sobre los cónyuges, con ocasión del contrato matrimonial.

Nótese que el abandono puede asumir dos formas: o ser “continuo”, o haberse producido en diversos episodios, pero de forma “reiterada”, lo que demuestra que uno de los cónyuges, pertinazmente, incurre en un incumplimiento del deber de convivencia.

En relación al **deber o más bien a la obligación de socorro**, la Ley de 1884, incluía como causal de divorcio, en el N° 5 del art. 21, “Avaricia de cualquiera de los cónyuges, si llega hasta privar al otro de lo necesario para la vida, atendidas sus facultades”; ahora, la infracción está centrada en el incumplimiento del deber u obligación de socorro, que, según se expresó, tiene una connotación eminentemente económica, y se traduce en proporcionar alimentos al cónyuge que los necesite.

Por ello, la causal de divorcio se probará, principalmente, acompañando las piezas del juicio de alimentos en que conste el incumplimiento de esta obligación. Además, no debemos olvidar que el incumplimiento reiterado de la obligación de proporcionar alimentos al otro de los cónyuges o a los hijos, de ser invocado por el cónyuge demandado de divorcio por cese efectivo de la convivencia, traerá consigo el rechazo de la demanda, habida cuenta de lo dispuesto en el art. 55, inc. 3°, de la Ley de Matrimonio Civil.

En lo que respecta al **deber de fidelidad**, el N° 1 del art. 21 de la Ley de 1884, establecía como causal de divorcio “Adulterio de la mujer o del marido”; era suficiente, entonces, un episodio de infidelidad, para solicitar el divorcio.

Hoy, la trasgresión ha de ser reiterada. Ahora bien, dado que reiterar, según el Diccionario de la Lengua Española significa “repetir una cosa”, dos episodios serían suficientes.

Además, la exigencia no debe interpretarse en el sentido que la infidelidad ocurra con dos personas distintas, pues la ley no lo plantea en tales términos. De esta manera, si se prueba la infracción por al menos dos oportunidades, aunque el cónyuge se vincule con la misma persona en ambas oportunidades, se configuraría la causal.

Confirma esta interpretación una sentencia de la Corte Suprema de fecha 12 de marzo de 2007, que declara: “Las partes del juicio contrajeron matrimonio el día 6 de julio de 1973 y que se encuentran separados a raíz de la infidelidad de la mujer, hecho que satisface la causal invocada para pedir el divorcio. Que a juicio de esta sentenciadora la voz ‘trasgresión reiterada’ que se contiene en el numeral 2 del artículo 54, cuando se refiere al deber de fidelidad, no debe entenderse como la reiteración de infidelidades con más de una persona, sino más bien con el hecho de consumir el acto infiel más de una vez.”¹⁷⁹

Cabe tener presente aquí lo dispuesto en el art. 132 del Código Civil, que reza: “El adulterio constituye una grave infracción al deber de fidelidad que impone el matrimonio y da origen a las sanciones que la ley prevé. / Cometén adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el varón casado que yace con mujer que no sea su cónyuge”.

No obstante, no olvidemos que de conformidad a lo previsto en el art. 26, inc. 2°, de la Ley de Matrimonio Civil, “No podrá invocarse el adulterio cuando exista previa separación de hecho consentida por ambos cónyuges”. Si bien ésta norma impide pedir la

¹⁷⁹ *Serie Jurisprudencia. Derecho de Familia. Primera parte*, Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, 2010, p.224.

separación judicial, con mayor razón opera en el divorcio fundado en un adulterio, pues lo que no puede operar para la separación judicial con mayor razón no puede operar para el divorcio. El consentimiento a que se refiere el precepto, en nuestra opinión debe aparecer de manifiesto en el acuerdo regulatorio contemplado en el art. 22 de la Ley de Matrimonio Civil.

Tampoco podrá invocarse el adulterio como causal de la demanda de divorcio, si los cónyuges se encuentran separados judicialmente y el supuesto adulterio ocurrió después de haber quedado ejecutoriada la sentencia respectiva, pues de conformidad a lo dispuesto en el art. 33 de la ley citada, el deber de fidelidad se suspende.

¿Por qué la ley, ahora, exige reiteración en la infidelidad? Una posible explicación podría consistir en que el legislador propende a que el matrimonio se mantenga hasta donde sea posible, bajo el entendido que es una institución que beneficia a los cónyuges, a sus hijos y a la sociedad toda. Con todo, no es menos cierto que un solo episodio de infidelidad puede resultar intolerable para el cónyuge ofendido, que en tal caso estará privado de deducir acción de divorcio.¹⁸⁰ Al efecto, Rodríguez Grez critica esta exigencia de reiteración de la legislación actual, que, afirma, no se condice con lo señalado en el artículo 132 citado. Manifiesta dicho autor “...que la infracción al deber de fidelidad se ha atenuado a tal extremo que el adulterio, por sí solo, no es una causal suficiente para decretar el divorcio. Para que tal ocurra es necesario que el adulterio sea ‘reiterado’, esto es, que haya ocurrido varias veces. La norma citada (artículo 54 número 2, inciso 3º) se halla en abierta oposición a lo indicado en el artículo 132 del Código Civil (...) A la luz de lo prevenido en el artículo 54 inciso 3º de la LMC, parece no ser el adulterio una infracción tan grave como lo manifiesta el Código Civil”.¹⁸¹

Considerando lo anterior, hasta podríamos entender que el legislador obliga al cónyuge ofendido por la infidelidad de su marido o mujer a perdonar al ofensor, si se trata de un solo episodio, al menos en lo que respecta a negarle en tal caso la posibilidad de demandar el divorcio.

Ahora bien, ¿cuál es el alcance de la fidelidad conyugal? ¿Sólo se entiende haber infracción al deber de fidelidad cuando uno de los cónyuges incurre en adulterio, es decir, cuando mantenga relaciones sexuales con un tercero, tal como lo exigía el N° 1 del art. 21 de la Ley de 1884?

El profesor Jorge del Picó Rubio precisamente señala como ejemplo de una falta “leve”, que no permite demandar el divorcio culposo por infidelidad, cuando ésta fuere percibida como tal a partir de la consideración de ciertos tratos que denotan preferencia respecto de una compañera o compañero de trabajo por parte de uno de los cónyuges, que sin embargo no se extienden a la consumación de relaciones sexuales.¹⁸² Agrega el profesor del Picó que “dado que corresponde al cónyuge inocente brindar el necesario contenido a la acción, es posible que éste juzgue como graves ciertas conductas que, no

¹⁸⁰ Un solo episodio de infidelidad, en todo caso, facultará al cónyuge ofendido para demandar la separación judicial, habida cuenta que el artículo 26 de la Ley de Matrimonio Civil no exige reiteración.

¹⁸¹ Rodríguez Grez, Pablo, *Ley de Matrimonio Civil: interpretación, efectos e insuficiencias*, en *Actualidad Jurídica*, Santiago, Ediciones Universidad del Desarrollo, Año X, número 20, julio 2009, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Tomo I, p. 437.

¹⁸² Del Picó Rubio, Jorge, ob. cit, pp. 418 y 419.

coincidiendo exactamente con el supuesto material del adulterio, podrían ser calificadas como infidelidades, al tornar intolerable la vida en común. Los actos aludidos corresponden a lo que se ha denominado infidelidad moral, que es la que ocurre por ‘comportamientos y relaciones diversas con personas del otro sexo, por un trato con ellas de intimidad o afectuosidad excesivas incompatible con la condición de persona casada del cónyuge que las protagoniza’.¹⁸³

Esta perspectiva permitiría sostener, como lo ha aceptado la jurisprudencia argentina, que el deber de mutua fidelidad de los cónyuges, no se viola únicamente con el adulterio, sino también con cualquier otra relación de intimidad o afectuosidad excesiva con personas del otro sexo, susceptible de lesionar la reputación o los sentimientos del otro cónyuge”.¹⁸⁴

En lo que respecta a nuestra jurisprudencia, los criterios han sido dispares. Revisemos algunos de ellos:

- En una sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, de fecha 3 de noviembre de 2008, se expresa que el adulterio no es la única manera de incurrir en una trasgresión al deber de fidelidad, ya que según se desprende del artículo 132 del Código Civil es sólo una forma, si bien grave, de trasgresión al deber de fidelidad del matrimonio.
- Esta misma doctrina se asienta en una sentencia del 14 de marzo de 2011 de la Corte Suprema, en la que se expresa: “Séptimo: Que el artículo 131 del Código Civil (...) establece que ‘Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos’ A su vez, el artículo 132 del mismo texto, señala que el adulterio constituye una grave infracción al deber de fidelidad que impone el matrimonio y da origen a las sanciones que la ley prevé. De las normas transcritas se infiere que el adulterio, en los términos definidos por el inciso segundo del citado artículo 132, no es la única causal de divorcio, referida a la fidelidad matrimonial, como lo exigía la antigua Ley de Matrimonio Civil para el divorcio perpetuo en su artículo 21. El numeral 2º del artículo 54 de la Ley número 19.947, sanciona la grave y reiterada infracción al deber recíproco de guardarse fe, en el que sin duda se comprende esa conducta, pero también otros hechos de infidelidad conyugal de gran significación que importen un severo atentado al vínculo matrimonial, como el que se ha establecido en el caso sub lite. Octavo: Que, así las cosas, resulta errado sostener como lo hace la recurrente que la única manera de incurrir en la causal de infidelidad es la existencia del adulterio, esto es, de relaciones sexuales extramatrimoniales, pues según se desprende del artículo 132 del Código Civil, ésta es sólo una de las formas, si bien grave, de incumplir dicho deber. En el caso de autos, se encuentra establecido como un hecho de la causa que la cónyuge en reiteradas oportunidades llevó a hombres a la casa, con los cuales se besaba y luego entraba al

¹⁸³ Del Picó cita a Eduardo Sambrizzi, y su obra *“Separación personal y divorcio”*, I, Buenos Aires, 2004, 2ª edición, La Ley, p. 181.

¹⁸⁴ Del Picó Rubio, Jorge, ob. cit, p. 421.

dormitorio,¹⁸⁵ situación que por su naturaleza y gravedad permite por sí misma la configuración de la causal de divorcio en comento...”^{186 187}

- A igual conclusión llega una sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, de fecha 31 de agosto de 2006, en la que se expresa: “La infracción al deber de fidelidad no sólo se traduce en que uno de los cónyuges cometa adulterio, puesto que éste no es sino una forma particular de infringir dicha obligación. Más bien, incurre en esta infracción y, por ende, en esta causal de divorcio, el marido o mujer que realiza una conducta que compromete la búsqueda del bien para ambos cónyuges, entendido este último concepto en términos amplios, abarcador de todas las circunstancias de la vida conyugal, esto es que se destruye la fe, confianza y lealtad debida manifestada ostensiblemente en el quehacer personal del cónyuge infractor.”¹⁸⁸

- En otro fallo, esta vez de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 4 de julio de 2008¹⁸⁹, se expresa: “3º. Que una de las cuestiones que se deben dilucidar para poder llegar a una decisión es qué se entiende por ‘deber de fidelidad’. A éste se refiere expresamente el artículo 131 del Código Civil, el cual declara la naturaleza y entidad de este deber cuando dispone que ‘Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida.’ Que, en relación a la expresión ‘fe’ es necesario tener presente lo que señala el artículo 20 del Código Civil al prescribir que ‘Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.’ Y al no haberla definido la ley debemos acudir al Diccionario de la Real Academia Española que la conceptualiza como ‘la palabra que se da o promesa que se hace a alguien con cierta solemnidad o publicidad’. A este respecto, así entendida y analizada en el ámbito del matrimonio, Barrientos Grandón Javier y otro, escribe en su obra ‘Nuevo Derecho Matrimonial Chileno’: ‘Este deber de guardarse fe aparece como un necesario complemento para la más plena consecución del fin del bien de los cónyuges, supuesto que sin él aparecería como imposible la constitución de la comunidad de vida instituida entre marido y mujer desde el mismo momento en el que se ofrecieron y aceptaron recíprocamente como tales, comprometiendo la integridad de sus personas en el consorcio que formaron. Supuesto lo anterior, este deber de guardarse fe no sólo se estrecha en los angostos límites de la fidelidad sexual, sino que se proyecta en todos los ámbitos de la vida, luego guardar la fe conyugal implica ‘fidelidad’ y ésta no es más (ni menos, agregamos nosotros) que la ‘Lealtad, observancia de la fe que alguien debe a otra

¹⁸⁵ Como se expresa en la sentencia, éstos hechos se acreditaron por el testimonio de las hijas de la demandada.

¹⁸⁶ www.legisnews.com, sentencia redactada por Ministra Sra. Gabriela Pérez Paredes, en los autos Rol número 9.529-2010.

¹⁸⁷ Esta misma doctrina se establece en otra sentencia de la Corte Suprema, de fecha 19 de enero de 2009, autos Rol número 7.843-2008, citada en “*LEYES & SENTENCIAS*” número 105, julio de 2010.

¹⁸⁸ *Serie Jurisprudencia. Derecho de Familia. Primera parte*, Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, 2010, pp. 223 y 224.

¹⁸⁹ Citado en la “*Revista Chilena de Derecho de Familia*”, número I, Santiago de Chile, AbeledoPerrot Legal Publishing-Centro de Investigaciones Jurídicas Universidad Central de Chile, diciembre de 2009, pp.184 y 185.

persona, la que no aparece determinada solamente por su naturaleza y fines de la institución matrimonial y, por ende, se extiende a todos los ámbitos en los cuales se proyecta la comunidad de vida entre marido y mujer'. 4º. Que, por consiguiente debe entenderse que la causal invocada es amplia y comprende todos los actos y los hechos que implican deslealtad en relación a la obligación de convivencia, afectando la dignidad del otro cónyuge. 5º. Que distinta y más especial es la noción de adulterio, que se encuentra establecida en el inciso 2º del artículo 132 del Código Civil (...) Y por consiguiente, a diferencia de lo que erróneamente argumenta la sentenciadora en el considerando Duodécimo de la sentencia, siendo el concepto de fidelidad mucho más amplio que el de adulterio, se puede afirmar por ello que el deber de fidelidad no sólo abarca el adulterio, sino que basta una vinculación con un tercero que no guarde los límites de lo común y habitual en relaciones sociales y denote una proximidad de tipo sentimental."

Javier Barrientos Grandón, comentando la sentencia recién transcrita, subraya que es necesario distinguir entre la obligación de "guardarse fe" y el deber recíproco de fidelidad. La primera es más amplia que el segundo: "La fe que ha de guardarse es, pues, en relación con la integridad de la persona del otro cónyuge y con esa plena comunidad de vida que implica el matrimonio (artículo 5º número 3 LMC), sin que pueda estrecharse en los angostos límites de la 'fidelidad sexual' y, menos aún, pretendiéndosela reducir a la simple prohibición de mantener relaciones sexuales con terceros, es decir circunscribiéndola a la exclusión del adulterio, como ligeramente ha entendido la doctrina chilena y, como consecuencia de ello, aparece la frecuencia con la que acostumbra denominar a esta obligación como la 'de fidelidad' y no la de 'guardarse fe', que es su denominación en el Código Civil."

Agrega el autor citado que "Después de la despenalización del adulterio, obrada por la Ley N° 19.335, de 23 de septiembre de 1994,¹⁹⁰ y de su redefinición igualitaria en sede civil, de acuerdo con la Ley número 19.422, de 13 de noviembre de 1995, cobra aún mucha mayor fuerza la lectura de la obligación de guardarse fe como comprensiva de una fidelidad que se proyecta mucho más allá del simple acto de adulterio o de otros actos de connotación sexual, porque, entre otras razones, el mismo inciso 1º del artículo 132 del Código Civil sólo señala que el adulterio constituye 'una grave infracción al deber de fidelidad que impone el matrimonio', es decir, se reconoce que puede haber muchos otros géneros de violaciones de este deber, tanto o más graves que el adulterio, tal como, sanamente, lo ha declarado la sentencia que se comenta".

En opinión de Barrientos, reafirma esta interpretación la Ley de Matrimonio Civil, al desaparecer en ésta el adulterio como causa concreta de separación judicial de los

¹⁹⁰ Se definía el delito de adulterio en el art. 375, inciso 2º del Código Penal: "Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio". El inciso 1º señalaba la pena: "El adulterio será castigado con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados". El art. 381 del mismo Código, por su parte, señalaba que: "El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal o fuera de ella con escándalo, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo, y perderá el derecho de acusar a su mujer por los adulterios cometidos durante su amancebamiento. La manceba sufrirá la pena de destierro en cualquiera de sus grados".

cónyuges, a diferencia de lo que ocurría en la antigua Ley, en la que era causa específica para impetrar el divorcio temporal o perpetuo (artículo 21, causal 1ª, de la Ley de 1884).

Ahora, sólo se establece la causal genérica de ‘violación grave de los deberes’ que impone el matrimonio a los cónyuges (artículo 26, inciso 1º de la Ley de Matrimonio Civil), dentro de los cuales se encuentra el de guardarse fe.

Ello se advierte con mayor claridad, sostiene Barrientos, tratándose del divorcio, donde se enumera como uno de los supuestos de la causa única de ‘violación grave de los deberes’ la trasgresión grave y reiterada del deber de fidelidad (artículo 54, inciso 2º, número 2 de la Ley de Matrimonio Civil), sin referencia alguna al adulterio o a otro acto de connotación sexual.

Esta recíproca obligación de guardarse fe, subraya Barrientos, se proyecta en dos campos operativos distintos. Distingue entre una dimensión negativa (en cuanto los cónyuges deben abstenerse de ciertas conductas) y otra positiva (en cuanto los cónyuges deben ejecutar ciertas conductas). La dimensión negativa supone que el guardar la fe debida al otro cónyuge implica un deber de omisión, es decir, abstenerse de cualquier acto o conducta que lesione o afecte la confianza que el otro ha depositado en su cónyuge. En un campo operativo no sexual, esta conducta puede imponer a los cónyuges, por ejemplo, el abstenerse de comunicar a terceros información personal y relevante conocida del otro, precisamente por la fe depositada en él; el abstenerse de divulgar comportamientos o conductas del otro cónyuge, por cualquier finalidad que sea, etc.; en el plano sexual, esta dimensión de la obligación de guardarse fe implica no sólo la abstención del adulterio civil, sino de todo comportamiento que sea contrario a la nota esencial de exclusividad de la entrega mutua de amor y sexualidad. La dimensión positiva de la obligación de guardarse fe, no impone omisiones, como en la dimensión negativa, sino la realización de acciones. Así, en el campo no sexual de esta obligación, la dimensión positiva puede concretarse, por ejemplo, en asumir la defensa del cónyuge ausente frente a todo género de ataques o exigir el cumplimiento del derecho a no declarar sobre circunstancias personales del otro; en su vertiente sexual, esta dimensión positiva de la obligación de guardarse fe exige la entrega corporal mutua y exclusiva que implica la realización de actos sexuales, excluidos, naturalmente, aquellos que impongan conductas no deseadas por el otro. Se trata del cumplimiento del llamado deber de cohabitación.¹⁹¹ La interpretación de Barrientos y el distingo que plantea entre “guardarse fe” y “deber de fidelidad”, nos parece correcta, aunque debemos admitir que la propia legislación nacional es confusa en el uso de una y otra frase. Pero con la interpretación amplia que se plantea, podría demandarse el divorcio, por ejemplo, cuando uno de los cónyuges tiene relaciones sexuales con un individuo de su mismo sexo: no hay adulterio, pero sí infracción al deber de guardarse fe.

También nuestros tribunales superiores se han hecho cargo de las evidentes **limitaciones de la prueba testimonial** que operan para acreditar los hechos constitutivos de la infracción del deber de fidelidad. Al respecto, un fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco de fecha 24 de diciembre de 2009, revoca una sentencia y acoge una demanda de

¹⁹¹ Barrientos Grandón, Javier, artículo “De la obligación de guardarse fe y del adulterio”, en *Revista Chilena de Derecho de Familia*, número I, Santiago de Chile, AbeledoPerrot Legal Publishing-Centro de Investigaciones Jurídicas Universidad Central de Chile, diciembre de 2009, pp. 184-188.

divorcio, afirmando que la exigencia del juez de primera instancia en orden a que la prueba testimonial aporte mayores antecedentes y precisiones de hecho, no se compadece con la sana crítica. Con ello, aparece como tolerable y nada menos que permisible por quien debe velar por el cumplimiento de los deberes legales conyugales – un tribunal de derecho- la mantención de una relación paralela y extramatrimonial, que no sería por sí un hecho grave y permanente. Señala la Corte que la sola verificación de tal relación paralela, llevada a cabo de manera oculta y furtiva, impide disponer de testimonios como los exigidos por el juez de primera instancia, pero no para descartar que en este caso, haya infidelidad reiterada y trasgresión grave al deber de fidelidad.¹⁹²

Respecto de la reiteración exigida por la ley, fuera de la precisión formulada en orden a que puede haber reiteración aunque la infracción sea cometida por uno de los cónyuges con una misma persona, más de una vez, Jorge del Picó señala que los actos reprochables deben ser “constitutivos de una conducta que se repite con una cierta proximidad cronológica”.¹⁹³ No concordamos con esta conclusión, pues la reiteración puede producirse aunque respecto del primer episodio, haya transcurrido largo tiempo. Nada expresa la ley acerca de tal “proximidad cronológica”. Sin embargo, la opinión contraria a la que nosotros planteamos se funda también en que la circunstancia de no haber demandado en el pasado no obstante la ocurrencia de los episodios de infidelidad, denotaría que para el cónyuge ofendido, las infidelidades del ofensor no tornaron intolerable la vida en común, y por ende, faltando este requisito, no podría prosperar ahora la demanda de divorcio. Precisamente, se ha preguntado también nuestra doctrina si tiene alguna importancia que **el otro cónyuge haya consentido o facilitado la consumación del adulterio**. Destaca Jorge del Picó que en tal caso, al adulterio no habría tornado intolerable la vida en común, de manera que el afectado no podría demandar el divorcio por tal causa. Para el cónyuge inocente, el adulterio de su marido o mujer no ha tenido un efecto vejatorio, no ha supuesto una injuria.¹⁹⁴ En el mismo sentido razona una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 9 de junio de 2010, de la que además se desprende que en criterio de esa Corte, la violación del deber de fidelidad exigiría adulterio. En la causa, el marido demandó el divorcio, alegando que su cónyuge había infringido el deber de fidelidad. En la causa declararon los cuatro hijos del matrimonio, quienes afirmaron haber visto a su madre “tomada de la mano con (...) y darse un beso en la boca (...) Todos manifestaron que su madre se había enamorado de dicha persona. La primera testigo agregó que después de la separación de sus padres, su madre estuvo con (...) y compartían cama. 8) Que, como se puede apreciar, las declaraciones de estos testigos, apreciadas conforme a las reglas de la sana crítica, aparecen insuficientes, por su vaguedad e imprecisión, para comprobar el adulterio imputado a la demandada, pues la única que señala que su madre compartía cama con (...) es doña (...), de donde pudiera eventualmente inferirse que ambos tendrían relaciones sexuales, pero se trata de un antecedente con escasa fuerza de convicción que por sí solo no prueba el ayuntamiento carnal; un hecho tan grave en sus consecuencias patrimoniales y en el matrimonio, como la imputación de adulterio dirigida a la mujer requiere que se

¹⁹² LEYES & SENTENCIAS N° 105, julio de 2010, p. 119.

¹⁹³ Del Picó Rubio, Jorge, ob. cit, p. 422.

¹⁹⁴ Del Picó Rubio, Jorge, ob. cit, p. 422.

hagan mayores precisiones acerca de las circunstancias de tiempo y lugar en que ello ocurrió, no bastando decir que compartían cama si no se agregan antecedentes que demuestren fehacientemente el hecho que se imputa. El hecho de besarse y tomarse de la mano sólo demuestra eso, no las relaciones sexuales. 9) Que, empero, aún hay más; la ley establece que si bien el adulterio constituye una infracción grave al deber de fidelidad que deben guardarse los cónyuges entre sí, debe decirse que esa trasgresión, en caso de existir, lo que no está debidamente probado, como se dijo, no sólo debe ser reiterada, sino también que tales hechos hagan intolerable la vida en común con la pareja culpable. Al respecto debe recordarse que, de acuerdo a lo expuesto por los cuatro mencionados testigos, fue la demandada la que se enamoró de un tercero y abandonó el hogar común en compañía de dos de sus hijos, pero ocurre que el marido agraviado, al enterarse del episodio en Viña del Mar (besos en la boca de su madre con ese tercero y tomados de la mano se comportaban como pareja), estuvo dispuesto a perdonarle su infidelidad, no obstante encontrarse emocionalmente afectado por el hecho como lo declaró la hija (...), lo que viene a significar que para él no era intolerable la continuación de la vida en común con su cónyuge, y si bien de todas maneras se produjo la separación, ello ocurrió por decisión exclusiva de la propia mujer y no del marido afectado. Consecuentemente, si el supuesto o eventual adulterio de la demandada no hacía intolerable la convivencia del actor con su mujer, falla uno de los requisitos que permitía al marido demandar el divorcio por culpa, porque, se reitera, si la continuación de la vida en común no se dio, fue simplemente porque su mujer no lo quiso así.”¹⁹⁵

En cuanto a probar la infidelidad en base al nacimiento de hijos extramatrimoniales de uno de los cónyuges, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 24 de enero de 2007, concluye que tal circunstancia no resulta suficiente para declarar el divorcio. Se afirma en este fallo: “3º Que (...) la parte demandante acompaña con citación dos certificados de nacimiento de los menores (...), hijos del demandado, con lo que señala estaría demostrado que el demandado quebrantó el deber de fidelidad que tiene respecto de la demandante. 4º Que de autos consta que la propia demandante reconoce que el demandado abandonó el hogar común, produciéndose la separación de hecho en diciembre del año 2000, y la menor (...) nació el 8 de diciembre de 2001, de modo que fue concebida cuando ya había transcurrido bastante tiempo de la separación de las partes de este juicio, por lo que no es posible considerarlo como una infracción a lo que denomina deber de fidelidad.”¹⁹⁶ Nos parece discutible esta conclusión de la Corte de Santiago, si tenemos presente que la simple separación de hecho no suspende el deber de fidelidad entre los cónyuges, como sí lo hace la separación judicial.

3. Condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, o contra las personas,

¹⁹⁵ LEYES & SENTENCIAS, N° 105, julio de 2010, pp. 115-118.

¹⁹⁶ www.legisnews.com, sentencia redactada por Ministro Sr. Jorge Dahm, dictada en los autos Rol número 9.675-2005.

previstos en el Libro II, Títulos VII y VIII, del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal¹⁹⁷.

Puede observarse que deben cumplirse tres requisitos para que opere esta causal:

- i) Que se trate de la comisión de ciertos delitos, los más graves que contempla el Código Penal;
- ii) Que se dicte sentencia, y esta quede ejecutoriada; y
- iii) Que la comisión del delito, además, provoque una grave ruptura de la armonía conyugal¹⁹⁸, lo que deberá probar quien demande el divorcio.

Para el profesor Jorge del Picó Rubio, tratándose de los delitos de injuria, calumnia y ultraje a las buenas costumbres, sería necesario que se pruebe la grave ruptura de la armonía conyugal. En los demás casos, afirma que la mera participación del cónyuge en delitos de la gravedad involucrada, se eximiría de la necesidad de probar la ruptura de la armonía conyugal.¹⁹⁹ Respecto de esta causal, también se ha señalado que el cónyuge debe haber sido condenado como autor y no como cómplice o encubridor y que el supuesto normativo opera tanto respecto del condenado que se encuentre cumpliendo con la pena como asimismo con el que cumplió con su condena.²⁰⁰

4. Conducta homosexual.

Esta causal no se encontraba contemplada expresamente en el art. 21 de la ley de 1884. Se justifica su inclusión, pues supone, desde ya, un quebrantamiento al deber de fidelidad que han de guardarse los cónyuges, bajo el supuesto de entender que se quebranta dicho deber no sólo cuando se comete adulterio (que por su definición legal, sólo puede cometerse con persona de distinto sexo).

Cabe plantear si daría derecho a pedir el divorcio aquella conducta homosexual que sin concretarse en una hipótesis de infidelidad, explica la negativa del cónyuge homosexual para cohabitar con el otro cónyuge. La infracción al deber de cohabitar o *debito conyugal* no se encuentra contemplada en el N° 2 del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil (que alude a los deberes de convivencia, socorro y fidelidad), pero estimo que podría fundamentar una demanda de divorcio, basada en el N° 4 del mismo artículo.

Acerca de esta causal, el profesor Carlos López Díaz subraya que la ley sanciona la “conducta” (esto es, prácticas en que esté involucrada la sexualidad de la persona, sea

¹⁹⁷ Se aprecia también aquí una importante innovación, respecto a la ley de 1884. En efecto, en esta, era causal de divorcio, conforme al número 11 del artículo 21, “Condenación de uno de los cónyuges por crimen o simple delito”, causal que por ser demasiado genérica, había sido objeto de críticas por la doctrina, pues era suficiente cualquier delito, aunque no fuera “infamante” para la persona del otro cónyuge, como delitos de carácter político, para solicitar el divorcio.

¹⁹⁸ Como acertadamente indica el profesor Carlos López Díaz, mejor que aludir a una grave ruptura de la “armonía conyugal” habría sido referirse el legislador a la “armonía familiar”, pues se trata de una expresión más amplia que la primera, restringida a los cónyuges, en circunstancias de que los hijos también pueden verse afectados por la ocurrencia de la causal: ob. cit., p. 273. En todo caso, deberá ser siempre el padre o madre quien deduzca la demanda de divorcio.

¹⁹⁹ Del Picó Rubio, Jorge, ob. cit, p. 423.

²⁰⁰ Morales Durán, Abner, *El divorcio sanción*, Memoria de Grado, Universidad Bernardo O’Higgins, 2007, p. 22, citado en *Serie Jurisprudencia. Derecho de Familia. Primera parte*, Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, 2010, p. 225.

respecto de otras personas o bien en soledad), no la mera “inclinación” homosexual. La misma opinión plantea el profesor Jorge del Picó Rubio, para quien “La orientación sexual del individuo, es decir, la atracción que tiene como objeto enamoramiento, predominante o exclusivo, a una persona del mismo sexo, no es constitutiva de la causal de divorcio, pues la norma exige acreditar la conducta del individuo, vale decir, la comisión de actos calificados como homosexuales, sin respecto a la orientación sexual precedente del sujeto”.²⁰¹

Sin embargo, advertimos que la conducta puede manifestarse por vía de acción o por vía de omisión, y en este último sentido, la negativa a cohabitar fundada en tal inclinación, serviría a nuestro juicio para que el otro cónyuge demande el divorcio.²⁰²

A juicio del profesor del Picó, la causal sería innecesaria y discriminatoria, pues la conducta reprochable se encuentra comprendida en el N° 2 del art. 54, al constituir toda relación sexual extramatrimonial una forma de infidelidad, criterio que compartimos. Agrega que si el legislador deseaba señalar ejemplos de conductas de significación sexual, reprochables por su impacto público, debió haberlo señalado de este modo, incluyendo adicciones denigrantes de la relación interpersonal como el consumo habitual de pornografía o patologías como la zoofilia o la necrofilia, actos que claramente tornan intolerable la vida en común a cualquier persona normal, según los criterios mayoritariamente aceptados en las sociedades modernas.²⁰³

De cualquier manera, el precepto no exige que uno de los cónyuges “sea” homosexual, sino que incurra en una conducta homosexual. Por ende, aunque fuere heterosexual, si se probare que tuvo una conducta homosexual, el otro cónyuge podría demandar el divorcio.

5. Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos²⁰⁴.

Al respecto, señala una sentencia de fecha 5 de mayo de 2008 de la Corte de Apelaciones de San Miguel: “SEGUNDO: Que los testigos de la demandante demuestran que el demandado efectivamente consumía alcohol, situación que sin otros antecedentes han sido los que han conducido al comportamiento del demandado y que originó la sentencia recaída en violencia intrafamiliar cuyo fallo desfavorable al demandado se omitió de registrarlo en sus antecedentes ante el Registro Civil, sin embargo no por ello se le ha de restar validez y eficacia al juicio válidamente celebrado en su contra y cuya sentencia se encuentra a firme a esta fecha. TERCERO: Que claramente las desavenencias producidas entre las partes y el comportamiento que ha manifestado el demandado durante su convivencia con la demandante, ha producido secuelas en la hija, situación que da cuenta el informe de la sicóloga (...) en su calidad de perito, quien se entrevistó y analizó la situación psicológica de la menor, concluyendo que en ella no se encuentra

²⁰¹ Del Picó Rubio, Jorge, ob. cit, p. 423.

²⁰² López Díaz, Carlos, ob. cit., p. 274.

²⁰³ Del Picó Rubio, Jorge, ob. cit, p. 423.

²⁰⁴ El número 9 del artículo 21 de la ley de 1884 decía “Vicio arraigado de juego, embriaguez o disipación”. Como nada se indica respecto de los jugadores compulsivos, debemos entender que no se configura una causal de divorcio, a menos que tal conducta lleve al cónyuge jugador al incumplimiento de sus deberes para con el otro cónyuge.

internalizada ni constituida una figura paterna, producto precisamente de la situación vivida en su hogar (...) CUARTO. Que los hechos consignados precedentemente son de la magnitud establecida en el artículo 54º de la Ley número 19.947 con relación a la gravedad de los mismos y que han vuelto intolerable la vida en común. QUINTO: Que los hechos establecidos en una sentencia a firme, toda vez que no fue recurrida oportunamente, produce los efectos perseguidos por la propia ley y no son otros que proporcionar certeza jurídica a las partes. En consecuencia, al condenarse al demandado por violencia intrafamiliar, carece de todo fundamento jurídico el cuestionar en otras instancias, que no sean las previstas por la ley, el valor que dicha sentencia posee y los efectos que ha de producir entre las partes afectadas por sus alcances”.²⁰⁵

En opinión de Jorge del Picó, la causal es discutible en lo que respecta a la relación vinculante culpable o dolosa del cónyuge con las sustancias indicadas en la ley, toda vez que la adicción a las drogas o el alcoholismo son consideradas como patologías. Agrega que el cónyuge que abandona al otro por estar afectado por una patología bien podría a su vez ser requerido como infractor del deber de ayuda y socorro en estado de necesidad. Pero concluye que la causal opera no como una causal basada en una culpa o responsabilidad del cónyuge demandado, sino como un sacrificio que la ley estima excesivo para el cónyuge sano.²⁰⁶ Dicho de otra manera: aún cuando la adicción aludida sea fruto de una patología, es decir, el resultado de una enfermedad que el afectado por ella no puede dominar, la causal igualmente puede ser invocada por el cónyuge sano, pues no es razonable que la ley le exija sobrellevar una convivencia que evidentemente no resulta tolerable en el tiempo.

La causal alude a dos conductas: alcoholismo y drogadicción. Respecto del primero, subraya del Picó que debe tratarse de la ingesta habitual y adictiva de bebidas alcohólicas y no meramente la embriaguez habitual de uno de los cónyuges o de un episodio aislado de consumo agudo de alcohol.²⁰⁷

Discrepamos con él en cuanto a que la “embriaguez habitual” no calificaría para aplicar la causal. Quien se embriaga habitualmente, parece no distinguirse mucho de un alcohólico. No es infrecuente que ciertas personas abusen del alcohol durante los días festivos, hasta llegar a la embriaguez, definida por el Diccionario de la Academia como la “Turbación pasajera de las potencias, dimanada del exceso con que se ha bebido vino u otro licor” o como “Enajenamiento del ánimo”. De esta manera, aunque por ejemplo el sujeto pueda controlar su adicción durante los días laborales, pero se embriague habitualmente durante los fines de semana, dicha conducta justificaría, en nuestra opinión, que el otro cónyuge pueda demandar el divorcio. Por lo demás, el Diccionario de la Academia Española define el alcoholismo, en su primera entrada, como “abuso de bebidas alcohólicas”, sin exigir adicción o patología. Pensamos que la causal es asimilable al “abandonarse a los vicios” que emplea el Código Civil (art. 1208), y que permite, por ejemplo, que un legitimario sea desheredado.

²⁰⁵ LEYES & SENTENCIAS, N° 61, pp. 53 y 54, redacción de la sentencia por abogado integrante Sra. Tita Aránguiz Zúñiga.

²⁰⁶ Del Picó Rubio, Jorge, ob. cit, p. 423.

²⁰⁷ Del Picó Rubio, Jorge, ob. cit, p. 424.

Respecto de la drogadicción, el profesor del Picó también supone que el consumo de drogas provoque dependencia, señalando que “para determinar la conducta en estudio, debemos remitirnos a la expresión droga causante de dependencia, en la definición de la OMS y usualmente aceptada, que incluye a cualquier tipo de alcohol, anfetaminas, barbitúricos, cannabis (marihuana y hachís, entre otras), cocaína, alucinógenos, khat, opiáceos y solventes volátiles (tolueno o neopreno en Chile, cloroformo, éter, etc.).”²⁰⁸

También en este punto, el profesor del Picó exige que la ingesta de drogas genere dependencia en el individuo, exigencia que efectivamente se explicita en la ley, que alude a “drogadicción”, es decir, la dependencia generada como consecuencia del consumo de drogas.

En nuestra opinión, el tipo legal debiera ser más amplio, de manera que opere la causal de la misma manera que lo planteábamos respecto del consumo de alcohol. Es decir, el consumo de drogas, aunque no provoque en el consumidor dependencia, puede constituir un hecho intolerable para el otro de los cónyuges y para la familia, y debiera autorizar que se demande el divorcio. En efecto, el énfasis está puesto en que las conductas de consumo de alcohol o de drogas, deben constituir un impedimento grave para la convivencia armoniosa de los cónyuges o entre éstos y los hijos. De esta manera, a nuestro juicio, episodios esporádicos, aún controlados por el cónyuge consumidor, pueden afectar significativamente la convivencia entre los cónyuges o de la familia. Con todo, admitimos que respecto del consumo de drogas, el tenor literal de la ley no permitiría que prospere una demanda de divorcio si no se acredita que el cónyuge consumidor es drogodependiente.

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

Esta causal parece refundir las que se contemplaban en los números 4 (“Tentativa de uno de los cónyuges para prostituir al otro”) y 13 (“Tentativa para corromper a los hijos, o complicidad en su corrupción”) del artículo 21 de la ley de 1884. En todo caso, si la conducta no se vincula específicamente a la prostitución, sino a otros actos igualmente repudiados que supongan atentado contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de los hijos, deberá invocarse la causal a que alude el número 1 del artículo 54, esto es, atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos. Esta causal, en lo que respecta al cónyuge prostituido por el otro cónyuge, supone una violación del deber de respeto recíproco entre los cónyuges y también una infracción al deber de protección recíproca entre ellos.²⁰⁹

Como expresa el profesor Carlos López Díaz, “al intentar prostituir al otro cónyuge se incurre en infracción del deber de respeto, que implica que los cónyuges se den un trato que asegure la dignidad a que tienen derecho, y al de protección recíproca, que consiste en la protección que un cónyuge debe al otro frente a una eventual agresión de terceros”.²¹⁰

²⁰⁸ Del Picó Rubio, Jorge, ob. cit, p. 424.

²⁰⁹ Del Picó Rubio, Jorge, ob. cit, p. 425.

²¹⁰ López Díaz, Carlos, ob. cit., p. 277.

En lo que respecta a los hijos, la causal tiene también incidencia en el cuidado personal de aquellos, como expresa el mismo autor: “la tentativa para prostituir a los hijos constituye una infracción grave que lo inhabilita moralmente para ejercer la tuición, caso en que el juez deberá confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes.”²¹¹ Se aplicará en tal caso el artículo 226 del Código Civil.

Los hechos mencionados en el art. 54, deben haber ocurrido después de celebrado el contrato de matrimonio. Si hubieran acaecido antes de su celebración, podrían configurar, eventualmente, una causal de nulidad del matrimonio, por ejemplo, por error en la persona civil o social, o por padecer uno de los contrayentes un trastorno o anomalía psíquica, de acuerdo a lo previsto a propósito de las incapacidades o impedimentos para contraer matrimonio.

En todo caso, el Tribunal Constitucional ha dejado en claro que los hechos pueden haber ocurrido antes o después de entrar en vigencia la Ley de Matrimonio Civil, según se establece en sentencia de fecha 31 de diciembre de 2009.²¹²

²¹¹ López Díaz, Carlos, ob. cit., p. 277.

²¹² Se planteó ante el Tribunal Constitucional si los hechos descritos en el artículo 54 debían haber ocurrido después de entrar en vigencia la Ley de Matrimonio Civil o si eventualmente era posible decretar el divorcio en base a hechos acaecidos con antelación a la referida vigencia. Al efecto, el Juez Sr. Cristián Gutiérrez Lecaros, del Juzgado de Familia de Concepción, solicitó al Tribunal Constitucional un pronunciamiento acerca de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso 1º del artículo 2º transitorio de la Ley número 19.947, que establece: “Los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley se regirán por ella en lo relativo a la separación judicial, la nulidad y el divorcio.” En el respectivo proceso, uno de los cónyuges hizo valer una de las causales previstas en el artículo 54, fundándose en hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia, demandando asimismo compensación económica. El juez recurrente planteó que se podría sostener que la aplicación retroactiva del artículo 54, admitida por el artículo 2º transitorio, puede a su vez generar efectos en el sistema de compensación económica, considerando que el artículo 62 de la citada Ley establece que el Juez que decretare el divorcio en virtud del artículo 54, podrá denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal, o disminuir prudencialmente su valor. Agregó que la situación descrita importaría sancionar una eventual conducta ilícita de naturaleza civil, en razón de hechos ocurridos con anterioridad al reconocimiento de aquélla por la ley, lo que se califica por el juez recurrente como eventualmente contrario a la garantía que asegura a toda persona el inciso 7º del numeral 3º del artículo 19 de la Constitución Política, según el cual “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.” El juez puntualiza que si bien existe consenso en cuanto a que el citado precepto constitucional opera como una garantía en materia penal, no es menos cierto que donde el legislador no distingue no es lícito hacerlo al intérprete, por lo que, a su juicio, en los casos citados de la Ley de Matrimonio Civil también operaría y por consiguiente, no procedería aplicar retroactivamente ésta ley, a fin de evitar que se produzca el efecto inconstitucional descrito. Aún más, el Juez de Familia agrega que la aplicación retroactiva de las citadas normas también vulneraría el derecho de propiedad que tienen las partes, respecto de los derechos incorporales adquiridos al amparo del contrato de matrimonio que las une, lo que transgrediría la garantía asegurada en el inciso 3º del numeral 24º del artículo 19 de la Carta Fundamental. El Tribunal Constitucional, en su sentencia, señala “SÉPTIMO: Que, para discernir si se ha configurado una infracción al principio de la legalidad de la pena, es menester determinar, previamente, si la aplicación de los preceptos cuestionados importa una pena o sanción para el autor del hecho ilícito.” Para el Tribunal, en éste caso, “...el ámbito de responsabilidad es de carácter contractual, porque existe un vínculo previo entre autor y víctima del daño, y no delictual o cuasidelictual. La declaración del juez de la causa recae sobre la constatación de la existencia de una causal de término del contrato de matrimonio; no versa, como elemento esencial de la acción, sobre la configuración de un ilícito y su castigo. El divorcio no es, pues, jurídicamente una pena, sin perjuicio de los

efectos patrimoniales que produce. El llamado ‘divorcio sanción’ por alguna doctrina no es sino un índice diferenciador, para efectos didácticos, de los otros divorcios que no requieren causal imputable a los cónyuges. NOVENO: Que la conclusión anterior debe entenderse sin perjuicio de la responsabilidad –de otro carácter– que pueden generar autónomamente el o los hechos fundantes de la causal de divorcio invocada. Estos pueden ser, además, ilícitos criminales –atentado contra la vida o integridad física del cónyuge o de alguno de los hijos, comisión de crímenes o simples delitos contra el orden de las familias, por ejemplo– o civiles, como la trasgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad. La pena criminal o la reparación indemnizatoria, en este caso, son el efecto del ilícito penal o civil, pero no de la declaración de divorcio.” En cuanto a la compensación económica, el fallo del Tribunal Constitucional consigna que “Debe indicarse que ésta reparación económica no tiene carácter punitivo y que su función no es compensar el desequilibrio material que pudo haberse producido como consecuencia del divorcio ni tampoco restablecer la igualdad entre los cónyuges, sino resarcir el menoscabo pecuniario que el cuidado de los hijos o del hogar produjo en el cónyuge al impedirle desarrollar una actividad remunerada, en forma total o parcial. La dedicación de uno de los cónyuges a los hijos y al hogar, no configura para el otro cónyuge que no hace lo mismo en igual medida una conducta ilícita que requiera dolo y de la cual derive una sanción de orden penal, ni tampoco una multa a todo evento y preestablecida, sino sólo un deber más de un cónyuge a favor del otro, que además es de cuantía variable según el caso concreto, es de existencia meramente eventual y puede llegar a surgir sólo en caso de divorcio. Por otro lado, el derecho a la compensación nace como efecto de la declaración de divorcio, de suerte que no existiría correlación lógica entre la legitimidad jurídica de la institución –el divorcio por causa imputable a un cónyuge– y la ilegitimidad de uno de sus efectos, cual es la facultad de denegar o reducir la aludida compensación económica.” Concluye el Tribunal Constitucional “DUODÉCIMO: Que, al tenor de las motivaciones expuestas, procede rechazar el requerimiento en los dos capítulos que se han reseñado, conclusión que se refuerza con la disposición contenida en el artículo 3º de la Ley Sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes, en cuanto se proclama que los derechos y obligaciones anexos al estado civil se subordinarán a la ley posterior, sea que ésta constituya nuevos derechos u obligaciones, sea que modifique o derogue los antiguos.” También descarta el Tribunal Constitucional una supuesta vulneración al derecho de propiedad que tendrían las partes respecto de los derechos incorporales adquiridos al amparo del matrimonio, atendiendo a los siguientes argumentos: “DÉCIMOCUARTO: Que, sin entrar aún a la consideración del estatuto constitucional de la propiedad y por mera aplicación de la antigua teoría sobre derechos adquiridos, es dable precisar que el efecto inmediato de la ley nueva afecta las consecuencias de las situaciones jurídicas anteriores, y que los contratos –como el de matrimonio– que por su naturaleza provocan la aplicación de un estatuto legal preestablecido, quedan sometidos a la nueva ley desde su entrada en vigor. ‘Así sucede con los contratos del Derecho de Familia: matrimonio, adopción, etc.; la ley nueva que modifica los efectos u otros modos de disolución del matrimonio, se aplica inmediatamente a los matrimonios ya celebrados’ (págs. 230-231, tomo I, Tratado de Derecho Civil, edición 1998, Alessandri, Somarriva, Vodanovic). DÉCIMOQUINTO: Que no se ha fundamentado con precisión la forma en que la aplicación de los preceptos impugnados contravendría la norma constitucional sobre el derecho de propiedad, omisión que sería bastante para desestimar el reproche; pero, en todo caso, es necesario destacar que de la institución matrimonial no surgen inmediata y directamente derechos susceptibles de apreciación pecuniaria y considerando que el contenido esencial del dominio lo constituye el valor y no la materialidad de la cosa, no puede sino concluirse que sobre tales derechos incorporales no puede recaer la propiedad; es decir, no se trata de derechos propietarizables, en cuanto no tienen contenido o provecho económicos inmediatos.”: “LEYES & SENTENCIAS”, número 99, pp. 206 a 212. A propósito del fundamento por el cual se indica que el contrato de matrimonio es de aquellos contratos que “provocan la aplicación de un estatuto legal preestablecido” y que por ello quedan sometidos a la nueva ley, conviene recordar que esta idea es planteada por Paul Roubier, quien distingue entre el efecto retroactivo y el efecto inmediato de una ley, según si ésta ataca o no las situaciones jurídicas ya constituidas o extinguidas. Si la ley se limita a regular los efectos de una situación jurídica anteriormente establecida, cuando dichos efectos se producen después que la ley ha entrado en vigencia, hablamos de efecto inmediato de la ley. Con todo, dicho efecto inmediato de la ley, que tiende a asegurar la unidad de la legislación, no afecta a los contratos cuyo contenido queda entregado a la voluntad creadora de los individuos; en cambio, sí afectará a los contratos que no tienen otro efecto que provocar la aplicación de un

b) Causal que autoriza demandar el divorcio por uno de los cónyuges, por cese efectivo de la convivencia.

A la causal genérica para decretar el divorcio prevista en el art. 54 de la Ley de Matrimonio Civil, que permite demandar el divorcio por uno solo de los cónyuges, debemos agregar aquella contemplada en el art. 55, inc. 3º de la Ley de Matrimonio Civil, esto es, cuando se hubiere verificado un cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, a los menos, **tres años**. En este caso, el cónyuge demandante no fundamenta su acción en una falta o en la culpa atribuible al cónyuge demandado, sino sencillamente en la circunstancia de haber cesado la convivencia entre los cónyuges por el expresado plazo de tres años.

Sin embargo, el mismo art. 55 advierte que la demanda de divorcio deberá rechazarse, cuando, a solicitud de la parte demandada, el juez verifique que el demandante, durante el cese de la convivencia, no ha dado cumplimiento, reiterado, a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo. Los requisitos para acoger la demanda de divorcio en este caso, serían, entonces:

- El transcurso del plazo mínimo de tres años, contado desde el cese de la convivencia de los cónyuges²¹³;
- Que durante dicho plazo, el cónyuge que demanda el divorcio, haya cumplido con su obligación de proporcionar alimentos al otro de los cónyuges y a los hijos comunes, pudiendo hacerlo. Se entenderá cumplido este requisito, si hubiere un solo episodio de incumplimiento de la obligación de proporcionar alimentos al cónyuge y a los hijos comunes, y dicho episodio hubiere sido subsanado por el alimentante, pues la causal exige, para rechazar la demanda, que haya un incumplimiento “reiterado” de tal obligación. Aún más, en un fallo del Juzgado de Familia de Valdivia, de fecha 12 de mayo

estatuto legalmente establecido (como ocurre con los contratos del Derecho de Familia), los que quedaran sometidos a la nueva ley desde su entrada en vigor. Tal es la tesis planteada por Roubier, resumida por Ch. Beudant en su *Cours de Droit Civil Français*, tomo I, edición del año 1934, que Vodanovic cita en la obra mencionada. Dicho de otra forma: cuando estamos ante un contrato cuyo íntegro estatuto puede quedar determinado por las partes, es decir, cuando sólo está regulado por normas de orden privado, no se aplicará el efecto retroactivo ni tampoco el efecto inmediato de la ley, sino que se respetará en su totalidad el contrato oportunamente convenido por las partes, bajo el amparo de una ley que ahora puede no existir; en cambio, si el contrato está regulado por normas de orden público, las modificaciones a la legislación aplicable al mismo, afectarán al contrato aunque éste se hubiere celebrado con antelación a tales reformas, es decir, la nueva ley se aplicará con efecto inmediato. Tal ocurre precisamente con el contrato de matrimonio.

²¹³ El cese de la convivencia no exige necesariamente, a nuestro juicio, que los cónyuges dejen de vivir bajo un mismo techo. Puede cesar la convivencia matrimonial, aunque continúen viviendo en el mismo inmueble, pues “la convivencia” matrimonial es una convivencia calificada, que implica mantener una comunidad de vida, un objetivo o proyecto de vida común. Si ello cesa, si los cónyuges viven juntos pero como perfectos extraños, y aún hostiles, no puede haber convivencia matrimonial. Aún más, hay convivencia matrimonial, cuando los cónyuges viven en inmuebles distintos, pero continúan con un proyecto común, preservando todos los deberes y las obligaciones que impone el matrimonio. En cada caso, será el juez quien pondere la situación.

de 2007, confirmado por la Corte de Apelaciones de Valdivia con fecha 20 de mayo de 2008, se acogió la acción de divorcio, a pesar de que se acreditó en los autos que el demandante no había cumplido con la obligación alimentaria en el período comprendido entre enero de 2005 al mes de abril de 2006. La parte demandada dedujo casación en el fondo, alegando que se había infringido la ley al acoger la demanda de divorcio. La Corte Suprema, en sentencia de fecha 28 de agosto de 2008, rechazó este recurso. El fallo recurrido discurre que después de abril de 2006, el actor dio cumplimiento a su obligación; adicionalmente, la demandada, que ahora pretendía que se rechazara la demanda de divorcio, había obtenido una importante suma de dinero a consecuencia de haberse retirado de su trabajo el actor; los sentenciadores “concluyeron que el incumplimiento aludido (...) no tiene el carácter de reiterado, que exige la ley, para dar lugar a la excepción y desestimar la demanda de divorcio, por haber comprendido un período y reducido de tiempo, considerando la fecha de inicio del cese de la convivencia (en el año 2001), teniendo también en consideración que la pensión de alimentos con posterioridad, se ha pagado mediante retención judicial.” La Corte Suprema advierte en la sentencia, además, que determinar si hubo o no un incumplimiento “reiterado” de la obligación alimentaria es una cuestión de hecho, que los jueces de primera y segunda instancia deben ponderar conforme a las reglas de la sana crítica. Sólo si el recurrente hubiere denunciado vulneradas las normas de la lógica y de la experiencia, la Corte podría haber llegado a una decisión diferente.²¹⁴

Para el profesor Gonzalo Figueroa Yáñez, los alimentos debieron haberse establecido o aprobado por sentencia judicial, para configurarse la causal que autoriza al juez para rechazar la demanda de divorcio²¹⁵.

En esa línea, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 30 de julio de 2008, revocó la sentencia de primera instancia y acogió la demanda de divorcio, “pues a la fecha en que se presentó la demanda de divorcio, 26 de agosto de 2005, no existía ninguna pensión decretada a favor de la cónyuge, que pudiera dar lugar a un incumplimiento reiterado de una obligación alimenticia.” En la especie, la cónyuge demandada dedujo demanda de alimentos después que se le había notificado la demanda de divorcio.²¹⁶

El cónyuge demandado que pretenda enervar la acción de divorcio debe alegar formalmente que el demandante no cumple con el requisito en análisis y por tal causa pedir que se rechace la acción.

De ahí que una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 10 de julio de 2008, desestime un recurso de apelación interpuesto por la cónyuge demandada, ya que “De la norma legal transcrita (artículo 55, inciso 3°, de la Ley de Matrimonio Civil) se puede advertir que le correspondía a la demandada enervar la acción de divorcio alegando el eventual incumplimiento de la obligación alimenticia, cosa que no hizo, por cuanto sólo se limitó a hacerlo presente al tribunal”.²¹⁷

²¹⁴ www.legisnews.com Boletín diario de Jurisprudencia Chilena.

²¹⁵ Figueroa Yáñez, Gonzalo, opinión expresada en el Seminario organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Diego Portales, los días 15 y 16 de junio de 2004.

²¹⁶ LEYES & SENTENCIAS, N° 65, Santiago de Chile, Editorial PuntoLex S.A., 2008.

²¹⁷ LEYES & SENTENCIAS, N° 64, Santiago de Chile, Editorial PuntoLex S.A., 2008.

Cabe consignar que aun cuando la ley expresa que no habrá lugar al divorcio si el juez verifica que el demandante incumplió su obligación de alimentos en los términos expresados “respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes”, no parece razonable concluir que necesariamente debe haber incumplimiento respecto de ambos; bien puede ocurrir que no haya hijos comunes, en cuyo caso el incumplimiento reiterado podría obviamente afectar sólo al cónyuge; o que habiendo cónyuge e hijo alimentarios, se hubiere cumplido la obligación alimenticia respecto de uno e incumplido respecto del otro; en ambos casos, la demanda de divorcio debiera rechazarse. Así consta de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 21 de diciembre de 2007, en la que se consigna la siguiente doctrina: “Si bien la norma transcrita emplea la conjunción copulativa y, dando a entender que debe haber incumplimiento respecto de ambos alimentarios, la finalidad de la disposición, cual es, sancionar la infracción a la obligación de socorro y el principio de protección al cónyuge más débil, que debe siempre ser respetado en estas materias, conducen necesariamente a concluir que corresponde igualmente desestimar la demanda sea que el incumplimiento haya sido con el cónyuge o con los hijos comunes”.²¹⁸

Mejor sería, en todo caso, para la mayor certeza jurídica, que la ley dijese “respecto del cónyuge demandado o de los hijos comunes”. Tal redacción, creemos, responde al espíritu de la ley.²¹⁹

Sobre este particular, resulta interesante consignar algunos criterios, dispares en algunos aspectos, expuestos en sentencias dictadas por tribunales de alzada después de haber entrado en vigencia la Ley N° 19.947:

- Así, en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de fecha 30 de abril de 2007, se afirma que “...el comportamiento renuente del alimentante a cumplir a cabalidad con su obligación de pagar alimentos, que se traduce en un incumplimiento reiterado de tal obligación, atento que la reiteración del incumplimiento no está asociado a la circunstancia de que no se haya pedido arresto, sino que al simple hecho de no dar cumplimiento a la obligación, en este caso, en la forma ordenada por sentencia judicial. Cabe señalar que de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española (22 edición 2001. Espasa), reiterado significa: Que se hace o sucede repetidamente. Y repetidamente significa: Con repetición, varias veces. Se trata en consecuencia de realizar un mismo comportamiento por un espacio de tiempo, que es precisamente lo que ha hecho el alimentante, pues en forma habitual entera una suma de dinero inferior a la fijada por el tribunal, llegando a adeudar, en un lapso de 14 meses de cese de convivencia, una suma no inferior a \$ 2.296.000.- Que a lo anterior hay que agregar que el demandante, de acuerdo a los antecedentes que rolan en la causa ha estado siempre en condiciones económicas de solventar la suma de dinero fijada como pensión alimenticia (...) Por todo lo dicho, es dable concluir que no se ha podido decretar el divorcio solicitado, desde que hay un impedimento que afecta al demandante, cual es haber incumplido reiteradamente con su obligación de proporcionar alimentos a su cónyuge e hijos, estando en condiciones

²¹⁸ LEYES & SENTENCIAS, N° 55, Santiago de Chile, Editorial PuntoLex S.A., 2008, p. 9.

²¹⁹ Cfr. Kuncar Oneto, Andrés, “El divorcio unilateral ante el incumplimiento de la obligación alimenticia”, en *Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Olmué, 2008, Carlos Pizarro Wilson (coordinador), Santiago de Chile, LegalPublishing, 2009, pp. 173-193.

de hacerlo...Tampoco se hará lugar a la demanda incidental de cese de la pensión de alimentos que actualmente debe pagar el demandante, pues ella tiene su fundamento en la circunstancia de que sea acogida la demanda de divorcio y, como ello no ha sucedido, ha desaparecido el sustento de la misma.”²²⁰

● Por su parte, en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, se desestima el incumplimiento reiterado de la obligación alimenticia como causal para rechazar la demanda de divorcio, atendiendo al momento en que se produjo tal incumplimiento: “4.- Que encontrándose establecido el cese de la convivencia por el tiempo que señala el inciso tercero del artículo 55 (de la Ley de Matrimonio Civil), es necesario ver si se encuentra acreditado si durante ese tiempo de cese el demandante no dio cumplimiento reiterado a su obligación de alimentos respecto de su cónyuge y de los hijos comunes. 5.- Que de acuerdo a las copias de los expedientes sobre alimentos, del Juzgado de Menores, iniciados en abril de 1979 que rola a fojas 54 y siguientes consta que en los meses de junio de 1979, octubre de 1980, febrero de 1981, febrero, marzo, mayo, junio y septiembre de 1983 y enero de 1984, el demandado fue objeto de diversos apremios para el pago de la pensión alimenticia. Además en la causa Rol número 66.526 del actual Segundo Juzgado del Crimen de esta ciudad (...) también consta que el mismo demandado fue apremiado con arresto en octubre y diciembre de 1998, mayo de 1999 y febrero de 2000, por no pago de pensión alimenticia a su cónyuge (...) 6.- Que efectivamente, de acuerdo a lo analizado en el motivo anterior, el actor en algunas oportunidades fue compelido para el pago de la pensión alimenticia a que fue condenado, pero esa circunstancia no demuestra que éste haya incumplido durante el cese de la convivencia en forma reiterada a su obligación del pago de los alimentos, cosa distinta al apremio, razón por la cual no incurriría en la sanción que establece la disposición legal aplicable al efecto. 7.- Que, a mayor abundamiento, es necesario señalar que el divorcio vincular y, por lo mismo, la sanción contemplada en el inciso 3° del artículo 55, fueron introducidos por la Ley número 19.947, publicada en el Diario Oficial de 17 de mayo de 2004, y que entró a regir el 17 de noviembre de 2004, según se dispuso en su artículo final. 8.- Que como se ha señalado por la jurisprudencia, la privación de la acción de divorcio vincular, por el no pago reiterado de la obligación de alimentos, durante el cese de la convivencia, es una sanción civil, por lo que no es admisible su aplicación con efecto retroactivo, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 9° del Código Civil que expresa que la ley puede sólo disponer para lo futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo. Así el eventual incumplimiento reiterado, cuyo no es el caso de autos, puede acarrear otras sanciones civiles, pero no la privación de acción de divorcio, que no puede aplicarse a los actos ejecutados bajo el imperio de la ley antigua, que no la contemplaba...”²²¹ Se desprende entonces de esta sentencia que la aludida sanción sólo podría operar cuando se cumplan dos condiciones: 1° Que el incumplimiento reiterado se produzca durante el cese de la convivencia; y 2° Que de cualquier manera, se trate de un incumplimiento acaecido después que entró en vigencia la Ley de Matrimonio Civil.

²²⁰ LEYES & SENTENCIAS, N° 40, Santiago de Chile, Editorial PuntoLex S.A., 2007, pp. 48 y 49. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, pronunciada con fecha 30 de abril de 2007.

²²¹ LEYES & SENTENCIAS, N° 40, Santiago de Chile, Editorial PuntoLex S.A., 2007, pp. 53-55. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, pronunciada con fecha 30 de abril de 2007.

- En otra sentencia, de fecha 21 de junio de 2008, de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, se concluye en los mismos términos: “Que, así entonces, no puede colegirse de manera fehaciente el incumplimiento reiterado del actor de su obligación de proporcionar los alimentos ya que, del mérito de los antecedentes referidos precedentemente, se evidencia la actitud de éste para satisfacer el pago de los mismos, sin que pueda soslayarse que el inciso 3° del artículo 55 del cuerpo legal en estudio establece una sanción civil que inhibe acoger la acción de divorcio respecto del cónyuge incumplidor durante el cese efectivo de la convivencia conyugal, no pudiendo aplicarse, como lo sostiene el juez a quo en el considerando décimo con efecto retroactivo, habida consideración que la Ley de Matrimonio Civil, fue publicada en el Diario Oficial de 17 de mayo de 2004 y entró en vigencia seis meses después, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo final de dicho texto.”²²²
- En una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 2 de enero de 2009, se llega a una conclusión distinta de la expuesta en los dos fallos anteriores, pues se afirma respecto de la falta reiterada de cumplimiento de la obligación de alimentos que “No se trata de una sanción, como lo pretende el demandante sino que un requisito legal exigido en materia de familia, teniendo el juez la obligación de verificar que se haya cumplido (...) La juez a quo verificó (...) que el demandante durante el cese de la convivencia, no dio cumplimiento reiterado a su obligación de alimentos, respecto de su cónyuge e hijos comunes. Consiguientemente, aún cuando se encuentra acreditado el cese de la convivencia conyugal por bastante más de tres años, la demanda de divorcio no podrá prosperar”. Sobre esta base, se desestima el argumento en virtud del cual no cabe aplicar con efecto retroactivo la exigencia de haber cumplido por el que demanda el divorcio con su obligación alimenticia, pues si se concluye que no estamos ante una sanción, sino ante un requisito legal, todo demandante deberá cumplirlo, siendo irrelevante en qué tiempo –antes o después de entrar en vigencia la Ley 19.947-, dejó de cumplirse con la aludida obligación.
- En otra sentencia, esta vez de la Corte de Apelaciones de Valdivia, de fecha 3 de noviembre de 2008, se revocó la sentencia de primera instancia, y se rechazó la demanda de divorcio, a consecuencia de haber incumplido el actor su deber de alimentos para con su hijo, en forma reiterada, de junio de 2000 a diciembre de 2002 y ciertos meses del año 2008. La Corte aplicó por ende efecto retroactivo a la norma del inciso 3° del artículo 55, afirmando que no alteraba lo concluido la circunstancia que el hijo de los cónyuges hubiere estado bajo el cuidado del padre entre los años 2003 a 2006, pues aún así, adeudaba el período correspondiente a junio de 2000 a diciembre de 2002.²²³
- A su vez, adoptando una posición en cierta forma ecléctica, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua de fecha 6 de noviembre de 2006, acoge la demanda de divorcio, sobre la base de los siguientes hechos: se produjo un primer cese de la convivencia en el año 1973, que motivó que la mujer demandare al marido por alimentos. Tras reanudarse la vida en común, en el año 1985 se produjo el cese definitivo de la convivencia. Ahora bien, si bien es cierto que respecto del pago de las pensiones de

²²² LEYES & SENTENCIAS, N° 63, Santiago de Chile, Editorial PuntoLex S.A., 2008.

²²³ www.legisnews.com Boletín diario de Jurisprudencia Chilena.

alimentos decretadas en el juicio del año 1973 se probó el incumplimiento reiterado por parte del marido, “lo cierto es que en el período de cese de la convivencia que se invoca para la solicitud de divorcio comienza en el año 1985, fecha en que la demandada interpone una nueva demanda de alimentos (...) de cuyo expediente no se puede establecer si el alimentante cumplió o no con el pago de las pensiones alimenticias. Así, el período a considerar para los efectos de establecer si el demandante de autos incumplió o no su obligación de dar alimentos es del año 1985 en adelante, fecha en que se produce el cese definitivo de la convivencia; sin embargo, no se allegaron a los autos antecedentes para probar dicho incumplimiento por la parte que alega dicha circunstancia.”²²⁴ Afirmábamos que se trata de una postura ecléctica, pues si bien acepta la sentencia que el incumplimiento pueda haber acaecido antes de entrar en vigencia la Ley 19.947, restringe el período susceptible de ser analizado al que corresponde al cese definitivo de la convivencia.

- En otra sentencia, pronunciada por la Corte de Apelaciones de Concepción con fecha 3 de julio de 2006, se desestimó la alegación de la demandada, en orden a rechazar la demanda de divorcio por no haber dado cumplimiento el actor a su obligación de pagar los alimentos, sobre la base de encontrarse éste declarado en quiebra, y por ende, habiéndose producido el desasimiento en la administración de sus negocios jurídicos, era imposible que el fallido hubiere satisfecho la deuda. Señala este fallo que “...corresponde analizar, en primer lugar, si la declaratoria de quiebra que afecta al actor constituye impedimento suficiente para dejar de cumplir la obligación alimenticia a favor de su cónyuge...” La Corte concluye que el demandante se encontraba en la imposibilidad legal de atender al pago de la deuda de alimentos, agregándose que “Tan cierto es lo que se viene diciendo, que al declararse la quiebra los juicios de alimentos, mayores o menores, deben acumularse al juicio de quiebra, pues, el inciso 2° del artículo 70 de la Ley número 18.175 señala los juicios que escapan a la acumulación y entre ellos no figura el de alimentos.” Se agrega, en la misma línea de la sentencia de la Corte de Chillán antes citada, que “La privación de la acción de divorcio vincular por el no pago reiterado de la obligación de alimentos, durante el cese de la convivencia, para el alimentante, constituye una verdadera sanción civil, de manera que no parece admisible su aplicación con efecto retroactivo, como se pretende por la demandada en el caso”.²²⁵

- Por su parte, en un fallo de la Corte de Apelaciones de Arica de fecha 31 de agosto de 2006, se reitera que una demanda de alimentos iniciada en contra del actor del juicio de divorcio con posterioridad a la interposición de la demanda de divorcio, no puede ser estimada como un antecedente suficiente para dar por sentada la falta de titularidad del demandante, razón por la cual se desestimó dicho argumento para rechazar esta última demanda.²²⁶

- A su vez, en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó de fecha 16 de mayo de 2007, se desestimó lo alegado por la demandada, en orden a rechazar la acción de divorcio a consecuencia del incumplimiento reiterado de la obligación alimenticia, sobre la base de los siguientes argumentos: “Que de los antecedentes probatorios (...) apreciados

²²⁴ www.legisnews.com Boletín diario de Jurisprudencia Chilena.

²²⁵ LEYES & SENTENCIAS, N° 22, Santiago de Chile, Editorial PuntoLex S.A., 2006, pp. 69-72.

²²⁶ www.lexisnexus.cl (consultada en septiembre de 2007).

conforme a las reglas de la sana crítica, es posible adquirir convicción en orden a que el cese de la convivencia conyugal entre las partes se produjo hace más de cuarenta años (...) Que en cuanto al cumplimiento de la obligación alimenticia a que el demandante se encontraba obligado con respecto a su cónyuge e hijos, cabe tener presente que según la misma demandada ha reconocido, jamás requirió judicialmente la determinación de ésta obligación ni su cumplimiento, no obstante estar en conocimiento del derecho que le asistía tanto a ella como a sus hijos, a lo que debe agregarse el testimonio de los testigos (...) quienes en forma conteste y dando razón de sus dichos, manifiestan que el actor ayudaba semanalmente con dinero a su mujer (...) Que los antecedentes referidos (...) llevan a concluir que en la especie no ha habido un incumplimiento reiterado y prolongado de la obligación alimenticia por parte del demandante, lo que además se ve confirmado por el largo período en que las partes han estado separadas de hecho, más de cuarenta años, resultando inatendible en la demandada una actitud de pasividad tan evidente frente a su derecho para exigir alimentos y que encuentra explicación en el aporte que regularmente percibía del actor. Que, en consecuencia, concluyéndose que se encuentra suficientemente cumplido el tiempo mínimo que al efecto prescribe el artículo 55 inciso tercero de la Ley número 19.947, y que no ha existido incumplimiento reiterado de la obligación alimenticia, forzoso resulta acoger la demanda”.²²⁷ De cualquier manera, más allá de los matices que se desprenden de las sentencias citadas, podemos afirmar que esta exigencia de la ley, en orden a que el demandante no se encuentre en situación de incumplimiento de su obligación de proporcionar alimentos, constituye una manifestación del principio de la protección al cónyuge más débil y del principio del interés superior de los niños, ambos consagrados en el artículo 3º de la Ley de Matrimonio Civil.²²⁸

En el caso que la demanda de divorcio hubiere sido rechazada por incumplimiento reiterado del actor de su obligación de pagar los alimentos que debía al cónyuge demandado o a los hijos comunes, la acción podría renovarse con posterioridad, transcurrido un nuevo plazo de tres años de cese efectivo de la convivencia, dentro del cual se haya cumplido con la obligación alimenticia.²²⁹

En cuanto a la frase “pudiendo hacerlo”, referida a la obligación de proporcionar alimentos, debemos tener presente las normas que al efecto establece la Ley 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, cuyo artículo 3º contiene las siguientes reglas:

- i) Para los efectos de decretar los alimentos cuando un menor los solicitare de su padre o madre, **se presumirá** que el alimentante tiene los medios para otorgarlos. La presunción opera, entonces, sólo si quien demanda es el hijo menor de edad;
- ii) En virtud de la referida presunción, la ley establece montos mínimos para la pensión de alimentos, de acuerdo a lo que seguidamente se expresa.

²²⁷ www.legisnews.com Boletín diario de Jurisprudencia Chilena.

²²⁸ Orrego Acuña, Juan Andrés, *Análisis de la nueva Ley de Matrimonio Civil*, Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, 2005, 2a edición, pp. 128 y 129.

²²⁹ Ramos Pazos, René, “Aspectos destacados de la Ley número 19.947 sobre Matrimonio Civil”, *Colección de Monografías Derecho Privado*, Universidad de Concepción, 2004, p. 39.

- iii) La pensión alimenticia que se decrete a favor de un menor alimentario no podrá ser inferior al 40% del ingreso mínimo remuneracional que corresponda según la edad del alimentante;
- iv) Tratándose de dos o más menores, el monto de la pensión alimenticia no podrá ser inferior al 30% por cada uno de ellos;
- v) El juez podrá rebajar prudencialmente los montos mínimos antes señalados, si el alimentante justificare que carece de los medios para pagarlos;
- vi) Cuando los alimentos decretados no fueren pagados o no fueren suficientes para solventar las necesidades del hijo, el alimentario podrá demandar a los abuelos, de conformidad con lo que establece el artículo 232 del Código Civil. Cabe destacar que esta disposición, establece las siguientes reglas:
 - 1º La obligación de alimentar al hijo que carece de bienes, puede pasar a los abuelos;
 - 2º Ello acontecerá, en dos casos:
 - 2.1. Por la falta de ambos padres;
 - 2.2. Por la insuficiencia de ambos padres.
 - 3º En caso de insuficiencia de uno de los padres, la obligación pasará en primer lugar a los abuelos de la línea del padre o madre que no provee, y en subsidio de éstos, a los abuelos de la otra línea.

Esta causal, como puede observarse, permite solicitar el divorcio por uno solo de los cónyuges, siempre que se cumplan los requisitos mencionados. En todo caso, no se trata, como se expresó en este trabajo, de lo que se conoce, en el derecho comparado, como divorcio unilateral, pues no basta con la sola manifestación de voluntad del cónyuge demandante, sino que, además, deben cumplirse con los requisitos previstos en la ley.

c) Causal que autoriza a los cónyuges para solicitar de común acuerdo el divorcio.

El inc. 1º del art. 55 de la Ley de Matrimonio Civil establece que el divorcio será decretado por el juez, cumpliéndose con lo siguientes requisitos:

- Que ambos cónyuges lo soliciten de común acuerdo²³⁰;

²³⁰ En los juzgados civiles de Santiago, durante los meses posteriores a la entrada en vigencia de la Ley de Matrimonio Civil, se observó un criterio dispar en cuanto a la forma de presentar la solicitud de divorcio, cuando los cónyuges están de acuerdo. Para algunos juzgados, basta una presentación conjunta. Para otros tribunales, a pesar del acuerdo, uno de los cónyuges debe demandar al otro. Personalmente, creemos más ajustada al espíritu de la ley la primera fórmula, pudiendo ambos cónyuges designar un abogado patrocinante y apoderado común. Lo prudente, con todo, sería averiguar previamente cual de los dos criterios acepta el tribunal competente. En cualquier caso, el tribunal, interpuesta la demanda, deberá citar a la pertinente audiencia de conciliación. Los autores han concordado acerca de la interposición conjunta de la demanda (López Díaz Carlos, ob. cit., p. 278; Barrientos Grandón Javier y Novales Alquézar, Aranzazú, ob. cit., pp. 382 y 383). Sobre el particular, con fecha 6 de septiembre de 2006, la Corte de Apelaciones de Concepción, expresa una opinión contraria, indicándose: “1.- Que esta Corte no comparte el dictamen de la Fiscal Judicial, en cuanto a que en los juicios de divorcio de común acuerdo no pueden ambas partes ser

- Que los cónyuges acrediten que ha cesado su convivencia durante **un lapso mayor de un año**;
- Que se acompañe un acuerdo que, ajustándose a la ley, regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. La exigencia legal, en orden a presentar este acuerdo que debe reunir los requisitos que indicaremos seguidamente, constituye también una manifestación del principio del interés superior de los hijos y del principio de protección del cónyuge más débil.

El acuerdo será **completo**, si regula todas y cada una de las materias indicadas en el art. 21 de la Ley de Matrimonio Civil, vale decir:

i) Respecto a los cónyuges, deberá aludir el acuerdo a la regulación de sus relaciones mutuas, especialmente en lo concerniente a:

1º los alimentos que se deban²³¹; y

2º las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio (art. 21º, inc. 1º).

ii) Si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos:

1º el régimen aplicable a los alimentos;

2º el cuidado personal de los hijos; y

3º la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquél de los padres que no los tuviere bajo su cuidado (art. 21º, inc. 2º).

El acuerdo será **suficiente**:

i) Si resguarda el interés superior de los hijos;

ii) Si procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura; y

iii) Si establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita²³².

Se trata, como ya analizamos, del mismo acuerdo previsto en la separación de los cónyuges, tanto de hecho como judicial.

d) Cómputo del plazo del cese de la convivencia de los cónyuges.

patrocinadas y representadas por un solo abogado. Lo anterior porque entiende esta Corte que si ambas partes lo piden de común acuerdo, se está frente a una gestión no contenciosa. No puede haber juicio cuando la pretensión de las dos partes es la misma: que se ponga término al matrimonio por haber cesado la convivencia durante un lapso mayor de un año. El lenguaje que emplea el inciso 1º del artículo 55 de la Ley número 19.947: 'el divorcio será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común acuerdo' es suficientemente ilustrativo, pues no habla de demanda. 2.- Que, lo dicho en el fundamento anterior, no significa que no deba darse cumplimiento en estas causas a las exigencias que la ley prescribe. Desde luego, debe probarse el cese de la convivencia por el plazo legal, requisito que en el caso de autos aparece satisfecho con las declaraciones de los testigos...": *LEYES & SENTENCIAS*, N° 26, Santiago de Chile, 2006, pp. 55 y 56. La sentencia parcialmente transcrita es especialmente interesante, porque fue redactada por el profesor René Ramos Pazos, abogado integrante del mencionado tribunal colegiado.

²³¹ Se trata de los alimentos devengados pero no pagados, y no de alimentos que vayan a persistir después del divorcio, pues operando éste, cesa el deber de socorro entre los cónyuges.

²³² Fundamentalmente, se trata de la compensación económica.

Distinguimos al efecto, entre los matrimonios celebrados con antelación a la entrada en vigencia de la ley (o sea, antes del 18 de noviembre de 2004) y aquellos celebrados a partir de esa data.

d.1) Cómputo del plazo del cese de la convivencia entre los cónyuges, tratándose de los matrimonios celebrados a partir del 18 de noviembre de 2004.

El inc. 4º del art. 55, dispone que, 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 de la Ley de Matrimonio Civil, según corresponda. Recordemos que el art. 22, se refiere al acuerdo de los cónyuges separados de hecho, acerca de la fecha en que cesó la convivencia, mientras que el art. 25 alude a hipótesis en las que la fecha cierta emana de actos realizados por uno solo de los cónyuges.

En consecuencia, sea que el divorcio se pida por los cónyuges de común acuerdo, sea que se pida por uno de ellos en forma unilateral, los plazos de uno y tres años cabales, sólo se contarán:

- Si hay acuerdo escrito entre los cónyuges, acerca de la fecha en que cesó la convivencia, expresado en alguno de los siguientes documentos:

1º escritura pública, o acta extendida y protocolizada ante notario público;

2º acta extendida ante un Oficial del Registro Civil, o

3º transacción aprobada judicialmente (art. 22, inc. 1º).

Adicionalmente, si el cumplimiento del acuerdo requiriese una inscripción, subinscripción o anotación en un registro público, se tendrá por fecha del cese de la convivencia aquélla en que se cumpla tal formalidad (art. 22º, inc. 2º).

En todo caso, la declaración de nulidad de una o más de las cláusulas de un acuerdo que conste por medio de alguno de los instrumentos señalados en el inc. 1º del art. 22º, no afectará el mérito de aquél para otorgar una fecha cierta al cese de la convivencia (art. 22º, inc. 3º).

- Si no hay acuerdo entre los cónyuges acerca de la fecha en que cesó la convivencia, esta se deducirá de los siguientes actos, realizados por uno solo de los cónyuges:

1º A partir de la notificación de la demanda, en el caso del art. 23º;

2º Si no mediando acuerdo ni demanda entre los cónyuges, uno de ellos ha expresado su voluntad de poner fin a la convivencia a través de cualquiera de los instrumentos señalados en las letras a) y b) del art. 22º (vale decir, escritura pública o acta extendida y protocolizada ante notario público; o acta extendida ante un Oficial del Registro Civil) o dejado constancia de dicha intención ante el juzgado correspondiente, y se notifique al otro cónyuge. En tales casos, se tratará de una gestión voluntaria y se podrá comparecer personalmente. La notificación se practicará según las reglas generales (art. 25º). Reiteramos aquí lo expresado a propósito de la separación judicial, en cuanto a que la notificación debe ser personal y que habrá fecha cierta a partir del momento en que aquella se practique.

Con todo, tratándose especialmente de divorcios solicitados de común acuerdo, los tribunales superiores han concluido que la prueba del cese de la convivencia no está circunscrita a los instrumentos contemplados en el art. 22 de la Ley, existiendo al efecto

“libertad probatoria”, la que se desprendería de los arts. 28 y 29 de la Ley N° 19.968. Reproducimos a continuación los planteamientos de algunos de estos fallos:

- Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel de fecha 11 de octubre de 2016, autos Rol N° 624-2014:

“Primero: Que en el caso sub-lite, la acción corresponde a la de divorcio por cese de convivencia, de un matrimonio celebrado el 15 de Octubre de dos mil once, esto es, bajo la vigencia de la actual Ley de Matrimonio Civil, conforme se acreditó en autos con el correspondiente certificado acompañado al proceso. Para acreditar el cese de la convivencia conyugal, en este caso de tres años, la parte que lo solicito, se valió de la prueba documental aludida, como también, de la señalada en las letras a y b del motivo octavo de la sentencia de primer grado, además de la testimonial, consistente en la declaración de la madre del requirente, doña María Teresa (...), de Priscilla (...) y Luis Alberto (...) que depusieron sobre la efectividad de este hecho, infiriéndose de esos testimonios que no medió reanudación de la vida en común desde el mes de agosto o septiembre del año dos mil doce .

Segundo: Que, al respecto, cabe señalar que, acorde con lo que establece el artículo 28 de la Ley N° 19.968, en procedimientos de materias de familia rige el principio de libertad de prueba, al señalar la referida disposición que: “Todos los hechos que resulten pertinentes para la adecuada resolución del conflicto familiar sometido al conocimiento del juez podrán ser probados por cualquier medio producido en conformidad a la ley”. En virtud de la aludida libertad probatoria, el artículo siguiente, el 29, establece que las partes pueden ofrecer los medios de prueba de que dispongan, pudiendo incluso pedirse lleve a cabo la generación de otros que tengan conocimiento y que no dependan de ellas, y se permite al juez que de oficio pueda ordenar que se acompañen todos aquellos medios de prueba de que tome conocimiento o que, a su juicio, resulte necesario producir en atención a la materia de que se trate.

Tercero: Que si bien la Ley de Matrimonio Civil distingue, para efectos de acreditar el cese de la convivencia conyugal, entre matrimonios celebrados antes y después a su entrada en vigencia, al disponer en su artículo 2° transitorio que no regirán para los primeros las limitaciones señaladas en sus artículos 22 y 25, normas que señalan a partir de cuándo se le asigna fecha cierta a tal hecho, ese tratamiento del legislador no implica, de modo alguno, una restricción probatoria para este segundo grupo de matrimonios, en el sentido que la acreditación de tal presupuesto se reduzca únicamente a los medios de prueba que dichas normas señalan, pues ello atenta contra el principio de libertad de prueba que rige el caso sub-lite. Cuarto: Que, así las cosas, resultando plenamente acreditado el cese de la convivencia de las parte -hecho ocurrido el año dos mil doce- y las circunstancia de no haber mediado reanudación de la vida en común, con el mérito de la prueba rendida, cumpliéndose en la especie, con los presupuestos legales previstos en el inciso 3° del artículo 55 de la Ley 19.947, la demanda de divorcio por cese de convivencia será acogida. Quinto: Que, por lo razonado disintiendo de la opinión de la señora Fiscal Judicial en su dictamen de 17 de agosto de dos mil dieciséis, se accederá a declarar el divorcio por cese de convivencia solicitado por demandante reconventional.

Por estas consideraciones y acorde con lo que dispone el artículo 67 de la Ley 19.968 se declara que:

Se revoca, en lo apelado la sentencia de doce de julio último dictada por el Segundo Juzgado de Familia de San Miguel y, en su lugar se decide, que se acoge la solicitud presentada por don Renato (...), declarándose el divorcio de su matrimonio celebrado con doña Daniela Estefanía (...) el 15 de octubre del año dos mil once, en la circunscripción Renca, inscrito bajo el N° (...) del mismo año, por la causal cese de convivencia.

Practíquese la correspondiente suscripción, en su oportunidad.

Regístrese y devuélvase.

Redacción de la Ministra María Stella Elgarista Álvarez.

Rol N° 624-2016 Fam.

Pronunciada por la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel integrada por las Ministras señora Lya Cabello Abdala, señora María Stella Elgarista Álvarez y señora Carmen Gloria Escanilla Pérez”.

● Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 7 de abril de 2017, autos Rol N° 493-2017:

“Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada de fecha veintiséis de enero de dos mil diecisiete, eliminando su considerando séptimo y se tiene en su lugar presente: Primero: Que, en estos autos RIT C-6605-2016 seguida por divorcio de común acuerdo ante el Segundo Juzgado de Familia de Santiago, los solicitantes MEOC y doña YKCA, han solicitado se declare terminado el matrimonio celebrado entre ambos por divorcio de mutuo acuerdo. Exponen que contrajeron dicho vínculo con fecha 31 de marzo de 2011, bajo el régimen de separación total de bienes ante el oficial de Registro Civil de Independencia, el que fue inscrito bajo el N° (...) del Registro de Matrimonio del mismo año. Agregan que de tal unión nació una hija de actuales 4 años de edad. Que por desavenencias irreconciliables en su relación de pareja, en el mes de enero de 2013 cesó definitivamente su convivencia conyugal, y desde entonces viven separados, no habiéndose reanudado la vida en común, petición que la juez a quo rechazó por estimar que no se acreditó suficientemente el cese de la vida en común con la prueba aportada, esto es el testimonio de dos testigos.

Segundo: Que en contra de dicha sentencia se ha deducido recurso de apelación por estimar que el sentenciador a quo yerra en la interpretación de la norma, dado que habiéndose ejercitado la acción de divorcio de común acuerdo cuyo matrimonio fue celebrado el 31 de marzo de 2011, por hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 19.947, específicamente por haber cesado la convivencia entre ambos por un lapso mayor a un año, según la causal prevista en el artículo 55 inciso 1° de la citada Ley de Matrimonio Civil. Así el artículo 55 inciso 4° señala que “en todo caso se entenderá que el cese de convivencia no se ha producido con anterioridad a las fechas a que se refieren los artículos 22 y 25, según corresponda”, estableciendo éstos una serie de limitantes las que el recurrente estima erróneas, dado el principio de libertad de prueba que inspira a los tribunales de Familia, sustentado en la sana crítica, lo que implica interpretar el artículo 2° transitorio de la Ley de Matrimonio Civil como un complemento de lo que disponen los artículos 22 y 25 de la ley en cuestión, y no como un norma reguladora de la prueba que establece una total improcedencia en determinados casos de otros medios de prueba señalados en los artículos 22 y 25. Conforme a ello- sostiene el recurrente-la señora YC y don MO, cesaron su convivencia hace más de cuatro años, puesto que la prueba testimonial rendida por estos, fue conteste y dieron

razón de sus dichos, a lo que cabe agregar la documental aportada, resultando una exigencia no prevista en la ley que además de lo anterior, se acredite que alguno de ellos o ambos tengan una nueva pareja.

Tercero: Que, resulta ajustado a derecho sostener que la supuesta limitación de la prueba que según algunos contiene la normativa contenida, no es tal, en razón de que los artículos 22 y 25 de la Ley 19.947 solo viene a regular la situación de hecho entre los cónyuges y dan normas encaminadas a pre constituir prueba que justifique un hecho, como lo es en la especie, la conclusión de la vida marital o el cese de la convivencia entre los cónyuges, misma opinión sustentada por el señor Fiscal Judicial.

De esta forma, aparece que el juez de la causa, llamado a determinar si en el caso concreto se dan o no los presupuestos del divorcio del inciso 1° del artículo 55 de la Ley de Matrimonio Civil, ha errado en las exigencias legales, dado que habiéndose acreditado que el cese de la convivencia ha durado más de un año, corresponde aceptar como medios de prueba otros diversos de los mencionados en los artículos 22 y 25 ya mencionados, tales como testigos, los que en este caso resultan contestes y dan razón de sus dichos a lo que cabe agregar la documental aportada, prueba que ponderada y analizada, conforme a las reglas de la sana crítica, ha podido perfectamente acreditar el hecho en disputa, esto es el cese de la convivencia por más de un año, todo ello conforme a las reglas de la sana crítica.

Por estas razones y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 22, 25, 55 inciso 1° de la Ley 19.947; artículos 28, 32, 67 de la Ley 19.968 y demás normas pertinentes, se resuelve:

I.- Que se revoca la sentencia dictada con fecha veintiséis de enero de dos mil diecisiete, por el Segundo Juzgado de Familia de Santiago, y en su lugar se decide que se acoge la solicitud de divorcio deducido de común acuerdo por don MEOC Run (...), y doña YKCA Rut (...).

Notifíquese y practíquense las inscripciones y subinscripciones que fueren procedentes, ejecutoriada que sea la presente sentencia.

Regístrese y archívese en su oportunidad.

Redactada por la Ministro señora Viviana Cecilia Toro Ojeda. Familia 493-2017.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Mireya Eugenia Lopez M., Viviana Toro O. y Ministra Suplente Paola Andrea Robinovich M. Santiago, siete de abril de dos mil diecisiete”.

● Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 22 de enero de 2018, autos Rol N° 3.101-2017:

“1°) Que la parte demandante ha deducido apelación en contra de la sentencia definitiva de primera instancia que, en lo pertinente, rechazó la demanda de divorcio de mutuo acuerdo y la compensación económica, por desestimar la prueba testimonial como medio para demostrar el cese de la convivencia, en circunstancias que, según argumenta el apelante, en la materia impera la libertad probatoria.

2°) Que tal como ha señalado esta Corte con antelación, citándose al efecto como referencia la causa rol 1598-2017 este Tribunal de Alzada no comparte la tesis del juzgador en orden a restringir la posibilidad de acreditar el cese efectivo de la convivencia conforme lo disponen los artículos 22 y 25 de la Ley 19.947, a otra forma diversa a las que en ellos se expone. Así, cabe hacer presente que el artículo 55 inciso 4° de la citada Ley señala que “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”,

limitando entonces la procedencia de pruebas distintas para el periodo anterior, a tales documentos, pero dejando a salvo el sistema probatorio general para los períodos coetáneos o posteriores y para el caso de no existir tales documentos que, según la misma ley tienen mérito en sí mismos para dar fecha cierta al cese de convivencia, sin que ello obste a la posibilidad de acreditarla por otros medios como en la especie ha ocurrido.

3°) Que así, para acreditar el cese de la convivencia depusieron en la causa dos testigos cuyas declaraciones se han reproducido en el motivo 21° de la sentencia que se revisa y que dan cuenta que la convivencia cesó entre los cónyuges en el mes de julio de 2016, hecho que se ve ratificado con el acta unilateral de cese de convivencia de 1° de julio de 2016 realizada por la demandante María Celeste (...) ante la Oficial Civil Adjunto del Registro Civil de Santiago; y la declaración conteste de ambos cónyuges manifestada en la demanda, en la que de común acuerdo refieren como fecha de cese el mencionado 1° de julio de 2016.

4°) Que así habiéndose probado que los solicitantes habían cesado en su convivencia con más de un año de antelación a la fecha en que pidieron la declaración de divorcio -23 de agosto de 2017- cabe tener por cumplido el requisito establecido en el artículo 55 inciso primero de la Ley 19.947 para hacer lugar al divorcio solicitado por ambos cónyuges al haber efectuado la presentación de consuno.

5°) Que, por lo antes razonado, esta Corte comparte lo dictaminado por la señora Fiscal Judicial en orden a revocar el fallo en alzada.

6°) Que en lo que se refiere al acuerdo sobre compensación económica, al haberse presentado por ambos cónyuges un acuerdo completo y suficiente consistente en la cesión del 50% de los derechos que le corresponden en el inmueble social a don Alexis Sebastián (...), habrá este de tenerse por aprobado.

Y visto además, lo dispuesto en los artículos 67 de la Ley 19.968 y 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, SE REVOCA la sentencia apelada de ocho de septiembre de dos mil diecisiete dictada por el Primer Juzgado de Familia de Santiago en los autos RIT C 5311-2017 y en su lugar se declara que:

I.- Se acoge la demanda de divorcio por mutuo acuerdo interpuesta por María Celeste (...) y don Alexis Sebastián (...), declarándose en consecuencia terminado por divorcio el matrimonio celebrado entre ambos con fecha 30 de abril de 2007 en la comuna de San Bernardo, e inscrito en el Registro de Matrimonios de la Circunscripción de San Bernardo del Registro Civil bajo el N° (...) del Registro de Matrimonios del mismo año y circunscripción.

II.- Se acoge el acuerdo sobre compensación económica en los términos planteados presentado por las partes en la demanda.

Practíquese la sub inscripción correspondiente.

Regístrese y comuníquese.

Redacción de la Ministra señora Mireya López Miranda.

Rol N° 3101-2017.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Mireya Eugenia López M., Patricia Liliana Gonzalez Q. y Ministro Suplente Juan Manuel Escobar S”.

d.2) Cómputo del plazo del cese de la convivencia entre los cónyuges, tratándose de los matrimonios celebrados antes del 18 de noviembre de 2004.

Rige en este caso, lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 2º transitorio de la Ley de Matrimonio Civil, que establece que no regirán las limitaciones señaladas en los artículos 22 y 25 de la Ley de Matrimonio Civil para comprobar la fecha de cese de la convivencia entre los cónyuges. Por ende, tal hecho podría acreditarse por otros medios de prueba, distintos a los consignados en ambas disposiciones (instrumentos privados, testigos, etc.). Sin embargo, el mismo inciso 3º advierte que el juez podrá estimar que no se ha acreditado el cese de la convivencia, si los medios de prueba aportados al proceso no le permiten formarse plena convicción sobre ese hecho.

Con todo, subsiste una importante limitación: de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1º transitorio, regla tercera, número siete, de la Ley de Matrimonio Civil, la prueba confesional no será suficiente para acreditar la fecha de cese de la convivencia entre los cónyuges.

La limitación anterior, corrobora que no hay divorcio por el simple acuerdo de los cónyuges ni menos por la mera solicitud unilateral de uno de ellos.

Lo expuesto acerca de la prueba del cese de la convivencia en el juicio de divorcio, rige también para el juicio de separación judicial.

El último inciso del art. 55, establece que la reanudación de la vida en común de los cónyuges, con ánimo de permanencia, interrumpe el cómputo de los plazos a que se refiere el citado precepto. Nada dispone la ley acerca de la prueba de la reanudación de la vida en común (y no podría aplicarse el art. 39 de la Ley de Matrimonio Civil, pues tal precepto sólo es aplicable para la reanudación de la convivencia acaecida después del 18 de noviembre de 2004), de manera que debiéramos entender que el cónyuge que la alegue, podrá acreditarla a través de cualquiera de los medios de prueba que franquea la ley.

3.- De la titularidad y el ejercicio de la acción de divorcio.

De conformidad al art. 56 de la Ley de Matrimonio Civil, la acción de divorcio pertenece exclusivamente a los cónyuges. En principio, cualquiera de ellos podrá demandarlo. Sin embargo, cuando se invoque la causal contemplada en el art. 54 de la Ley de Matrimonio Civil (esto es, incurrir el cónyuge en una falta que implique una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio a los cónyuges; o una violación grave de los deberes y obligaciones para con los hijos; y en la medida en que la falta, de la gravedad señalada, torne intolerable la vida en común) la acción corresponderá sólo al cónyuge que no hubiere dado lugar a aquélla.

El art. 57 de la Ley de Matrimonio Civil, por su parte, establece que la acción de divorcio es irrenunciable y no se extingue por el mero transcurso del tiempo.

A su vez, el art. 58 de la Ley de Matrimonio Civil, dispone que el cónyuge menor de edad y el interdicto por disipación son hábiles para ejercer por sí mismos la acción de divorcio, sin perjuicio de su derecho a actuar por intermedio de representantes

(recordemos que la misma regla se establece en el art. 46 de la Ley de Matrimonio Civil, respecto a la nulidad del matrimonio).

De los artículos 56, 57 y 58, podemos deducir que la acción de divorcio tiene las siguientes características:

- Es una acción personalísima, que sólo los cónyuges pueden deducir;²³³ por ello, la pueden deducir incluso los cónyuges incapaces, como lo son el menor adulto capaz de contraer matrimonio y el disipador interdicto.
- En ciertos casos, sólo puede deducirla el cónyuge que no haya incurrido en la causal que justifica la declaración del divorcio;
- Es una acción irrenunciable²³⁴;
- Es una acción imprescriptible²³⁵.

En relación a esta última característica, cabe tener presente, sin embargo, que tratándose de un divorcio-sanción, podría ocurrir que la acción se rechace, si no se cumple la exigencia legal en virtud de la cual la trasgresión grave en la que incurrió uno de los cónyuges, debe haber tornado “intolerable la vida en común”. En efecto, tal como se refirió, si después de dicha trasgresión (por ejemplo, por infracción reiterada al deber de fidelidad), opero una reconciliación de los cónyuges, al reanudar la vida en común o simplemente consentir en mantener la convivencia, no sería posible, con posterioridad, demandar el divorcio (a menos que se acuse una nueva trasgresión).

4.- De los efectos del divorcio.

Distinguimos entre los efectos de la sentencia de divorcio en relación a los cónyuges y respecto de terceros:

- Entre los cónyuges: el divorcio producirá efectos desde que quede ejecutoriada la sentencia que lo declare (art. 59, inc. 1º de la Ley de Matrimonio Civil);
- Respecto de terceros: la sentencia ejecutoriada en que se declare el divorcio deberá subinscribirse al margen de la respectiva inscripción matrimonial. Efectuada la subinscripción, la sentencia será oponible a terceros y los que eran cónyuges adquirirán el **estado civil de divorciados**, con lo que podrán volver a contraer matrimonio (art. 59, inc. 2º).

Como podemos observar, la ley ha creado un nuevo estado civil: el de divorciado, que debemos sumar al de soltero, casado, viudo y separado judicialmente.

Como una consecuencia lógica de la disolución del matrimonio, el divorcio pone fin también a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio

²³³ Se mantuvo el mismo principio que establecía el artículo 24 de la Ley de 1884.

²³⁴ Como destaca el profesor Court, al contemplarse la irrenunciabilidad de la acción de divorcio, el legislador se pronuncia por el establecimiento de una sola clase de matrimonio (con divorcio), desechando la posibilidad de que los contrayentes puedan optar por un matrimonio con divorcio o uno sin divorcio: Court Murasso, Eduardo, *Nueva Ley de Matrimonio Civil. Ley 19.947 de 2004 analizada y comentada*, Editorial Legis, Bogotá, 2004, p. 90.

²³⁵ En la ley de 1884, se extinguía la acción por prescripción de un año, contado desde que se había tenido conocimiento del hecho en que se fundaba (artículo 26). Dado que se trataba de una prescripción de corto tiempo, se regía por el artículo 2524 del Código Civil y no se suspendía, vale decir, corría contra toda clase de personas.

se funda en la existencia del matrimonio, como los derechos sucesorios recíprocos y el derecho de alimentos, sin perjuicio de la compensación económica a la que aludiremos en el capítulo siguiente (art. 60 de la Ley de Matrimonio Civil).

De conformidad a lo previsto en el art. 227 del Código Orgánico de Tribunales, y al igual que ocurre tratándose de la separación judicial y la nulidad, los cónyuges, de común acuerdo, pueden solicitar al juez, durante el juicio de divorcio, que liquide la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales que hubo entre marido y mujer.

Cabe consignar que el parentesco por afinidad no desaparece con la sentencia de divorcio, como lo da a entender claramente el art. 31 del Código Civil, al aludir a persona “que está o ha estado casada”. Por lo tanto, los divorciados, siguen siendo parientes por afinidad, con los consanguíneos del cónyuge de quien se han divorciado.

VII.- DE LAS REGLAS COMUNES A CIERTOS CASOS DE SEPARACION, NULIDAD Y DIVORCIO.

Trata este capítulo de dos materias, que analizaremos en el mismo orden: la compensación económica y la conciliación.²³⁶

1.- De la compensación económica.

a) Fundamento y naturaleza jurídica de la institución.

Introdujo la Ley de Matrimonio Civil, una compensación económica en favor del cónyuge económicamente más débil. Se trata en consecuencia de una aplicación del principio consagrado en el art. 3º, inc. 1º de la Ley de Matrimonio Civil.

Inicialmente, durante la discusión de la ley en el Senado, se propuso, como una de las alternativas que podía determinar el juez, a petición de parte, para evitar que a consecuencia del divorcio alguno de los cónyuges quedare imposibilitado para su mantenimiento, decretar el pago de una pensión compensatoria por un período que no excediere de cinco años, contados desde la fecha en que quedare ejecutoriada la sentencia que decretare el divorcio. El mismo derecho podría invocar, en caso de nulidad de matrimonio, el presunto cónyuge, que hubiere contraído el matrimonio de buena fe y tenido a su cargo el cuidado cotidiano del hogar o de los hijos comunes²³⁷.

Javier Barrientos Grandón y Aranzazú Novales Alquézar, han señalado los siguientes fundamentos que harían procedente una compensación al término del matrimonio:

²³⁶ La Ley N° 20.286, publicada en el Diario Oficial de fecha 15 de septiembre de 2008, suprimió el Párrafo 3º del Capítulo VII de la Ley de Matrimonio Civil, integrado por los artículos 71 a 79, y que trataba “De la Mediación”. Hoy, ésta materia ha quedado regulada en la Ley sobre Tribunales de Familia, en su Título V, “De la Mediación Familiar”; artículos 103 a 114. Para efectos de guardar el debido orden, hemos incluido al final de este apunte, un capítulo sobre esta materia, pues siendo materia de Derecho de Familia, no está ya en la Ley de Matrimonio Civil.

²³⁷ Barrientos Grandón Javier, Novales Alquézar, Aranzazú, ob. cit., pp. 402 y 403.

1° El desequilibrio económico entre los cónyuges, causado directa o indirectamente por el matrimonio. Tal desequilibrio, señalan los autores citados, puede observarse en diversos ámbitos:

- Un desequilibrio en relación a la posición que tenían los cónyuges al momento de contraer matrimonio (lo que ocurrirá, cuando la situación económica de uno de los cónyuges ha empeorado, en relación a aquella que tenía al momento de contraer matrimonio);
- Un desequilibrio en relación con la posición que se tenía durante el matrimonio (lo que ocurrirá, cuando la situación económica de uno de los cónyuges ha empeorado, en relación a aquella que tenía mientras subsistía el matrimonio y la vida en común);
- Un desequilibrio en relación con la posición en que quedan con miras a enfrentar la vida separada (lo que ocurrirá cuando los cónyuges no queden en igualdad de condiciones, para enfrentar la vida de manera separada).

2° Necesidad o carencia de medios de un cónyuge para asegurar su subsistencia futura. La ruptura puede significar que uno de los antiguos cónyuges quede desprovisto de medios adecuados o no pueda procurárselos por razones objetivas.

3° Trabajo realizado por uno de los cónyuges en pro de la familia común. Ello ocurrirá si uno de los cónyuges se dedicó al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común. Al término del matrimonio, dicho cónyuge tendría derecho a que el otro cónyuge, le remunere equitativamente la prestación de tales servicios o le reembolse la parte que en dichos trabajos, le tocaba al otro cónyuge de consuno.

4° Indemnización por los daños económicos ocasionados durante el matrimonio. Al respecto, los autores citados distinguen las siguientes situaciones:

- Daños procedentes de hechos ilícitos del otro cónyuge;
- Daños consistentes en una especie de lucro cesante (al dedicarse a los hijos o al hogar común, el cónyuge dejó de obtener una ganancia);
- Coste de oportunidad laboral (por la dedicación al cuidado de los hijos y del hogar común, el cónyuge ha visto impedidas o disminuidas sus posibilidades de formación y capacitación profesional, anuladas o disminuidas sus posibilidades de previsión social y asistencia de salud, y en general, anuladas o disminuidas sus oportunidades para acceder al campo laboral en condiciones de mercado).

5° Indemnización por el daño moral ocasionado durante el matrimonio o por la ruptura.²³⁸

La compensación económica podrá decretarse por el juez, cualquiera sea el régimen patrimonial del matrimonio.

Como lo ha expresado el profesor Carlos Pizarro²³⁹, la compensación económica se explica, considerando que con el divorcio y la nulidad expira la obligación de socorro que tienen los cónyuges entre sí y, en particular, la obligación de proporcionarse alimentos. Por ello, para evitar el evidente desequilibrio económico que se puede originar después de la ruptura matrimonial, el legislador ha creado la institución de la compensación económica.

²³⁸ Barrientos Grandón Javier, Novales Alquézar, Aranzazú, ob. cit., pp. 405-410.

²³⁹ Exposición efectuada en Seminario citado de la Universidad Diego Portales.

El profesor Gustavo Cuevas M., la define como “la indemnización que debe pagar uno de los cónyuges al otro con el objeto de restablecer, al término del matrimonio por nulidad de este o divorcio, el equilibrio de las condiciones pecuniarias de vida.”²⁴⁰

El profesor Pizarro se ha preguntado también cuál sería la naturaleza jurídica de esta institución. En principio, afirma, se podría estimar que tiene un carácter alimenticio, atendiendo a las siguientes razones:

- Se toma en cuenta la situación económica del cónyuge beneficiario, o sea, el cónyuge más débil. Por lo tanto, no es suficiente que el cónyuge pruebe que se dedicó a la crianza de los hijos o a las labores propias del hogar;
- Cuando se fija el pago de la compensación económica en cuotas reajustables, se considerará alimentos para su cumplimiento (art. 66, inc. 2º de la Ley de Matrimonio Civil).

Pero no obstante lo anterior, Carlos Pizarro y Alvaro Vidal, descartan la naturaleza alimenticia de la compensación, por las siguientes razones:

1. Si bien el legislador considera la situación económica del cónyuge que la solicita, no es el único factor ha considerar, sino sólo uno entre varios. Por ende, la carencia de medios suficientes para la subsistencia no es un requisito para demandar compensación. Dicho de otro modo, el menoscabo económico que sufrió el cónyuge que la reclama, no es, necesariamente, sinónimo de estado de necesidad o carencia de medios suficientes para subsistir. El cónyuge beneficiario puede tener medios e igualmente concluirse que el término del matrimonio le causó un menoscabo, siendo procedente el pago.
2. La compensación se fija de una sola vez con carácter inmutable, aunque su pago se prolongue en el tiempo en varias cuotas o constituyendo un derecho real por el deudor. La variación posterior de las circunstancias de cada ex cónyuge, que impliquen su enriquecimiento o empobrecimiento, ninguna incidencia tendrán en la compensación ya fijada ni alterarán su monto.
3. La ley considera las cuotas en que se divida el pago de la compensación como alimentos, pero para el solo efecto de su pago.
4. La historia fidedigna de la ley, demuestra que la institución tuvo en un primer momento una naturaleza alimenticia, pero después prevaleció la idea de reparar un menoscabo.²⁴¹

Agrega Pizarro que podría tener esta compensación un carácter indemnizatorio, atendiendo a las siguientes razones:

- El juez debe constatar que el cónyuge más débil sufrió un menoscabo económico, a consecuencia de haberse dedicado a las labores de la crianza y del hogar;
- Además, el juez fija una cantidad de una vez y para siempre, que tiene un carácter inmutable, a diferencia de lo que ocurre con los alimentos, que, según sabemos, son esencialmente revisables, si cambian las condiciones que ameritaron establecerlos. La compensación económica, aún aquella cuyo servicio se haya fijado en cuotas, debe

²⁴⁰ Cuevas M. Gustavo, artículo titulado “Indemnizaciones reparatorias de la nueva Ley de Matrimonio Civil (Ley número 19.947) y Regímenes Matrimoniales”, en publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo *Curso de Actualización Jurídica. ‘Nuevas Tendencias en el Derecho Civil’,* Santiago, 2004, p. 74.

²⁴¹ Pizarro Wilson, Carlos y Vidal Olivares, Álvaro, *La compensación económica por divorcio o nulidad matrimonial*, Santiago de Chile, LegalPublishing AbeledoPerrot, 2009, pp. 27 y 28.

pagarse con prescindencia de la situación que en el futuro ostenten el deudor y el acreedor.

Con todo, tampoco sería indemnizatoria la naturaleza de la compensación, para el profesor Pizarro. Afirma lo anterior, porque usualmente la indemnización de perjuicios se fija de acuerdo a la extensión del daño, prescindiendo la ley, por regla general, de la buena o mala fe del autor del daño. Sin embargo, en la Ley de Matrimonio Civil, se atiende a dicha buena o mala fe del cónyuge deudor²⁴². No hay por ende responsabilidad estricta u objetiva. En la obra escrita por Pizarro y Vidal, se agrega a la razón anterior otra: así como no hay responsabilidad estricta, tampoco hay responsabilidad subjetiva, pues no se exige culpa del cónyuge deudor ni otro criterio de atribución.²⁴³

Concluye Pizarro que la compensación económica no tiene el carácter de alimentos ni tampoco indemnizatorio.

Pizarro y Vidal concluyen que la compensación se orienta a resarcir el menoscabo económico, para equilibrar la situación económica de los cónyuges, evitando la disparidad una vez verificada la sentencia de divorcio o nulidad. Se trataría, simplemente, de un derecho y de una obligación correlativa de origen legal. La obligación legal pesa sobre aquél que desarrolló una actividad remunerada o lo hizo en mayor medida que el otro y busca remediar la carencia patrimonial cuya causa está en el pasado, que se revela en el presente y cuyos efectos se proyectarán en el futuro.²⁴⁴

Gustavo Cuevas M., por su parte, coincide con Pizarro acerca de que no estamos ante el pago de alimentos, como prolongación de la obligación de socorro de los cónyuges, pues ella no tiene por objeto cubrir las necesidades de uno de los cónyuges después del matrimonio, sólo reparar el desequilibrio económico que produjo el matrimonio y su disolución por divorcio o nulidad. Descarta también Cuevas que se trate de una reparación puramente indemnizatoria, sin perjuicio de que ella, según veremos más adelante, procedería *independientemente* de la compensación económica. Concluye el profesor Cuevas afirmando que estamos ante una reparación de carácter objetivo, que tiende a restablecer el equilibrio económico de los cónyuges al momento de disolverse el matrimonio por nulidad o por divorcio.²⁴⁵

Eduardo Court Murasso hace un distingo acerca de la naturaleza jurídica de la institución, según la causal en virtud de la cual se decreta. Así, estima que podría sostenerse que la compensación constituye una verdadera *indemnización de perjuicios fundada en el enriquecimiento sin causa*, en especial, si se otorga tomando en cuenta la duración de la vida en común de los cónyuges. En cambio, si la compensación se concede únicamente en atención a la edad, estado de salud y situación previsional del cónyuge, tendría más bien un carácter *asistencial*. Por último, si se otorga atendiendo a la mala situación patrimonial del cónyuge beneficiario o a su baja calificación profesional o a sus pocas posibilidades de acceder al mercado laboral, la compensación tendría un marcado

²⁴² En realidad, según veremos, también ha de considerarse la buena o mala fe del cónyuge acreedor de la compensación económica.

²⁴³ Pizarro Wilson, Carlos y Vidal Olivares, Álvaro, ob. cit., p. 28.

²⁴⁴ Pizarro Wilson, Carlos y Vidal Olivares, Álvaro, ob. cit., p. 32.

²⁴⁵ Cuevas M. Gustavo, ob. cit., pp. 74 y 75.

carácter *alimenticio*, similar al que la doctrina predicaba de la antigua porción conyugal, antes de su reforma por la Ley N° 10.271 del año 1952²⁴⁶.

Recordemos también lo que se concluye por el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 31 de diciembre de 2009, el aludir a la compensación económica: “Debe indicarse que ésta reparación económica no tiene carácter punitivo y que su función no es compensar el desequilibrio material que pudo haberse producido como consecuencia del divorcio ni tampoco restablecer la igualdad entre los cónyuges, sino resarcir el menoscabo pecuniario que el cuidado de los hijos o del hogar produjo en el cónyuge al impedirle desarrollar una actividad remunerada, en forma total o parcial. La dedicación de uno de los cónyuges a los hijos y al hogar, no configura para el otro cónyuge que no hace lo mismo en igual medida una conducta ilícita que requiera dolo y de la cual derive una sanción de orden penal, ni tampoco una multa a todo evento y preestablecida, sino sólo un deber más de un cónyuge a favor del otro, que además es de cuantía variable según el caso concreto, es de existencia meramente eventual y puede llegar a surgir sólo en caso de divorcio.”

En el derecho comparado, como señalan Barrientos y Novales, se observa que la institución tuvo inicialmente un carácter alimenticio y a la vez indemnizatorio, entendida como la prolongación del deber de socorro y como reparación al cónyuge inocente del divorcio, cuando éste se producía por falta atribuible al otro cónyuge (antiguo artículo 301 del Código Civil francés, modificado en el año 1975). A partir de la Ley número 75-617 del 11 de julio de 1975, que modificó el artículo 301 del Código Civil galo, desaparece la concepción de una pensión alimenticia y la consiguiente prolongación del deber de socorro, debilitándose también o desapareciendo el fundamento indemnizatorio. A partir de la citada reforma, se declara explícitamente que el divorcio pone fin al deber de socorro (salvo cuando se fundaba en la ruptura de la vida en común), sin perjuicio que uno de los cónyuges podía estar obligado a dar al otro una prestación destinada a compensar, en cuanto fuere posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio hubiera creado en las condiciones de vida respectivas. Ahora, se trata de asegurar el restablecimiento del equilibrio de las condiciones pecuniarias de vida de los cónyuges. Un criterio semejante ha mantenido y reafirmado la Ley 439 de 26 de mayo de 2004, en vigencia desde el 1 de enero de 2005, y que fijó el actual tenor del artículo 301 del Código Civil francés.²⁴⁷ Idéntico criterio se observa en el derecho español. El artículo 97 del Código Civil dispone: “El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial...”. Así las cosas, Barrientos y Novales concluyen que “Bien se ve que esta pensión no tiene el carácter de una indemnización para el cónyuge inocente de la ruptura de la comunidad de vida o del divorcio, ni tampoco se trata de una pensión que tenga el carácter de alimentos en caso de necesidad, sino que simplemente su fundamento y naturaleza están determinados por la necesidad de restablecer un desequilibrio económico producido

²⁴⁶ Court Murasso, Eduardo, *Nueva Ley de Matrimonio Civil. Ley 19.947 de 2004 analizada y comentada*, Editorial Legis, Bogotá, 2004, pp. 98 y 99.

²⁴⁷ Barrientos Grandón Javier, Novales Alquézar, Aranzazú, ob. cit., pp. 410-412.

entre la situación existente al momento de contraer matrimonio y el de la ruptura, en consideración con la posición del otro cónyuge.”²⁴⁸

La discusión en torno a la naturaleza jurídica de la compensación económica, tuvo incluso una arista tributaria: el Servicio de Impuestos Internos concluyó que si la compensación era decretada por el juez, se trataba entonces de indemnización por daño moral, y como tal, estaba exenta de pagar impuesto a la renta; si, por el contrario, era acordada por los cónyuges, debía tributar. Se fundaba esta conclusión en lo dispuesto en el N° 1 del art. 17 de la Ley de la Renta, que indica en su parte inicial: “Artículo 17.- No constituye renta: 1º.- La indemnización de cualquier daño emergente y el daño moral, siempre que la indemnización por éste último haya sido establecida por sentencia ejecutoriada.” Para resolver esta situación, que inhibía el mecanismo del acuerdo conyugal y propiciaba pleitos, se promulgó la Ley N° 20.239, publicada en el Diario Oficial de fecha 8 de febrero de 2008, que liberó del pago de impuesto a la renta a las compensaciones económicas originadas al término del matrimonio. La Ley incorporó un N° 31 al art. 17 de la Ley de la Renta, que dice: “No constituye renta: (...) 31º.- Las compensaciones económicas convenidas por los cónyuges en escritura pública, acta de avenimiento o transacción y aquellas decretadas por sentencia judicial.” Expresamente, se dio efecto retroactivo a la ley, fijándose su vigencia a partir del momento en que a su vez entró en vigencia la nueva Ley de Matrimonio Civil, es decir, el 18 de noviembre de 2004.

b) Cuándo procede.

Cabe advertir que a pesar de contemplarse la compensación económica dentro de las reglas comunes aplicables a la separación, a la nulidad y al divorcio, no se aplicará a la primera, sino solamente a las dos últimas. Se explica lo anterior, porque tratándose de la separación, sea de hecho o judicial, subsiste el deber recíproco de socorro entre los cónyuges.

La circunstancia de no ser procedente la compensación económica tratándose de la separación judicial, ha sido criticada. Barrientos y Novales hacen presente que supuesta la naturaleza esencialmente resarcitoria del desequilibrio económico y no alimenticia o asistencial de la compensación económica, no parece coherente haber negado su procedencia en casos de separación judicial (recordando estos autores, de paso, que en el derecho español la compensación también opera en caso de separación judicial, según se desprende del tenor del citado art. 97 del Código Civil español). Más aún, visualizan estos autores las siguientes consecuencias de no haber establecido la compensación en sede de separación judicial:

- Incentiva el divorcio (pues al no obtenerla con la sola separación judicial, se optaría por el divorcio por razones meramente económicas);
- Contraría el propósito de reglar la separación judicial como alternativa al divorcio (por la misma razón expuesta en el acápite anterior);
- Eventual establecimiento de una discriminación arbitraria (pues un cónyuge separado puede hallarse exactamente en la misma situación que uno anulado o divorciado en

²⁴⁸ Barrientos Grandón Javier, Novales Alquézar, Aranzazú, ob. cit., p. 414.

relación con el menoscabo económico experimentado por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores del hogar común).²⁴⁹

De conformidad al art. 61 de la Ley de Matrimonio Civil, si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa.

Dos son, por ende, las causas que justifican establecer esta compensación económica:

- Haberse dedicado uno de los cónyuges al cuidado de los hijos;
- Haberse dedicado uno de los cónyuges a las labores propias del hogar común.

Estos hechos, a su vez, deben haber producido las siguientes consecuencias:

- Que el cónyuge dedicado a las labores descritas, no haya podido desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio;
- Que el cónyuge dedicado a las labores descritas, si bien desarrolló una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, lo hizo en menor medida de lo que podía y quería. Gravitará ciertamente en no haber podido desarrollar la actividad, el grado de instrucción o educación formal del cónyuge más débil.

Podemos observar que no es imprescindible, para que opere esta compensación económica, la existencia de hijos comunes de los cónyuges. En un matrimonio sin hijos, la mujer, por ejemplo, pudo haberse dedicado “a las labores propias del hogar común”, caso en el cual, de darse alguna de las consecuencias enunciadas, tendrá derecho a exigir la compensación económica.

c) Factores que deben considerarse para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación.

El art. 62, inc. 1º de la Ley de Matrimonio Civil, ordena considerar, especialmente, una serie de aspectos o factores. De ellos, algunos se aplican a los dos cónyuges, y otros se refieren sólo a uno de ellos. A su vez, algunos de ellos miran al pasado, a lo que ocurrió durante el matrimonio, mientras que otros suponen una proyección hipotética hacia el futuro. Los revisamos a continuación:

c.1) Factores que se refieren a los dos cónyuges.

- La duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges.

Nótese que una cosa es la duración del matrimonio, y otra, que no necesariamente coincidirá con la primera, es la duración de la convivencia de los cónyuges. En tal sentido, como señala el profesor Carlos López Díaz, “Un vínculo matrimonial más largo amerita un mayor monto de compensación, siempre y cuando también haya habido una vida en común correlativa, pues no se justifica en el caso de un matrimonio con largos años de vínculo pero que estén separados de hecho.”²⁵⁰

²⁴⁹ Barrientos Grandón Javier, Novales Alquézar, Aranzazú, ob. cit., pp. 422 y 423.

²⁵⁰ López Díaz Carlos, ob. cit., p. 295.

Cabe tener presente, entonces, que si los cónyuges se separaron de hecho o judicialmente, y el cese de la convivencia tiene fecha cierta, el juez debe considerarlo como un factor a ponderar para admitir la compensación o cuantificar su monto.

Como es lógico suponer, a mayor duración del matrimonio, o a mayor duración de la vida en común, mayores posibilidades de obtener la compensación económica; en cambio, si el matrimonio hubiere durado breve tiempo, o si la vida en común no se extendió por un tiempo significativo, es probable que el juez la deniegue o fije un monto modesto.

En relación a la referencia que hace la ley a la duración de la vida en común de los cónyuges, Pablo Rodríguez Grez ha señalado que debiera considerarse el tiempo durante el cual los cónyuges convivieron antes de contraer matrimonio, asegurando así una interpretación de la norma que atienda al principio de protección del cónyuge más débil. Otra interpretación, indica Rodríguez Grez, “...conduce a una doble injusticia, ya que durante la separación es casi seguro que uno de los cónyuges ha debido quedar a cargo de los hijos y del hogar común, facilitando al otro cónyuge sus actividades laborales o lucrativas.”²⁵¹ De aceptarse lo postulado por el profesor Rodríguez Grez, estaríamos ante un nuevo efecto jurídico del concubinato, aunque en este caso, seguido del matrimonio.

- La situación patrimonial de ambos.²⁵²

Nótese que la ley no ordena considerar aquí sólo los ingresos o rentas de los cónyuges, sino de manera más general, su “situación patrimonial”. Por lo tanto, debe tenerse presente los bienes que cada uno posee, y si ellos pueden generar renta mediante una explotación racional.

Cabe indicar que no parece haber incompatibilidad entre la compensación económica, y los gananciales a que podría tener derecho el cónyuge acreedor, si hubo sociedad conyugal o participación en los gananciales, pero lo razonable sería que el juez considere las sumas que se paguen por tales conceptos, para fijar a su vez la compensación económica. En tal sentido, se afirma, con razón, que la finalidad de la indemnización reparatoria es compensar los desequilibrios patrimoniales entre los cónyuges ocasionados por el matrimonio y su disolución, desequilibrios que el régimen de sociedad conyugal y el de participación en los gananciales, solucionan a priori, en forma satisfactoria²⁵³. Con

²⁵¹ Rodríguez Grez, Pablo, artículo titulado “Ley de Matrimonio Civil”, en publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo *Curso de Actualización Jurídica. ‘Nuevas Tendencias en el Derecho Civil’,* Santiago, 2004, p. 46.

²⁵² El profesor Gonzalo Figueroa Yáñez ha criticado la institución de la compensación económica, señalando que consagrar en nuestro país instituciones propias del derecho europeo, puede resultar en ocasiones una política equivocada. En efecto, en Europa, normalmente el cónyuge deudor no tendrá mayores dificultades en pagar la compensación económica que fije el juez, considerando el alto nivel de vida que exhiben la mayoría de las naciones del viejo continente. En cambio, la realidad nuestra es muy diferente, y probablemente, tanto uno como otro cónyuge tengan una situación económica modesta (situación que caracteriza a la mayoría de nuestra población), resultando muy difícil que uno de ellos pueda pagar la compensación que fije el tribunal: en Seminario de la Universidad Diego Portales.

²⁵³ Cuevas M. Gustavo, ob. cit., pp. 82 y 83.

todo, la historia de la ley demuestra que los gananciales obtenidos en alguno de esos regímenes, son perfectamente compatibles con la compensación económica.²⁵⁴

- La buena o mala fe.

La Ley no aclara si la buena o mala fe está referida a los dos cónyuges o sólo a uno de ellos. A falta de una mayor precisión, creemos que debe considerarse a los dos cónyuges.

Sobre este particular, consta del Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que fueron los Senadores Bombal, Chadwick, Coloma y Larraín, los de la iniciativa de agregar, entre los elementos a considerar para fijar la cuantía de la compensación, la buena o mala fe de los cónyuges. El Senador Chadwick "...explicó que, sin llegar a negar el derecho a la compensación al cónyuge que contrajo matrimonio nulo estando de mala fe, parece prudente contemplarla como un factor que el juez debe considerar para fijar su procedencia y monto" (p. 74).

En otras palabras, se trataría más bien de la mala o buena fe del cónyuge que habiendo provocado la ruptura matrimonial, pretenda después el pago de la compensación económica.

²⁵⁴ Consta en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado que la materia fue analizada. Los Senadores Bombal, Chadwick, Coloma, Larraín y Novoa, presentaron una indicación, en virtud de la cual se precisara que la compensación sólo tendría lugar cuando el aporte consistente en la mayor dedicación de uno de los cónyuges no quedare reflejado equitativamente en la liquidación del régimen de bienes que existiere entre ellos. Al respecto "El Honorable Senador señor Chadwick manifestó que los autores de la indicación consideran que no sería prudente acordar una indemnización por el aporte al matrimonio del cónyuge que se ha dedicado al hogar, si existen gananciales o crédito de participación, que tienen por objetivo precisamente compensar sus esfuerzos. Podría sostenerse que habría un enriquecimiento injusto si se consintiera que el cónyuge que se dedicó al cuidado del hogar tenga derecho a la mitad de las adquisiciones del otro cónyuge y, además, a una compensación económica. La compensación sería justa, en cambio, cuando los cónyuges sean separados de bienes o, en general, cuando la distribución de los gananciales no refleje convenientemente la aportación del cónyuge económicamente más débil. Por eso, lo que se propone es efectuar primero la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio, y, de acuerdo al resultado, hacer procedente la compensación económica o denegarla". La indicación no fue acogida sin embargo, sosteniendo el Senador Espina, quien discrepó de las apreciaciones del Senador Chadwick, que cabía rechazarlas: "...por estimar que son dos materias distintas la liquidación del régimen de bienes que exista entre los cónyuges y el menoscabo económico que sufrió uno de ellos por haberse dedicado al cuidado del hogar. Este perjuicio se proyectará a futuro, porque no tendrá régimen de salud, ni jubilación, y tendrá que empezar a trabajar con una profesión abandonada hace muchos años o a una edad en que no conseguirá un trabajo bien remunerado". Agregó el Senador Espina que "...la repartición de los gananciales no es un regalo, sino que el resultado de la liquidación de la sociedad que existió entre los cónyuges: se entrega lo que corresponde a uno de los socios por derecho propio. En cambio, la compensación no persigue equilibrar patrimonios, sino que indemnizar a uno de los cónyuges por el menor incremento de su propio patrimonio, con vistas sobre todo a su subsistencia futura." La Ministra del Servicio Nacional de la Mujer, Señora Pérez, señaló por su parte que "...efectivamente, la compensación procederá en forma independiente a la partición de bienes, porque propende a que, considerando lo que dejó de ganar el cónyuge que se dedicó al cuidado del hogar, tenga, al producirse la terminación del matrimonio, un punto de partida que equivalga a aquel en que se encontraría de no haber mediado esa dedicación preferente." El Senador Moreno, "...coincidió en que en la indicación se confunden dos aspectos: la compensación de la postergación económica que deriva de la dedicación que tuvo uno de los cónyuges al hogar y a los hijos y, por otra parte, su legítimo derecho a participar en los gananciales." En definitiva, el Senador Chadwick estimó razonables los argumentos contrarios a la indicación: pp. 70 y 71.

El punto cobra más importancia en el divorcio por falta atribuible al otro cónyuge, o cuando cesó la convivencia por abandono del hogar común por uno de los cónyuges (que en rigor implicaría en verdad divorcio por culpa) o en la nulidad de matrimonio, cuando uno de los contrayentes conocía la causal de nulidad, como si uno de ellos, por ejemplo, tuviere un vínculo matrimonial no disuelto.

c.2) Factores que sólo se refieren al cónyuge que demanda compensación económica (“cónyuge beneficiario”):

- La edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario.

Se puede estimar que a mayor edad del cónyuge más débil, mayores posibilidades de obtener la compensación económica. La ley, entonces, no sólo considera lo que ocurrió durante el matrimonio, sino lo que puede acaecer con el cónyuge más débil, cuando expire el matrimonio; en todo caso, cabe advertir que la edad y el estado de salud, no son requisitos necesariamente copulativos sino distintos, como ocurre en el caso de un cónyuge joven pero con problemas de discapacidad física o mental²⁵⁵.

- Situación del cónyuge beneficiario en materia de beneficios previsionales y de salud.

La ley se refiere aquí a la situación del cónyuge que demanda la compensación, en cuanto a que no disponga de fondos previsionales o estos sean de escasa cuantía, situaciones que auguran una pensión de cuantía insuficiente para sustentar su vida futura.

También podría ocurrir que el cónyuge demandante no tenga una adecuada cobertura en materia de salud, por no estar afiliado a una Isapre y/o no contar con seguros médicos.

Respecto a este factor, cabe tener presente lo dispuesto en los artículos 80 y 81 de la Ley N° 20.255, publicada en el Diario Oficial de fecha 17 de marzo de 2008, que posibilitan el pago de la compensación traspasando hasta un 50% de los fondos previsionales del cónyuge deudor, pero siempre que se trate de “los fondos acumulados durante el matrimonio”. Por ende, el señalado porcentaje máximo no se aplicará sobre fondos que el cónyuge haya acumulado antes de contraer matrimonio con el cónyuge acreedor.

Dispone el primero: “Al considerar la situación en materia de beneficios previsionales a que se refiere el artículo 62 de la ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, y ello origine total o parcialmente un menoscabo económico del que resulte una compensación, el juez, cualquiera haya sido el régimen patrimonial del matrimonio, podrá ordenar el traspaso de fondos desde la cuenta de capitalización individual afecta al decreto ley N° 3.500, de 1980, del cónyuge que deba compensar a la cuenta de capitalización del cónyuge compensado o de no existir ésta, a una cuenta de capitalización individual, que se abra al efecto. / Dicho traspaso, no podrá exceder del 50% de los recursos acumulados en la cuenta de capitalización individual del cónyuge que debe compensar, respecto de los fondos acumulados durante el matrimonio.”

Establece por su parte el segundo: “La Superintendencia de Pensiones deberá tener a disposición de los tribunales estudios técnicos generales que contribuyan a resolver con bases objetivas la situación previsional que involucre a cónyuges. De estimarlo necesario, el juez podrá requerir al citado organismo antecedentes específicos

²⁵⁵ López Díaz Carlos, ob. cit., p. 296.

adicionales. La Superintendencia establecerá, mediante norma de carácter general, los procedimientos aplicables en los traspasos de fondos, apertura de las cuentas de capitalización individual que se requirieran y demás aspectos administrativos que procedan”.²⁵⁶

- Cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral por parte del cónyuge beneficiario.

No basta con alegar que el cónyuge más débil tiene una profesión, para descartar la compensación económica en su favor, porque si el cónyuge estuvo muchos años alejado de su profesión, la reinserción laboral puede ser muy difícil o derechamente ilusoria.

- La colaboración que el cónyuge beneficiario hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge.

Una razón de justicia, explica que aquél cónyuge que prestó su concurso en beneficio de los negocios del otro de los cónyuges, sin recibir por ello los ingresos que regularmente le habrían correspondido a un trabajador, pueda reclamar ahora la pertinente compensación económica.

Los factores antes enunciados no son taxativos, pues la ley sólo indica que ellos deben considerarse “especialmente”, lo que no excluye que el juez pueda ponderar otros aspectos que estime pertinentes. Así, por ejemplo, podría considerarse también si el cónyuge que reclama la compensación, contó o no, durante la vida matrimonial y la convivencia, de asistencia doméstica.

d) Caso en el cual el juez puede denegar la compensación económica o ésta puede rebajarse.

El inc. 2º del art. 62 de la Ley de Matrimonio Civil, dispone que si se decretare el divorcio en virtud del art. 54, esto es, cuando se estableció a consecuencia de una falta imputable a uno de los cónyuges; falta que, según vimos, ha de constituir una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio a los cónyuges, o una violación grave de los deberes y obligaciones para con los hijos, el juez podrá denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal, o disminuir prudencialmente su valor²⁵⁷.

²⁵⁶ Al mes de julio de 2017, los traspasos desde la aludida reforma legal, entre cuentas de capitalización individual entre cónyuges, ascendían a la suma de 25.104 millones de pesos. Se contabilizaban por la Superintendencia de Pensiones un total de 3.604 traspasos. La mayoría, a cuentas de mujeres (97%, 3.498 traspasos, por un total de 24.397 millones de pesos. El 3% restante a cuenta de varones, por 707 millones). Desde la creación del sistema, las compensaciones por este concepto promedian los 6.9 millones para las mujeres y los 6.6 millones para los hombres. En términos generales, los montos traspasados representan en torno al 18% del saldo en la cuenta de AFP del cónyuge compensador y alrededor del 55% de los ahorros que tenía previo al traspaso el cónyuge compensado, la mayoría mujeres. Fuente: diario “La Tercera”, Santiago de Chile.

²⁵⁷ Se discutió en el Senado si era o no procedente privar de la compensación al cónyuge culpable del divorcio. La Ministra Señora Pérez, señaló que al ser las mujeres quienes mayoritariamente podrán acceder a estas compensaciones, la redacción de la ley, en orden a privar de la compensación al cónyuge culpable, se transformaría en una sanción para ellas (las mujeres). Agregó “...que la compensación no puede ser un premio o castigo por buen o mal comportamiento, sino que debe ser el reconocimiento de que el matrimonio implica un proyecto de vida.” A juicio de la Ministra Pérez, la compensación debía proceder aún

Nótese, en todo caso, que la ley dice que el juez “podrá denegar la compensación (...) o disminuir prudencialmente su valor”, no que deberá hacerlo. Se trata por ende de una facultad discrecional conferida al juez, en el caso expuesto.

Sin embargo, algunos han planteado que el Juez, necesariamente, debe adoptar una de las dos fórmulas que señala la ley: denegar la compensación o rebajarla prudencialmente. Esa sería su facultad, y no podría entonces mantenerla en su integridad. Dicho de otra manera: el Juez, en mayor o menor grado, debe sancionar al cónyuge culpable del divorcio.

A propósito de esta facultad discrecional que la ley le otorga al juez para acoger o denegar la compensación económica o disminuir prudencialmente su valor, el profesor Carlos Pizarro estima que nos acercamos al daño moral, en cuanto a la determinación de la compensación. Ello, a su juicio, conlleva el riesgo de que las sentencias exhiban criterios dispares, para casos que sin embargo presentan similitudes.

Suponemos que la jurisprudencia se uniformará en base a criterios objetivos, que por lo demás, se consideran en el art. 62.

e) Procedencia, monto y forma de pago de la compensación económica.

Distinguimos al efecto:

- Determinación de la compensación por acuerdo de los cónyuges (art. 63 de la Ley de Matrimonio Civil):
 - i) siempre que sean mayores de edad;
 - ii) el acuerdo deberá constar en escritura pública o acta de avenimiento, las cuales se someterán a la aprobación del tribunal (se trata de un caso de homologación judicial o revisión a posteriori de la legalidad de un acto).
- Determinación de la compensación a falta de acuerdo de los cónyuges (art. 64 de la Ley de Matrimonio Civil): corresponderá al juez determinar la procedencia de la compensación económica y fijar su monto. Caben dos posibilidades, en este caso:
 - i) Que la compensación económica haya sido pedida en la demanda de nulidad o de divorcio, lo que usualmente ocurrirá;
 - ii) Si la compensación económica no se solicitare en la demanda, el juez informará a los cónyuges la existencia de este derecho durante la audiencia preparatoria.

en caso de culpa del cónyuge, pero tomando en cuenta, en tal circunstancia, sólo dos variables: la duración del matrimonio y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge. El Senador Espina “...se mostró en desacuerdo con esas reflexiones, porque esta nueva institución tiene por objeto compensar a aquel de los cónyuges que dedicó mayor tiempo al cuidado de la familia. (Pero) Se hace una excepción en el caso del divorcio por culpa, dejando siempre entregada esta decisión al juez, para evitar que pueda producirse una situación manifiestamente injusta, en que maliciosamente se provoquen rupturas para obtener la compensación.” La Comisión resolvió en definitiva entregar al juez la facultad para denegar la compensación: Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, pp. 72 y 73.

Pedida la compensación en la demanda, en escrito complementario de la demanda o en la reconvención²⁵⁸, el juez se pronunciará sobre la procedencia de la compensación económica y su monto, en el evento de dar lugar a ella, en la sentencia de divorcio o nulidad (artículo 64, inciso 3º). Del tenor de este precepto, parece desprenderse que hay sólo tres oportunidades para solicitar la compensación económica, a falta de acuerdo de los cónyuges:

- En la demanda de nulidad o divorcio;
- En un escrito que la amplíe; o
- En la demanda reconvencional.

Por ende, si no se solicitó la compensación en dichas oportunidades procesales, se debe entender precluído o caducado el derecho del cónyuge más débil. La misma opinión sustenta el profesor Rodríguez Grez, afirmando que el derecho a reclamar la compensación económica es “...un derecho sui generis que es consecuencia directa e inmediata del divorcio o la nulidad del matrimonio y que debe reclamarse con ocasión de la acción deducida y no después de decretado una u otra cosa.” Agrega Rodríguez Grez que si el derecho subsistiera después de la tramitación del juicio de divorcio, se vulnerarían los artículos 60, 50 y 64, inciso 3º de la Ley de Matrimonio Civil. El art. 60, puesto que tal precepto señala que “el divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio”; el art. 50, pues dispone que se retrotrae a las partes al estado en que se encontraban al momento de contraer el vínculo matrimonial; y el art. 64, inc. 3º, que se refiere a la obligación impuesta al juez de pronunciarse sólo si esta reparación es “pedida en la demanda, en escrito complementario de la demanda o en la reconvención”. Concluye Rodríguez Grez que lo anteriormente expuesto, “nos hace concluir que estamos ante un derecho susceptible de extinguirse por el solo hecho de no hacerlo valer en la oportunidad procesal consagrada en la ley.”²⁵⁹

En su sentencia, además, el juez determinará la forma de pago de la compensación, para lo cual podrá establecer las siguientes modalidades (art. 65 de la Ley de Matrimonio Civil):

- Ordenar la entrega de una suma de dinero, acciones u otros bienes. Tratándose de dinero, podrá ser enterado en una o varias cuotas reajustables, respecto de las cuales el juez fijará seguridades para su pago²⁶⁰. Por ende, el juez podrá ordenar la constitución de una caución, por parte del cónyuge deudor, o disponer que el empleador del cónyuge deudor retenga el monto a pagar, deduciéndolo de la remuneración del obligado, por ejemplo (aunque la ley nada indica, creemos posible que se establezca por el juez una cláusula de aceleración del crédito, en el evento que el deudor no pague una o más de las cuotas en que se hubiere dividido el servicio de la deuda); si la compensación económica

²⁵⁸ Como ha señalado el profesor Carlos Pizarro, podría ocurrir que demandado uno de los cónyuges por divorcio, basado éste en el cese de la convivencia, podría el demandado deducir una demanda reconvencional, alegando que el divorcio debe decretarse, pero por culpa del demandante, alegación que puede incidir en el monto de la compensación económica: en Seminario de la Universidad Diego Portales.

²⁵⁹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 46 y 47.

²⁶⁰ La norma es similar a la establecida en el art. 1792-21, inc. 2º, a propósito del régimen de participación en los gananciales.

se solucionare con la transferencia de acciones u otros bienes, estaremos ante una dación en pago que opera entre los cónyuges.

- Disponer la constitución de derechos de usufructo, uso o habitación, respecto de bienes que sean de propiedad del cónyuge deudor. La constitución de estos derechos no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario hubiere tenido a la fecha de su constitución, ni aprovechará a los acreedores que el cónyuge beneficiario tuviere en cualquier tiempo.²⁶¹ Consideramos que la vigencia de estos derechos, debe guardar proporción con el monto de la compensación económica (así, por ejemplo, si se hubiere fijado por concepto de compensación la suma de \$ 5.000.000.-, y se dispone un usufructo sobre un inmueble de propiedad del cónyuge deudor por el cual podría pagarse una renta mensual de \$ 250.000.-, lo razonable sería establecer que tal usufructo se prolongará por veinte meses). La Corte Suprema, en un fallo de fecha 10 de octubre de 2002, autos Rol N° 3.998-2001, concluye, en un juicio de alimentos, que el usufructo debe ser apreciado pecuniariamente, a partir del avalúo fiscal del inmueble, siendo dable inferir que éste debiera otorgar una rentabilidad anual ascendente al 11% de su tasación. Tal criterio, es perfectamente aplicable a la compensación económica.

A las dos modalidades anteriores, debemos agregar una tercera, prevista en los artículos 80 y 81 de la Ley N° 20.255, a los que hicimos referencia al tratar del art. 62.

El cónyuge deudor, que no tenga bienes suficientes para solucionar el monto de la compensación mediante alguna de las dos modalidades señaladas, podrá solicitar al juez que divida el pago en cuantas cuotas fuere necesario. Para ello, el juez tomará en consideración la capacidad económica del cónyuge deudor y expresará el valor de cada cuota en alguna unidad reajutable (art. 66, inc. 1º de la Ley de Matrimonio Civil). El hecho de aludir la ley al caso en que el cónyuge deudor de la compensación económica carezca de bienes suficientes, demuestra que no es un requisito para establecer la compensación en cuestión, que al momento de reclamarse, el cónyuge afectado por el pago, disponga de un patrimonio suficiente para afrontarlo. Como afirma Rodríguez Grez, los mayores beneficios obtenidos por el cónyuge deudor en el matrimonio en relación al cónyuge pobre, pueden haber sido derrochados, o transferidos a terceros o simplemente perdidos durante el proceso de separación legal²⁶². Circunstancias que no pueden esgrimirse para eludir el pago de la compensación decretada por el juez.

Nos parece negativo que la ley no haya acotado el plazo máximo dentro del cual debiera pagarse la compensación económica. La facultad discrecional conferida al juez, contrasta con lo que ocurre en el régimen de participación en los gananciales, en el cual, conforme al art. 1792-21, inc. 2º del Código Civil, el juez, a petición del cónyuge deudor, podrá fijar un plazo de hasta un año, contado desde que quede firme la resolución judicial que liquida el crédito.

Dispone el inc. 2º del art. 66 que la cuota respectiva, se considerará alimentos para el efecto de su cumplimiento, a menos que se hubieren ofrecido otras garantías para su

²⁶¹ La norma es idéntica a la del inc. 4º del art. 147 del Código Civil, que establece la posibilidad de constituir a favor del cónyuge no propietario, derechos de usufructo, uso o habitación, sobre los bienes familiares; y a la del art. 9 de la Ley N° 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias.

²⁶² Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 48.

efectivo y oportuno pago, lo que se declarará en la sentencia. Entendemos, por lo tanto, que se pueden presentar dos situaciones:

- Si el cónyuge deudor no hubiere ofrecido garantías del efectivo y oportuno pago de la deuda, ésta se considerará alimentos, y en consecuencia, habrá que tener presente tres efectos:

- i) El acreedor podrá recurrir a los apremios previstos en la Ley N° 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, y entre ellos, al arresto del deudor²⁶³; por cierto, lo anterior no significa que los montos adeudados correspondan efectivamente a “alimentos”, de manera que el deudor no puede solicitar en el futuro que se revise por el juez el monto de lo adeudado, alegando que su situación económica es más desmedrada, como sí podría ocurrir tratándose de una pensión de alimentos. En otros términos, la compensación se mira como “alimentos” pero sólo en lo que respecta a lograr su pago, compulsivamente si fuere necesario.
- ii) La suma adeudada se reajustará semestralmente de acuerdo al alza que haya experimentado el Índice de Precios al Consumidor fijado por el Instituto Nacional de Estadísticas, o el organismo que haga sus veces, desde el mes siguiente a aquél en que quedó ejecutoriada la resolución que determina el monto de la compensación (art. 7°, inc. 2°, Ley N° 14.908).
- iii) El monto moroso, devengará interés corriente, de conformidad a lo previsto en el art. 14, inc. 5° de la Ley N° 14.908: “En caso de que fuere necesario decretar dos o más apremios por la falta de pago de unas mismas cuotas, las pensiones alimenticias atrasadas devengarán el interés corriente entre la fecha de vencimiento de la respectiva cuota y la del pago efectivo”.
- iv) El acreedor podrá solicitar al juez que ordene, en el mes de marzo de cada año, a la Tesorería General de la República, que retenga de la devolución anual de impuestos a la renta que corresponda percibir al deudor de compensación económica, los montos insolutos que se devenguen hasta la fecha en que debió haberse verificado la devolución. La Tesorería deberá

²⁶³ Patricio Véliz Möller ha señalado, sin embargo, que dado lo dispuesto en el art. 7, N° 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conocida como Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por Chile en el año 1991) debe descartarse la eventual aplicación del arresto, como medida de apremio frente al incumplimiento del pago de la compensación, por ser contraria a la ley (valor que cabe atribuirle a un Tratado Internacional ratificado por Chile). Por ello, en caso de decretarse por el tribunal una medida de este tipo, procedería a juicio de Véliz el recurso de amparo, en los términos establecidos en el art. 21 de la Constitución Política de la República, para restablecer el imperio del derecho: *Divorcio, Nulidad y Separación. Los caminos frente a la ruptura*, Ediciones Cerro Manquehue, Santiago, 2004, pp. 64 y 65. El profesor Carlos López Díaz, no comparte esta opinión, afirmando que la interpretación de Véliz, “...implica quitarle toda eficacia a dicha norma (artículo 66), y dejar en desamparo al cónyuge más débil”: ob. cit., p. 300. Nosotros tampoco compartimos el planteamiento de Véliz Möller, por la sencilla razón de que en el citado art. 7, N° 7, después de establecerse que “Nadie será detenido por deudas.”, se agrega que “Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios.” Admitimos sí que podría replicarse, afirmándose que no estamos ante un “deber alimentario” en estricto sentido. Algunas sentencias que citamos en el cuerpo de este apunte, consagran lo propuesto por Véliz.

comunicar al tribunal respectivo el hecho de la retención y el monto de la misma (art. 16, N° 1 de la Ley N° 14.908).

- v) Podrá, asimismo, solicitar al juez la suspensión de la licencia para conducir vehículos motorizados por un plazo de hasta seis meses, prorrogables hasta por igual período, si el deudor de compensación económica persiste en el incumplimiento de su obligación. Dicho término se contará desde que se ponga a disposición del administrador del Tribunal la licencia respectiva. En el evento de que la licencia de conducir sea necesaria para el ejercicio de la actividad o empleo que genera ingresos al deudor, éste podrá solicitar la interrupción de este apremio, siempre que garantice el pago de lo adeudado y se obligue a solucionar, dentro de un plazo que no podrá exceder de quince días corridos, la cantidad que fije el juez, en relación con los ingresos mensuales ordinarios y extraordinarios que perciba el deudor (art. 16, N° 2 de la Ley N° 14.908).
- vi) Podrá de igual forma el acreedor solicitar al juez que dicte orden de arraigo en contra del alimentante, la que permanecerá vigente hasta que se efectúe el pago de lo adeudado (art. 14, inc. 6° de la Ley N° 14.908).

Con todo, a propósito de la primera de estas medidas, algunas sentencias, han acogido recursos de amparo y revocado resoluciones que habían decretado el arresto del deudor de compensación económica conforme a lo previsto en el art. 66 de la Ley N° 19.947, sobre la base de los siguientes argumentos: “TERCERO: Que, la lógica jurídica indica que cuando la ley ocupa la expresión “se considerará”, está reconociendo que la situación a que se refiere no tiene la naturaleza que se le atribuye, como acontece en el presente caso, en el que la compensación económica no tiene naturaleza alimenticia, sino que tan solo se la asimila a un deber de esa índole para los efectos de su cumplimiento. Por lo tanto, al sostener el legislador que ‘se considerará alimentos’, hace una aplicación analógica de la normativa que regula las materias alimenticias a una institución que no lo es. CUARTO: Que el derecho sancionatorio está primordialmente sujeto al principio de legalidad, como corolario del axioma que contiene el artículo 19 de la Constitución Política de la República en su numeral 3° incisos séptimo y octavo, de lo que deriva su excepcionalidad y la impertinencia de extenderlo a situaciones distintas de aquellas para las que, como extrema ratio se lo previó. QUINTO: Que el arresto de una persona procede exclusivamente en los casos y formas determinadas por la Constitución y la ley (artículo 19 N° 7 b) de la ley principal), por lo que, de no ser así, ha de operar el habeas corpus que justamente para hipótesis semejantes consagra el artículo 21 de la carta. En la especie no existe norma legal que tolere el arresto del deudor de una cuota de compensación económica. La comentada asimilación legal carece de esa virtud. SEXTO: Que, consiguientemente, el señor (...) se ve actualmente afecto a una orden de arresto despachada en un caso no previsto por la ley, lo que impele a otorgarle el amparo que implora” (sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco de 2 de febrero de 2016, Rol N° 88-2016. En los mismos términos, sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 19 de marzo de 2010, Rol N° 801-2010).

- Si el cónyuge deudor hubiere ofrecido garantías del efectivo y oportuno pago de la deuda, y éstas se hubieren constituido –por ejemplo, una hipoteca-, la deuda se regirá, en

cuanto a su cumplimiento, por las normas generales aplicables a toda obligación. Como estará fijada en la sentencia, el acreedor dispondrá, en todo caso, de un título ejecutivo.

En nuestra opinión, la ley debió establecer, además, el carácter de crédito preferente de esta acreencia, para evitar que frente a la concurrencia de otros acreedores, el cónyuge acreedor no pueda obtener el pago de la compensación. Si bien es cierto tendrá tal carácter de crédito preferente si se constituye una hipoteca o una prenda, no acontecerá lo mismo cuando no hubieren garantías. Podría haberse establecido una solución similar a la del crédito de participación en los gananciales y a la del crédito de la mujer sobre los bienes del marido, en el caso de la sociedad conyugal, ambos créditos con preferencia de cuarta clase (art. 2481, N° 3 del Código Civil). Con todo, también es cierto que el Código Civil tampoco otorga el carácter de crédito preferente a los alimentos que se deben por ley a ciertas personas, lo que quizá explique que el crédito nacido a consecuencia de la compensación económica, no ostente un carácter de crédito preferente.

f) Posibilidad de ceder o transmitir el crédito.

Cabe preguntarse si el cónyuge más débil, puede ceder o transmitir su crédito nacido de la determinación de la compensación económica en su favor.

Considerando que no tiene un carácter estrictamente alimenticio, y que la ley nada estableció en cuanto a restringir la enajenabilidad o transmisión del crédito, podríamos concluir que ello es perfectamente posible²⁶⁴. Podría estimarse, sin embargo, que con esta conclusión, no se garantiza la persistencia en el tiempo (por el plazo en que se dividió el pago) del principio de la protección al cónyuge más débil, pero no es menos cierto que cada vez que la ley consagra un derecho personalísimo, lo señala expresamente, como ocurre precisamente a propósito de los alimentos. Por lo demás, lo mismo ocurre con el crédito de participación en los gananciales, según se desprende de lo preceptuado en el art. 1792-20 del Código Civil, que, interpretado *a contrario sensu*, deja en claro que terminado el régimen, el crédito puede ser objeto de convenciones, incluyendo la cesión del mismo a cualquier título. Lo mismo ocurre con la transmisión, si fallece el cónyuge más pobre. Sus herederos tendrán derecho a cobrarlo.

Como advierte el profesor Carlos Pizarro, puede darse una situación curiosa o al menos poco grata: si fallece el deudor de la compensación económica que se estaba pagando en cuotas reajustables, sus herederos deben afrontar el pago del saldo adeudado, pudiendo estar entre ellos, el nuevo cónyuge del deudor, quien debe entonces solucionar esta deuda en favor del primer cónyuge (si hubo divorcio) o ex presunto cónyuge (si hubo nulidad).

Abusando quizá de la ironía, podríamos considerar conveniente que la persona que pretenda contraer matrimonio con un divorciado o divorciada o con quien obtuvo la nulidad de su matrimonio, le exija a su futuro cónyuge que le presente un “certificado” en el que conste que no adeuda compensación económica alguna²⁶⁵.

²⁶⁴ Así lo estima también el profesor Carlos Pizarro.

²⁶⁵ La idea fue propuesta en el Senado, según consta del Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, En efecto, los Senadores Bombal, Chadwick, Coloma y Larraín, propusieron agregar las siguientes disposiciones a la ley: 1º Si una persona divorciada o cuyo vínculo

En todo caso, los herederos del cónyuge deudor, podrán, de acuerdo a las reglas generales, aceptar la herencia con beneficio de inventario, limitando de esta manera su responsabilidad, sólo al valor total de lo que reciban del causante, con lo que, eventualmente, una parte de la obligación de pagar la compensación, podría quedar en definitiva incumplida. Sobre el particular, cabe advertir que hubo una indicación en el Senado, durante la discusión de la ley, en orden a que los herederos del deudor debían pagar la compensación, aun cuando ellos pudieran aceptar la herencia con beneficio de inventario. La indicación fue rechazada, en el entendido que se trata de una deuda hereditaria como cualquiera otra. Por ende, se transmite a los herederos, sin perjuicio de que éstos, invocando el beneficio de inventario, puedan limitar su responsabilidad.²⁶⁶

g) Prescripción de la acción para exigir el pago de la compensación económica.

Nada dijo la ley sobre esta materia, de manera que debiéramos concluir que la acción prescribirá conforme a las reglas generales, es decir, en el plazo de tres o de cinco años, contados desde que la obligación se hizo exigible, tratándose de la acción para demandar en juicio ejecutivo o en juicio ordinario, respectivamente (art. 2515 del Código Civil).

En cuanto al momento en que la obligación se hiciere exigible, distinguimos:

- Si la compensación se determinó por los cónyuges de común acuerdo: se hace exigible la obligación al aprobarse el acuerdo de los cónyuges por el tribunal o desde que venció el plazo estipulado para el pago de la acreencia;
- Si la compensación se determinó por el juez, a falta de acuerdo de los cónyuges: se hace exigible la obligación al quedar ejecutoriada la respectiva sentencia o desde que venció el plazo fijado por el juez para el pago de la deuda.

h) Fijación anticipada de la compensación económica y posibilidad de renunciar a ella.

matrimonial ha sido declarado nulo intenta contraer nuevo matrimonio, deberá acreditar ante el Oficial del Registro Civil, por medio de un certificado otorgado por el secretario del tribunal que declaró la nulidad o decretó el divorcio, que no ha sido obligada a pagar compensación económica o que, habiéndolo sido, ha satisfecho completamente la deuda. 2º Si existieren cuotas no devengadas, deberá solicitarse autorización al juez que declaró la nulidad o decretó el divorcio, el que la concederá sólo si el deudor se encuentra al día en el pago de las cuotas devengadas y constituye una garantía real o fianza que garantice el pago de las restantes. El juez actuará con conocimiento de causa y con citación del cónyuge acreedor. 3º El incumplimiento de lo antes expuesto no produciría la nulidad del matrimonio, sin perjuicio de las sanciones administrativas que procedan en contra del Oficial del Registro Civil, pero la persona con la cual el deudor se casare, se haría solidariamente responsable del pago de la compensación económica no satisfecha. Sin embargo, “La mayoría de la Comisión juzgó inconveniente condicionar el cambio de estado civil de una persona, o establecer una especie de prohibición para contraer matrimonio, sobre todo si el inciso segundo de este mismo artículo (artículo 66, inciso 2º, en la ley) considera alimentos a las cuotas pendientes, lo que facilita su cumplimiento, y las demás obligaciones tendrán mérito ejecutivo, porque constarán en escritura pública o acta de avenimiento aprobada por el tribunal.”: pp. 78 y 79.

²⁶⁶ Respecto a la transmisibilidad de la compensación económica a los herederos del deudor, nos parece que Barrientos-Novales incurrir en cierta confusión, al interpretar la indicación que fue formulada en el Senado, ya que éstos autores dan a entender que la deuda no sería transmisible, lo que ciertamente constituye un error: Barrientos Grandón Javier, Novales Alquézar, Aranzazú, ob. cit., p. 424.

Considera el profesor Pizarro que la compensación económica podría fijarse por anticipado, en las capitulaciones matrimoniales previas al matrimonio, pero en el entendido que tal acuerdo debe quedar sujeto a la revisión del juez, pues éste debe velar por la efectiva protección al cónyuge más débil. Aunque el punto nos parece dudoso, en la práctica la estipulación no sería vinculante para el juez.

Cree también el profesor Pizarro que la compensación económica es renunciable. Aunque el profesor Pizarro no se explayó acerca de este punto, debemos entender que la renunciabilidad sólo podría operar cuando se demanda el divorcio o la nulidad, pudiendo ser expresa o tácita (esta última se produciría cuando el cónyuge interesado, dejó pasar las oportunidades procesales que tenía para alegarla). Una solución de esta índole, responde al mismo principio establecido en el art. 1792-20 del Código Civil, respecto al crédito de participación en los gananciales²⁶⁷.

i) Compatibilidad entre la compensación económica y otras indemnizaciones.

Se ha planteado por el profesor Rodríguez Grez la eventual compatibilidad que existiría entre la obtención de la compensación económica, y la indemnización de perjuicios por daños morales, que alegue uno de los ex presuntos cónyuges o ex cónyuges, cuando el matrimonio se declara nulo o expira por divorcio, y en éste último caso, se hubiere decretado por falta grave de uno de los cónyuges o por abandono del hogar común, si la causal fuere el cese de la convivencia. A juicio de Rodríguez Grez, no hay duda que es procedente reclamar tal indemnización de perjuicios, considerando el criterio actual de la jurisprudencia, en orden a aceptar que el daño moral indemnizable provenga de un incumplimiento contractual. Así, tratándose de la nulidad del matrimonio, sería una causal que justifique reclamar el pago de tal indemnización, por ejemplo, el ocultamiento por uno de los cónyuges de un trastorno o anomalía psíquica que fehacientemente comprobada, impida absolutamente formar la comunidad de vida que implica el matrimonio; o el haber hecho creer al otro contrayente que se tenía una cualidad personal que, atendida la naturaleza y fines del matrimonio, fue determinante para otorgar el consentimiento; o el haber empleado la fuerza; o el haber omitido la circunstancia de existir un vínculo matrimonial no disuelto. A su vez, en el caso del divorcio, sería una causal que fundamente exigir la indemnización, por ejemplo, los malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o alguno de los hijos; o la transgresión reiterada de los deberes de convivencia, socorro, fidelidad, etc.²⁶⁸ Cabe consignar que el Código Civil peruano, dispone en su art. 351 que “Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del

²⁶⁷ Consta del Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que el tema fue analizado, concluyéndose que no se trata de una materia renunciable, señalando al efecto el Senador Viera-Gallo: “La renuncia podría aceptarse cuando los cónyuges negocian en un pie de igualdad, pero debe cuidarse que el cónyuge más débil no sea presionado a hacerlo. En todo caso, bien se podría sostener que son normas de orden público que no pueden renunciarse”: p. 76.

²⁶⁸ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 48 y 49.

cónyuge inocente, el juez podrá concederle, una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral”.

2.- De la conciliación²⁶⁹.

a) Cuando procede la conciliación.

Establece el art. 67 de la Ley de Matrimonio Civil, que una vez solicitada la separación, sea que la demanda se presente directamente o de conformidad al artículo 29 (vale decir, en el procedimiento a que dé lugar alguna de las acciones a que se refiere el art. 23, o cuando se hubiere interpuesto una denuncia por violencia intrafamiliar producida entre los cónyuges o entre alguno de éstos y los hijos), o una vez solicitado el divorcio, el juez, durante la audiencia preparatoria, deberá instar a las partes a una conciliación.

Podemos observar que la conciliación procederá en los juicios de separación o de divorcio, más no en los de nulidad de matrimonio, pues en este caso, no puede haber conciliación acerca de una causal de orden público, como son las de nulidad de matrimonio.

b) Objetivo de la conciliación.

La conciliación busca impedir, en primer lugar, la ruptura matrimonial; si ello no fuere posible, tiene por objetivo aminorar las consecuencias negativas de la ruptura.

De esta forma, el art. 67 de la Ley de Matrimonio Civil señala que se instará a la conciliación:

- Con el propósito de examinar las condiciones que contribuirían a superar el conflicto de la convivencia conyugal y verificar la disposición de las partes para hacer posible la conservación del vínculo matrimonial (art. 67, inc. 1º); para materializar lo anterior, el juez, en la audiencia preparatoria, instará a las partes a conciliación y les propondrá personalmente bases de arreglo, procurando ajustar las expectativas de cada una de las partes (art. 69). Como destaca el profesor Eduardo Jara, la ley exige que el juez proponga las bases de arreglo “*personalmente*”, de manera que a juicio de aquél, la inasistencia del juez a esta diligencia, debiera sancionarse con la nulidad de esta actuación judicial²⁷⁰;
- Cuando proceda, para acordar las medidas que regularán lo concerniente:
 - i) a los alimentos entre los cónyuges (sólo en el caso de la separación, no en el divorcio) y para los hijos;
 - ii) al cuidado personal de los hijos;
 - iii) a la relación directa y regular con los hijos, que mantendrá con ellos el padre o la madre que no los tenga bajo su cuidado; y
 - iv) al ejercicio de la patria potestad (art. 67, inc. 2º).

²⁶⁹ Se trata de una institución que no estaba contemplada en la ley de 1884.

²⁷⁰ En Seminario de la Universidad Diego Portales.

c) Comparecencia de los cónyuges a la audiencia preparatoria.

El art. 68 de la Ley de Matrimonio Civil establece que si el divorcio fuere solicitado de común acuerdo por ambos cónyuges, las partes podrán asistir a la audiencia preparatoria personalmente o representadas por sus apoderados. A contrario sensu, debemos entender que si el divorcio fuere demandado por uno de los cónyuges, ambos deben comparecer personalmente. Como puede observarse, la resolución que dicta el tribunal, no es pues la de “traslado” para contestar la demanda, sino “vengan las partes a la audiencia preparatoria”. La comparecencia personal de los cónyuges a la audiencia preparatoria, puede constituir una seria traba a la prosecución del juicio de divorcio, cuando el cónyuge demandado tenga su domicilio en el extranjero, o no sea habido o simplemente se niegue a comparecer.

d) Fracaso de la conciliación.

Si las partes no alcanzaren acuerdo, el juez deberá pronunciarse sobre las medidas que se adoptarán en forma provisional, respecto de las materias indicadas en el inciso 2º del art. 67, ya referidas.

VIII.- DE LA LEY APLICABLE AL MATRIMONIO Y DEL RECONOCIMIENTO DE LAS SENTENCIAS EXTRANJERAS.

1.- Principio general.

Establece la ley que los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración (art. 80 de la Ley de Matrimonio Civil). Se trata, como ya explicamos, del principio *lex locus regit actum*. Nos remitimos a lo expresado a propósito de las formalidades del matrimonio contraído en el extranjero.

2.- Todo matrimonio celebrado en Chile, se rige por la ley chilena.

En una disposición que nos parece superflua, advierte el art. 81 de la Ley de Matrimonio Civil, que los efectos de los matrimonios celebrados en Chile se regirán por la ley chilena, aunque los contrayentes sean extranjeros y no residan en Chile. Decimos que nos parece superflua la norma, pues de conformidad al art. 14 del Código Civil, la ley (chilena) es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros.

A su vez, el art. 82 señala que el cónyuge domiciliado en Chile podrá exigir alimentos al otro cónyuge ante los tribunales chilenos y de conformidad con la ley chilena. Del mismo modo, el cónyuge residente en el extranjero podrá reclamar alimentos del cónyuge domiciliado en Chile. En verdad, lo anterior no es sino una consecuencia de regir la ley chilena, para todos los efectos jurídicos derivados del matrimonio.

3.- Recepción en Chile, de las sentencias de divorcio o de nulidad de matrimonio, dictadas en el extranjero.

El inc. 1º del art. 83 de la Ley de Matrimonio Civil,²⁷¹ consagra el principio en virtud del cual el divorcio estará sujeto a la ley aplicable a la relación matrimonial al momento de interponerse la acción. Dos consecuencias parecen derivar de esta norma, de redacción un tanto oscura:

- a) Se entiende que si se trata de una acción deducida ante un tribunal extranjero, tratándose de un matrimonio celebrado en el extranjero, el divorcio se regirá por la ley extranjera, vigente al momento de presentarse la demanda respectiva;
- b) Si se trata de una demanda de divorcio interpuesta ante un tribunal chileno, tratándose de un matrimonio celebrado en Chile o celebrado en el extranjero y subinscrito en Chile, regirá la ley chilena vigente al momento de deducirse la demanda.

En cualquiera de las circunstancias anteriores, el énfasis está puesto en que el divorcio ha de otorgarse o denegarse, según el mérito de las normas vigentes al tiempo de la demanda, y no por ende, al tiempo de la celebración del matrimonio. Así, si en el futuro la Ley de Matrimonio Civil contemplare una nueva causal de divorcio (por ejemplo, por decisión unilateral de uno de los cónyuges), la demanda debe ser acogida, aunque al momento de celebrar el matrimonio, dicha causal no existiere.

El inc. 2º del art. 83 dispone por su parte que las sentencias de divorcio y nulidad de matrimonio dictadas por tribunales extranjeros serán reconocidas en Chile conforme a las reglas generales que establece el Código de Procedimiento Civil. Dichas reglas generales, son las contempladas en los artículos 242 al 251 del Código de Procedimiento Civil²⁷².

²⁷¹ El artículo 83 de la Ley 19.947, refunde lo dispuesto en los artículos 120 y 121 del Código Civil, derogados por la primera.

²⁷² Las reglas contenidas en los artículos 242 al 251 del Código de Procedimiento Civil, podemos sintetizarlas de la siguiente manera:

1º En primer lugar, debemos verificar si hay un tratado internacional acordado con el país de origen de la resolución judicial, y habiéndolo, lógicamente se aplicarán sus disposiciones.

2º Si no existen tratados relativos a esta materia con la nación de que procedan las resoluciones, se les dará la misma fuerza que en ella se dé a los fallos pronunciados en Chile (aplicación del principio de la reciprocidad). Si la resolución procede de un país en que no se da cumplimiento a los fallos dictados por tribunales chilenos, los fallos dictados en ese país tampoco tendrán fuerza en Chile.

3º Si no pueden aplicarse las reglas anteriores, las resoluciones dictadas por tribunales extranjeros tendrán en Chile la misma fuerza que si se hubieren dictado por tribunales chilenos, siempre que no contengan nada contrario a las leyes chilenas, no se opongan a la jurisdicción nacional, que el condenado haya sido notificado de la acción y que se encuentren ejecutoriadas.

4º La resolución que se trate de ejecutar se presentará a la Corte Suprema en copia legalizada.

5º En los casos de jurisdicción contenciosa, se dará conocimiento a la parte contra quien se pide la ejecución, para que haga valer sus derechos en el término de emplazamiento.

6º En los asuntos de jurisdicción no contenciosa, el tribunal resolverá con sólo la audiencia del Ministerio Público.

7º Si el tribunal lo estima conveniente, podrá abrir un término de prueba, conforme a las reglas de los incidentes.

8º Mandada cumplir una resolución dictada en país extranjero, se pedirá su ejecución al tribunal a quien habría correspondido conocer del negocio, si el juicio se hubiere promovido en Chile.

Con el objeto de salvar algunas dudas interpretativas que surgieron tras la vigencia de la Ley de Matrimonio Civil, la Ley N° 20.286, de 15 de septiembre de 2008, agregó al art. 2º transitorio de aquella, un inciso 4º, que reza: “De conformidad al inciso primero (que dice que los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de Matrimonio Civil se regirán por ella en lo relativo a la separación judicial, la nulidad y el divorcio), habiéndose previamente cumplido el procedimiento sobre ejecución de las resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros, regulados por los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, las sentencias relativas a divorcios pronunciados por tribunales extranjeros tendrán fuerza en Chile, sin perjuicio de haber sido dictadas con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de esta ley”. De esta forma, se zanjó la discusión en torno a si podía o no admitirse una sentencia de divorcio dictada en el extranjero, antes del 18 de noviembre de 2004, o sea, con antelación a la consagración del divorcio con disolución del vínculo. Ahora, no cabe duda que dicha sentencia ha de ser admitida en nuestro país.

Sin embargo, conforme al inc. 3º del art. 83, en ningún caso tendrá valor en Chile el divorcio:

- Que no haya sido declarado por resolución judicial (sería tal, por ejemplo, el divorcio decretado en el extranjero por una simple resolución administrativa, en el supuesto que la ley del país respectivo así lo autorice); o
- Que de otra manera se oponga al orden público chileno (estaría en este caso, por ejemplo, la sentencia que decretando el divorcio, hubiere rechazado otorgar una pensión de alimentos en favor de los hijos menores; o la sentencia de divorcio, decretado a consecuencia del simple repudio unilateral de uno de los cónyuges; o de la sentencia de divorcio decretada en virtud del simple acuerdo de voluntades de los cónyuges²⁷³; en

²⁷³ Señala una sentencia de la Corte Suprema de fecha 11 de junio de 2012, autos Rol N° 4.648-2010, pronunciándose sobre la solicitud de exequátur de una sentencia de divorcio dictada por una juez del Condado de Dane, Estado de Wisconsin, Estados Unidos de América: “Primero: Que entre Chile y los Estados Unidos de América no existe tratado sobre cumplimiento de resoluciones judiciales pronunciadas en los respectivos países ni hay constancia sobre una posible situación de reciprocidad. Por consiguiente, no corresponde dar aplicación a las normas de los artículos 242, 243 y 244 del Código de Procedimiento Civil, sino a la regla del artículo 245 del mismo cuerpo legal, que fija los trámites judiciales que han de cumplirse en Chile para que las resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros puedan tener fuerza, ejecutarse o cumplirse en nuestro país. Segundo: Que el aludido precepto confiere a las resoluciones dictadas por tribunales extranjeros la misma fuerza que si se hubieren dictado por tribunales chilenos, con tal que: 1º) no contengan nada contrario a las leyes de la República (...) Cuarto: Que la actual Ley de Matrimonio Civil en su artículo 42, previene que el matrimonio termina, entre otras causales, por la del numeral 4º que dispone: ‘Por sentencia firme de divorcio’. Los artículos 54 y 55 del mismo texto legal contemplan causales específicas (...) Quinto: Que, de las disposiciones referidas, se desprende que en nuestra legislación no basta el mero consentimiento de los cónyuges para decretar el divorcio, sino que es menester, además, que se acredite una causal específica. Del análisis de la sentencia que sirve de fundamento a la presente demanda y cuya traducción está acompañada a los autos, no se establece objetivamente ninguna causal homologable a la ley chilena que autorice su concesión. Sexto: Que las normas legales que regulan el estado civil de las personas son normas de orden público, de modo que si una sentencia de divorcio dictada en un país extranjero se fundamenta en circunstancias que la ley chilena no acepta como causales para decretarlo, resulta contraria a las leyes de la República y se opone al orden público chileno. Séptimo: Que, en relación con la materia, es útil anotar que el inciso segundo del artículo 83 de la Ley N° 19.947, dispone que ‘las sentencias de divorcio y nulidad de matrimonio dictadas por tribunales extranjeros serán reconocidas en Chile conforme a las

otras palabras, para que la sentencia de divorcio no se oponga al orden público chileno, la causal en virtud del cual éste se decreta debe corresponder a alguna de las dos contempladas en nuestra Ley de Matrimonio Civil).

- Tampoco se reconocerá valor a las sentencias obtenidas en el extranjero, con fraude a la ley²⁷⁴. Se entenderá que se ha actuado en fraude a la ley cuando el divorcio ha sido decretado 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 (art. 83, inc. 4º). Debemos entender que el espíritu de la norma, dice relación a impedir que se obtenga una sentencia de divorcio decretada por un tribunal extranjero, cuando los cónyuges no estaban en condiciones de probar ante los tribunales chilenos, el cese de convivencia o cuando se elude el pago de la compensación económica, de acuerdo a las normas de la ley chilena. Por ello, recurren a un tribunal extranjero, alegando ante él el cese de la convivencia, pero sin la obligación de probarla por los medios restrictivos que contempla nuestra Ley de Matrimonio Civil, o pretendiendo obtener el divorcio sin asumir la obligación de pagar al cónyuge más débil la compensación económica, prevista en nuestra ley. Se obtiene así una sentencia de divorcio, con fraude a la ley, o sea, eludiendo las exigencias previstas en nuestra legislación. Así, por ejemplo, hay fraude a la ley si la sentencia dictada en el extranjero declara que los cónyuges –de acuerdo en el proceso– dicen haber estado separados hace al menos tres años, en circunstancias que en ese lapso tenían domicilio en Chile. Si las partes discrepan acerca del plazo del cese de convivencia, el plazo se amplía a cinco años.

El art. 84, establece que la ley que rija el divorcio y la nulidad del matrimonio se aplicará también a sus efectos. Por lo tanto, la ley extranjera vigente al momento de interponerse la acción, rige también los efectos de la sentencia de divorcio o de nulidad. Si la acción se deduce en Chile, regirá la ley chilena.

IX.- DE LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO.

1º.- Concepto y enumeración.

reglas generales que establece el Código de Procedimiento Civil', de suerte que como en la especie no concurre la circunstancia 1ª exigida en el artículo 245 del Código de Enjuiciamiento Civil, ya reseñada, no es dable autorizar su ejecución en este país. Por estos fundamentos y disposiciones citadas, se rechaza el exequátur solicitado...".

²⁷⁴ Como indica el profesor Víctor Vial del Río, "Con el fraude a la ley se persigue, a través de medios indirectos, burlar un precepto legal, de modo tal que éste, en la práctica, resulte ineficaz, frustrándose el espíritu de la disposición.": "Actos Jurídicos y Personas. Volumen Primero. Teoría General del Acto Jurídico", Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2a edición, 1991, p. 108.

Origina el matrimonio variadas relaciones jurídicas, que afectan a los cónyuges entre sí y respecto de sus parientes. Las más importantes son:

a) Crea entre los cónyuges un conjunto de derechos, deberes y obligaciones. Los deberes, no tienen por objeto prestaciones de naturaleza pecuniaria, sino observar conductas necesarias para realizar prácticamente las finalidades del matrimonio. Tales son, los deberes de fidelidad recíproca, de convivencia, de ayuda mutua, de respeto mutuo, de cohabitación y de protección recíproca. En cambio, el matrimonio origina dos obligaciones, de contenido puramente pecuniario: el de socorro (que de no cumplirse espontáneamente, da lugar, en sede judicial, a la obligación de alimentos) y el de pagar compensación económica. De estos deberes y obligaciones, dos sin embargo son eventuales, es decir no siempre deberán cumplirse: el deber de cohabitación (pues la ocurrencia de relaciones sexuales sólo será posible si la salud y la edad de los cónyuges lo permite) y la obligación de pagar compensación económica (pues ella se originará sólo si se cumplen los supuestos previstos en la ley).

De esta forma, si la norma impone una conducta de contenido ético, entonces, hablamos de “deberes”; si impone una conducta de contenido pecuniario, entonces hablamos propiamente de “obligaciones”. No se crea, sin embargo, que los “deberes” están sustraídos de la censura y control del Derecho. En efecto, la circunstancia de que no estemos, en todos estos casos, ante obligaciones de carácter pecuniario, ha llevado erróneamente a sostener por algunos que no estaríamos ante obligaciones propiamente legales, sino que ante deberes morales. No hay tal, sin embargo: se trata de deberes “jurídicos”, no puramente “morales”. Así las cosas, estos deberes y estas obligaciones reúnen todos los elementos de un imperativo jurídico: su objeto es estrictamente jurídico y su infracción origina sanciones establecidas por la ley. Por el contrario, el deber moral se caracteriza porque el acreedor es indeterminado y su infracción no acarrea sanciones civiles sino que queda circunscrita a la conciencia del individuo.

b) Puede generar entre los cónyuges una sociedad universal que comprende sus patrimonios, o sea, los bienes que tienen y los que adquieren en el futuro.

c) Da origen a la filiación matrimonial.

d) Transforma a los cónyuges en herederos recíprocos. La herencia que le corresponde al cónyuge sobreviviente es una asignación forzosa, y se le incluye entre los legitimarios (a partir de la reforma de la Ley N° 19.585).

e) Crea entre los cónyuges obligaciones alimenticias recíprocas. Así lo establece el art. 321 del Código Civil.

f) Otorga a los cónyuges el derecho-deber de asumir como guardador del otro de los cónyuges. Por regla general, existiendo régimen de sociedad conyugal, cuando fuere necesario designar curador para uno de los cónyuges, tendrá preferencia para ello su marido o mujer.

Cabe consignar que a partir de la Ley N° 18.802, todos los derechos, deberes y obligaciones entre cónyuges tienen el carácter de recíprocos, constituyen derechos-deberes.

Pasaremos a reseñarlos en el numeral siguiente.

2º.- Análisis de los derechos-deberes o derechos-obligaciones

Los derechos-deberes o los derechos-obligaciones que origina el matrimonio, son los siguientes:

- Deber de fidelidad;
- Obligación de socorro;
- Deber de ayuda mutua;
- Deber de protección recíproca;
- Deber de convivencia;
- Deber de respeto recíproco;
- Deber eventual de cohabitación.
- Obligación eventual de pagar compensación económica.

Los revisaremos en el mismo orden, dejando en claro que los siete primeros operan durante el matrimonio, mientras que el último puede operar al terminar el matrimonio, cuando la causa de término sea el divorcio o la nulidad.

2.1. Deber de fidelidad.

Conforme al art. 131 del Código Civil, los cónyuges deben guardarse fe, es decir, desde ya, no les es permitido tener relaciones sexuales fuera del matrimonio. Pero tal como lo expresamos en el estudio del divorcio-sanción, el deber de fidelidad o como expresa el Código Civil “guardarse fe” no debe quedar circunscrito solamente a no incurrir en adulterio. Nos remitimos a lo expuesto en aquella materia.

En cuanto al adulterio, establece el actual art. 132 (introducido por la Ley N° 19.335), que constituye una grave infracción al deber de fidelidad y da origen a las sanciones que prevé la ley. El mismo precepto, en su inciso 2º, define el adulterio.

La ley sanciona el adulterio, hoy desde un punto de vista exclusivamente civil, con la separación judicial o el divorcio.

A su vez, dispone el art. 172 que el cónyuge inocente puede revocar las donaciones que hubiere hecho al cónyuge culpable de adulterio.

Por su parte, la infracción al deber de fidelidad puede influir en los alimentos que reclame el cónyuge infractor del cónyuge inocente, conforme al art. 175 del Código Civil.

La infracción al deber de fidelidad también puede incidir en la procedencia y monto de la compensación económica, según lo estudiamos en esa materia.

2.2.- Obligación de socorro.

a. Obligación de socorro y obligación alimenticia.

Los alimentos entre cónyuges corresponden a una manifestación concreta de la obligación de socorro, cuando este no se cumple espontáneamente; obligación de socorro que a su vez se enmarca en uno de los fines esenciales del matrimonio enunciados en el artículo 102 del Código Civil, como es el que tiene los cónyuges, de auxiliarse mutuamente (dentro de esta expresión, quedan comprendidos la obligación de socorro, el deber de ayuda mutua y el deber de protección recíprocos, según señalamos en su oportunidad). Consiste esta obligación de socorro en la obligación de proporcionar los auxilios económicos necesarios para vivir. Se trata de una obligación recíproca de los cónyuges, establecida en el art. 131 y desarrollado en el art. 134, ambos del Código Civil. Constituye asimismo la obligación alimenticia entre cónyuges, una manifestación del principio de protección al cónyuge más débil.

b. Existencia de sociedad conyugal.

En el régimen de sociedad conyugal, el marido, como administrador, debe subvenir a los gastos de mantenimiento de la mujer y de la familia común (art. 1740, N° 5 del Código Civil). Por ende, todos los egresos deben imputarse al pasivo definitivo de la sociedad conyugal, sin que ésta tenga una recompensa o crédito contra alguno de los cónyuges. Para ello, la ley, como contrapartida, le da al marido el usufructo de los bienes propios de la mujer. Por ello, se ha dicho, lo normal será que el marido casado bajo este régimen le deba alimentos a su mujer, y muy excepcionalmente ocurrirá la situación inversa, cuando la mujer posea un patrimonio reservado cuantioso y la sociedad conyugal no lo tuviere²⁷⁵.

c. Existencia de otros regímenes matrimoniales.

En el régimen de separación total de bienes y en el de participación en los gananciales, cada cónyuge efectúa sus propios gastos de mantenimiento, sin perjuicio de que si alguno no tiene ingresos o bienes suficientes, debe ser auxiliado por el otro. En estos dos últimos regímenes, no cabe pues formular como regla general que el marido sea el primero de los cónyuges obligado al pago de alimentos a favor de la mujer. Conforme a lo dispuesto en el art. 160 del Código Civil, los cónyuges separados de bienes deben acudir al mantenimiento de la familia común según sus facultades; en caso de discrepancia, el juez reglará el monto de la contribución. Si se hubiere decretado separación judicial, los cónyuges también deben socorrerse (artículos 174 y 175 del Código Civil); tienen este derecho, aun cuando hayan dado causa a la separación judicial por su culpa, conforme a lo que ya se indicó.

d. Cónyuges separados de hecho.

Cabe establecer, por su parte, qué ocurre cuando los cónyuges se separan de hecho, sin que se disuelva el matrimonio. Se debe concluir que el marido y la mujer conservan la obligación de socorrerse mutuamente. La jurisprudencia ha declarado que se deben alimentos al cónyuge aun cuando exista separación de hecho y que no es admisible, por ejemplo, la excepción del marido aduciendo la negativa de la mujer a vivir con él, pues en tal hipótesis, no hay injuria atroz, y por ende no hay causal que haga cesar por completo el derecho a alimentos. Además, si la Ley de Matrimonio Civil deja en claro que

²⁷⁵ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., p. 385.

la sentencia de separación judicial no suspende la obligación de socorro, con mayor razón tal obligación subsiste si se trata sólo de una separación de hecho.

e. Mujer que hizo abandono del hogar común.

También en relación a esta materia, se discutió ante nuestros tribunales si podía demandar alimentos la mujer que no había abandonado el hogar, considerando que no había en tal caso un escenario que justificara el incumplimiento de la obligación de socorro y la emergencia de la obligación alimenticia en subsidio del primero. La tendencia en nuestra jurisprudencia fue exigir que los cónyuges se encontraran separados de hecho. Por otra parte, en ocasiones también se negaron alimentos al cónyuge que había abandonado el hogar común sin una causa justificada. Así, en una sentencia de la Corte Suprema, citada por Meza Barros, que adhiere a esta conclusión, se expresa que “No habiendo probado la mujer que haya sido abandonada por su marido, ni la negativa o resistencia de éste para recibirla en el hogar, ni menos que consideraciones de dignidad o decoro hagan incompatible su residencia en la sede del marido, no le asiste a la mujer que no hace vida común el derecho de exigir alimentos a su marido en forma de pensiones periódicas obligatorias (...) Por ser mutuas las obligaciones que contraen marido y mujer, si ésta se niega a vivir con él y rehúsa ayudarle en los múltiples y complejos menesteres domésticos, mal puede reclamar su auxilio y exigirle pensiones alimenticias (...) El matrimonio es una institución de orden social por lo que, para mantenerlo en toda su integridad y eficacia, es preciso exigir el cumplimiento de los deberes y obligaciones que impone. Y se desvirtúan sus fines al obligar a uno de los cónyuges al proporcionar auxilios o alimentos al que se niega a hacer vida de hogar sin motivo justificado.”²⁷⁶ Ambas soluciones fueron criticadas por otra parte de nuestra doctrina, especialmente porque de alguna manera condenaban a la mujer a permanecer contra su voluntad en el hogar común, retenida por el poder económico del marido.²⁷⁷ En verdad, tales criterios jurisprudenciales no se apoyaban en el texto expreso de la ley, de manera que no debieran considerarse para desestimar la demanda de alimentos.

f. Efectos del incumplimiento de la obligación alimenticia a favor del cónyuge.

El cónyuge que no da alimentos puede ser obligado compulsivamente a ello, conforme lo establece la Ley N° 14.908.²⁷⁸ Además, de conformidad al art. 19, inc. 1° de la misma ley, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la separación de bienes si el otro, obligado al pago de pensiones alimenticias, en su favor o en el de sus hijos comunes, hubiere sido apremiado por dos veces en la forma establecida en los artículos 14 y 16 de la misma ley. La petición puede hacerla **el titular de la acción respectiva**, de manera que el marido sólo podrá pedir la separación de bienes, tratándose del régimen de participación en los gananciales, pues los artículos 153 y 155 sólo facultan a la mujer para pedir separación de bienes, habiendo sociedad conyugal.²⁷⁹

²⁷⁶ Meza Barros, Ramón, *Manual de Derecho de Familia*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1979, 2a edición, Tomo II, p. 716.

²⁷⁷ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., pp. 394 y 395.

²⁷⁸ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., p. 81.

²⁷⁹ Corral Talciani, Hernán, *Bienes Familiares y Participación en los Gananciales. La reforma de la Ley número 19.335, de 1994, a las relaciones personales y al régimen económico del matrimonio*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007, 2a edición actualizada, p. 45.

g. Los alimentos y el matrimonio putativo.

Debe subrayarse que la circunstancia de declarar la nulidad del matrimonio, no extingue el eventual crédito que uno de los ex presuntos cónyuges hubiere tenido en contra del otro, por pensiones alimenticias devengadas pero no pagadas a la fecha en que queda ejecutoriada la sentencia. En efecto, confirma lo anterior lo previsto en el artículo 51 de la Ley de Matrimonio Civil, que dispone: “El matrimonio nulo que ha sido celebrado o ratificado ante el Oficial del Registro Civil produce los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que, de buena fe y con justa causa de error, lo contrajo, pero dejará de producir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges”. Se trata de un matrimonio que tenía la apariencia de válido, al menos para uno de los ex presuntos cónyuges. Por ello, a pesar de que se declare su nulidad, no se entienden extinguidos los efectos que hubiera producido, reconociéndolos la ley, como si el matrimonio hubiere sido válidamente contraído. Y entre tales efectos, podrá encontrarse el crédito por alimentos. Cabe indicar que el artículo 52 de la Ley de Matrimonio Civil establece que se presume que los cónyuges han contraído matrimonio de buena fe y con justa causa de error, salvo que en el juicio de nulidad se probare lo contrario y así se declare en la sentencia. Dicho en otros términos: en principio, el matrimonio se entenderá putativo para ambos cónyuges, aunque la mala fe de uno, o de ambos, podría quedar establecida en la sentencia de nulidad. La solución del artículo 52 guarda coherencia, por lo demás, con el principio general del Código Civil, en orden a presumir la buena fe de los contratantes, y que se consagra en el artículo 707 del citado Código, y en probar, por el contrario, la mala fe de un contratante.

h. Litis expensas entre cónyuges.

Debe destacarse que en los juicios de alimentos que involucren como demandante o demandado a un cónyuge con un tercero o a la mujer con su marido, el cónyuge puede solicitar, en ciertos casos, litis expensas, conforme a lo previsto en el artículo 136 del Código Civil, que dispone: “Los cónyuges serán obligados a suministrarse los auxilios que necesiten para sus acciones o defensas judiciales. El marido deberá, además, si está casado en sociedad conyugal, proveer a la mujer de las expensas para la litis que ésta siga en su contra, si no tiene los bienes a que se refieren los artículos 150, 166 y 167, o ellos fueren insuficientes.” De lo expuesto en el precepto citado, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1° Si uno de los cónyuges litiga en contra de un tercero, sea en calidad de actor o de demandado, y carece de los medios para cubrir los gastos que el juicio irroga, tiene derecho a solicitar al otro de los cónyuges que le suministre lo necesario para sostener su acción o defensa, cualesquiera fuere el régimen del matrimonio;

2° Si la mujer litiga en contra de su marido –por ejemplo al demandarle el pago de una pensión alimenticia–, el último estará obligado a suministrarle expensas para la litis, si el régimen de bienes que los vincula fuere el de sociedad conyugal, a menos que el marido probare que su mujer tiene bienes suficientes, que integren el patrimonio reservado (artículo 150) o alguno de los patrimonios especiales que ésta administra con

independencia del marido (artículos 166 y 167)²⁸⁰. A contrario sensu, si fuere el marido casado en sociedad conyugal quien demanda a su mujer por alimentos, no puede exigirle a ésta litis expensas, y de igual forma, si los cónyuges estuvieren casados en régimen de separación total de bienes o de participación en los gananciales, el cónyuge demandante carece del derecho para reclamar que el cónyuge demandado lo provea de expensas para la litis.

2.3.- Deber de ayuda mutua.

Dispuesto también en el art. 131, el que establece que los cónyuges deben ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. Esta ayuda se refiere al cuidado y atención personal que los cónyuges se deben mientras dure el matrimonio.

2.4.- Deber de protección recíproca.

Después de la reforma introducida al art. 131 por la Ley N° 18.802, este es un deber recíproco entre los cónyuges (antes recaía sólo sobre el marido).

Dado que previamente hemos aludido a la obligación de socorro (de connotación económica) y al deber de ayuda mutua (de connotación moral o afectiva), el deber de protección recíproca pareciera estar referido a la protección que un cónyuge debe al otro frente a una eventual agresión de terceros.

El incumplimiento de este deber habilita para intentar la acción de divorcio o la de separación judicial.

2.5.- Deber de convivencia.

Establecido en el art. 133, también constituye hoy día un deber recíproco. Los cónyuges deben vivir en el hogar común, salvo que alguno de ellos tenga razones graves para no hacerlo. En caso de conflicto, tocará al juez calificar las razones graves que se invoquen.

En esta materia, cabe tener presente algunas disposiciones de la Ley N° 20.066, sobre Violencia Intrafamiliar. Así, el art. 5° dispone que “Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor...”; por su parte, el artículo 7 establece que “Cuando exista una situación de riesgo inminente para una o más personas de sufrir un maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar, aun cuando éste no se haya

²⁸⁰ El artículo 136 sólo alude a tres de las cinco hipótesis actuales de separación legal parcial de bienes. Hay dos más, previstas en el artículo 252, inciso 3° (cuando corresponda a la mujer casada en sociedad conyugal ejercer el derecho legal de goce sobre los bienes de su hijo no emancipado) y en el artículo 1724 (cuando a cualquiera de los cónyuges se hiciere una donación o se dejare una herencia o legado con la condición de que los frutos de las cosas objeto de la gratuidad, no pertenezcan a la sociedad conyugal, en cuyo caso, creemos que si fuere la mujer la beneficiaria, a ella tocará administrar tales frutos y lo que con ellos obtenga), ambos del Código Civil, que también, a nuestro juicio, debieran considerarse, para desestimar la petición de litis expensas que formule la mujer que demande a su marido.

llevado a cabo, el tribunal, con el sólo mérito de la denuncia, deberá adoptar las medidas de protección o cautelares que correspondan.”

2.6.- Deber de respeto recíproco.

Creado por la Ley N° 18.802, que agregó este deber en el art. 131. Los cónyuges deben darse entre sí un trato que asegure la dignidad a que tienen derecho, sobre todo cuando los une un vínculo afectivo tan determinante como aquél que supone el matrimonio. La infracción de este deber puede originar el divorcio o la separación judicial.-

2.7.- Deber eventual de cohabitación.

Uno de los fines esenciales del matrimonio, es la procreación. Asimismo, que los cónyuges tengan una vida sexual plena, sin que ello afecte la dignidad de ambos. El incumplimiento del “debito conyugal” sin causa justificada, podría servir de fundamento para una demanda de nulidad de matrimonio (si la conducta contraria al acto sexual se presenta desde el momento mismo en que se celebró el matrimonio), de divorcio o de separación judicial. Como lo expresamos, este deber es eventual, no siempre podrá materializarse, pues dependerá del estado de salud y de la edad de los cónyuges.

2.8.- Obligación eventual de pagar compensación económica.

Como se expresa en la varias veces citada sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de diciembre de 2009, la compensación económica “sólo un deber más de un cónyuge a favor del otro, que además es de cuantía variable según el caso concreto, es de existencia meramente eventual y puede llegar a surgir sólo en caso de divorcio (o nulidad).” Como expresan los profesores Pizarro y Vidal, se trata de una obligación cuya fuente es la ley.

CUARTA PARTE: DEL CONCUBINATO

1.- Concepto.

En una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 1987, se indica que el concubinato supone habitualidad de relaciones sexuales, comunidad de vida y ausencia de las formalidades del matrimonio y un conjunto de elementos que tiendan a dar a esta convivencia las apariencias de un verdadero matrimonio, es decir, exhibir un comportamiento como marido y mujer, ante la sociedad.

Federico Puig Peña lo define como la unión duradera y estable de dos personas de sexo opuesto, que hacen vida marital con todas las apariencias de un matrimonio legítimo.²⁸¹

Habida cuenta de la instauración del “acuerdo de unión civil” en nuestra legislación, el “concubinato” corresponde a una relación de convivencia entre personas de distinto sexo, que no han formalizado dicho acuerdo. Por ende, no todos aquellos que convivan y no hayan celebrado el Acuerdo de Unión Civil pueden ser considerados “concubinos”, sino sólo aquellos de distinto sexo.

2.- Recepción en nuestra legislación.

Podríamos afirmar que la recepción del concubinato está circunscrita todavía a ciertas materias, más bien excepcionales, aunque por otra parte, todo apunta a que en el futuro, la institución puede cobrar mayor importancia, considerando el creciente número de parejas que han optado por la convivencia, y no por el matrimonio. En tales casos, si bien los hijos tienen hoy adecuada protección legal, no acontece lo mismo con los convivientes, y en especial, con aquél económicamente más débil.

Alude la ley al concubinato en las siguientes materias:

a) Recepción en el Código Civil.

a. 1) Dispone el Código que el concubinato de la madre con el supuesto padre, durante la época en que ha podido producirse legalmente la concepción, servirá de base para una presunción judicial de paternidad.

Si el supuesto padre probare que la madre cohabitó con otro durante el período legal de la concepción, esta sola circunstancia no bastará para desechar la demanda, pero no podrá dictarse sentencia en el juicio sin emplazamiento de aquél (artículo 210 del Código Civil).

a.2) Establece el artículo 551-1, inciso 2º, que de toda remuneración pagada al conviviente del director de una corporación o fundación, deberá darse cuenta detallada a la respectiva asamblea.

b) Recepción en la Ley número 20.066, de Violencia Intrafamiliar.

De conformidad a lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 5º de la Ley Nº 20.066, “Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor **o una relación de convivencia con él**; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en

²⁸¹ Citado por René Ramos Pazos, ob. cit., Tomo II, p. 594.

toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge **o de su actual conviviente**".

c) En materia previsional, se reconoce el concubinato en las siguientes normas²⁸²:

c.1) El artículo 24 de la Ley 15.386 (aplicable a los afiliados al antiguo sistema previsional), que establece: "La madre de los hijos naturales del imponente, soltera o viuda, que estuviere viviendo a las expensas de éste, y siempre que aquellos hubieren sido reconocidos por el causante con tres años de anterioridad a su muerte o en la inscripción del nacimiento, tendrá derecho a una pensión de montepío equivalente al 60% de la que le habría correspondido si hubiera tenido la calidad de cónyuge sobreviviente.

Este derecho se extinguirá por matrimonio o fallecimiento de la beneficiaria y se ejercerá de acuerdo a las normas que rijan las pensiones de viudez en los respectivos regímenes orgánicos.

El beneficio que concede este artículo se entenderá sin perjuicio de los que correspondan a otros derechos habientes."

c.2) El artículo 45 de la Ley 16.744, sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, dispone: "la madre de los hijos naturales del causante, soltera o viuda, que hubiere estado viviendo a expensas de éste hasta el momento de su muerte, tendrá también derecho a una pensión equivalente al 30% de la pensión básica que habría correspondido a la víctima si se hubiere invalidado totalmente o de la pensión básica que perciba en el momento de la muerte, sin perjuicio de las pensiones que correspondan a los demás derechos-habientes.

Para tener derecho a esta pensión el causante debió haber reconocido a sus hijos con anterioridad a la fecha del accidente o del diagnóstico de la enfermedad.

La pensión será concedida por el mismo plazo y bajo las mismas condiciones que señala el artículo anterior respecto de la pensión de viudez.

Cesará el derecho si la madre de los hijos naturales del causante que disfrute de pensión vitalicia, contrajere nuevas nupcias, en cuyo caso tendrá derecho también a que se le pague de una sola vez el equivalente a dos años de su pensión."

c.3) El artículo 9 del Decreto Ley número 3.500 (aplicable a los afiliados a las administradoras de fondos de pensiones), que consigna: "El padre o la madre de hijos de filiación no matrimonial de la o el causante tendrán derecho a pensión de sobrevivencia si reúnen los siguientes requisitos, a la fecha del fallecimiento:

- a) Ser solteros o viudos, y
- b) vivir a expensas del causante."

d) Recepción en el Derecho Penal.

²⁸² Estas disposiciones legales aluden a "*los hijos naturales*", expresión que hoy, obviamente, debemos entender referida a los hijos no matrimoniales.

El artículo 108 del Código Procesal Penal, dispone: “Para los efectos de este Código, se considera víctima al ofendido por el delito.

En los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiese ejercer los derechos que en éste Código se le otorgan, se considerará víctima:

- a) Al cónyuge o al conviviente civil y a los hijos
- b) A los ascendientes
- c) Al conviviente....”

La importancia de ser considerado “víctima”, se refleja en la posibilidad de reclamar la pertinente indemnización civil, derivada de la comisión del ilícito penal.

A su vez, el artículo 390 del Código Penal, al tratar del homicidio, dispone: “El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge o su **conviviente**, será castigado como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado. / Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o **la conviviente** de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio.”

e) Recepción en la Ley número 19.253, sobre Pueblos Indígenas.

Dispone el artículo 14 de esta ley, citado al inicio de este apunte: “Tanto en las enajenaciones entre indígenas como en los gravámenes a que se refiere el artículo anterior, el titular de la propiedad deberá contar con la autorización establecida en el artículo 1749 del Código Civil a menos que se haya pactado separación total de bienes **y, en caso de no existir matrimonio civil, deberá contar con la autorización de la mujer con la cual ha constituido familia**. La omisión de este requisito acarreará la nulidad del acto.”

3.- Recepción en nuestra jurisprudencia.

Diversos fallos, han consagrado la tesis de que el concubinato supone la existencia de un cuasicontrato de comunidad (según concluyen algunas sentencias) o de una sociedad de hecho (según concluyen otras sentencias) entre los convivientes, de manera que a su término, procede liquidar los bienes adquiridos por los convivientes, como si pertenecieran a tal comunidad o sociedad. Así, se ha fallado que “Acreditándose la vida en común de los concubinos, contratos suscritos y labor desplegada por uno de ellos, en la adquisición de bienes y la ocupación doméstica del otro en el hogar común, revelan la voluntad de ambos de formar una comunidad relativa a los bienes que tenían, y que pudieran adquirir en el futuro mediante la mutua convivencia, detentando cada uno de los comuneros un derecho sobre las cosas comunes, idéntico al de los socios en el haber social, debiendo partirse aquellos acorde las normas prescritas en el artículo 227 N° 1 del Código Orgánico de Tribunales.”²⁸³

En otro fallo de fecha 19 de octubre de 2010, de la Corte Suprema, dictado en los autos Rol N° 866-2009, se afirma que para impetrar el reconocimiento del derecho de los concubinos sobre los bienes que se hubiesen adquirido durante la época de

²⁸³ Citada por René Ramos Pazos, ob. cit., tomo II, p. 669, N° 930.

convivencia, no es suficiente afirmar la existencia de dicha vida en común. En efecto, se consigna en el fallo que la comunidad de bienes entre los concubinos no emana en realidad del concubinato, ni del hecho de haberse adquirido los bienes durante el período en que los convivientes hicieron vida matrimonial, sino que de la circunstancia de haberse probado que los bienes fueron adquiridos con el producto del trabajo realizado conjuntamente. De lo anterior, se desprende que la existencia de una comunidad precedida de una unión no matrimonial, debe ir acompañada de la comprobación de los aportes realizados en común, o que existió un trabajo, industria u otra actividad conjunta que dio pábulo al cuasicontrato de comunidad. En el caso, se demandó en juicio ordinario de declaración de existencia de cuasicontrato de comunidad por don Mario D. D. en contra de doña Elizabeth D. I. La acción se fundó en que por años mantuvieron una relación amistosa y a partir de 1976 una relación sentimental, que no pudieron concretar en matrimonio, dado que el demandante estaba casado. De esta relación, nacieron seis hijos, a cuyo cuidado se dedicó la demandada, encargándose el actor de proveer el sustento. En el marco de dicha convivencia, adquirieron un inmueble en la ciudad de Nueva Imperial, inscrito a nombre de la demandada. Termina el libelo solicitando que se declare que entre las partes existió una comunidad sobre todos los valores y bienes adquiridos durante su vigencia y hasta la ruptura del concubinato, como también, sobre todos sus accesorios y frutos, debiendo procederse a su liquidación y partición, teniendo los comuneros iguales derechos en ella. Por sentencia de 30 de noviembre de 2007, del 2° Juzgado Civil de Temuco, autos Rol N° 1.575, se rechazó la demanda. Apelado el fallo por el actor, una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Temuco, por resolución de 12 de diciembre de 2008, lo revocó e hizo lugar a la demanda, declarando que entre las partes existió un concubinato que produjo una comunidad de bienes sobre el inmueble que individualiza, como asimismo, que la comunidad debía liquidarse y partirse con sujeción a las reglas de la partición. La Corte Suprema, conociendo de un recurso de casación en el fondo interpuesto por la demandada, lo rechazó, por fallo de fecha 19 de octubre de 2010. Hubo un voto disidente, que sostuvo que el demandante no había acreditado la existencia del concubinato, “fundamento fáctico básico de la acción deducida”.

Por cierto, “Para probar la comunidad existente entre concubinos, se admiten todos los medios probatorios autorizados por la ley, incluida la prueba de testigos”.²⁸⁴

Sin embargo, en otras sentencias, la Corte Suprema ha rechazado demandas tendientes a obtener el reconocimiento de un cuasicontrato de comunidad entre concubinos (fallos de fecha 26 de abril de 2011, autos Rol N° 7.568-2009; y de fecha 14 de octubre de 2010, autos Rol N° 1.421-2009, en el segundo con un voto disidente que estuvo por acoger demanda).

QUINTA PARTE: DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

²⁸⁴ Ramos Pazos, René, ob. cit., p. 671, N° 930.

La materia se encuentra regulada en la Ley N° 19.968, sobre Tribunales de Familia, Título V, artículos 103 a 114, “De la Mediación Familiar”.

1.- Concepto y características.

La profesora Macarena Vargas²⁸⁵, define la mediación, en términos generales, como el proceso de resolución de conflictos de carácter auto-compositivo, en que un tercero imparcial, que actúa como mediador o facilitador, ayuda a las partes que están en un problema a buscar una solución que sea satisfactoria para ellos y en base a sus intereses y necesidades.

El profesor Cristián Maturana²⁸⁶, por su parte, destaca que se trata de una negociación asistida, informal, creativa y relativa, en la que el mediador no cumple una función decisoria del conflicto, sino de colaboración, para que las mismas partes lleguen a resolver la situación que los enfrenta.

El art. 103 de la Ley N° 19.968, sobre Tribunales de Familia, define la mediación como “aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos.”

El art. 104 agrega que sin perjuicio de lo dispuesto en el Título “De la Mediación Familiar”, las partes podrán designar de común acuerdo una persona que ejerza entre ellas sus buenos oficios para alcanzar avenimientos en las materias en que sea procedente de acuerdo a la ley. Lo anterior puede tener importancia práctica, pues permitirá a los interesados exonerarse del cumplimiento de la mediación previa u obligatoria, a que alude el art. 106.

La profesora Vargas²⁸⁷ indica las siguientes características de la mediación, en general:

- Se trata de un procedimiento alternativo al judicial, pero no excluyente, sino complementario a éste;
- Los propios afectados resuelven el conflicto, con apoyo del mediador;
- Es un proceso confidencial;
- Es un proceso flexible.

2.- Principios de la mediación familiar.

El art. 105 consagra seis principios que deben cumplirse en toda mediación. Ellos son:

1. **Igualdad:** se desprende de este principio que el mediador debe:

- i) Cerciorarse de que los participantes se encuentren en igualdad de condiciones para adoptar acuerdos.
- ii) Si no existiere tal igualdad de condiciones, el mediador debe proponer o adoptar, en su caso, las medidas necesarias para que se obtenga tal equilibrio;

²⁸⁵ En Seminario de la Universidad Diego Portales.

²⁸⁶ En Seminario del Colegio de Abogados.

²⁸⁷ En Seminario de la Universidad Diego Portales.

iii) Si no fuere posible alcanzar dicho equilibrio, el mediador debe declarar terminada la mediación.

2. **Voluntariedad:** la mediación es eminentemente voluntaria, de manera que los participantes en ella podrán retirarse del proceso en cualquier momento, sea que ello ocurra en la primera sesión de mediación, o en cualquier otro momento. Según veremos, la voluntariedad no obsta para que la ley establezca algunas materias de mediación obligatoria, pero aún en tales casos, subsiste la facultad de los participantes para retirarse de la misma. Dicho de otro modo: en algunos casos, están obligados a comparecer ante un mediador, pero no a perseverar en la mediación.

3. **Confidencialidad:** se originan los siguientes efectos de este principio:

i) El mediador deberá guardar reserva de todo lo escuchado o visto durante el proceso de mediación y estará amparado por el secreto profesional. La violación de dicha reserva será sancionada con la pena prevista en el art. 247 del Código Penal.²⁸⁸

ii) Nada de lo dicho por cualquiera de los participantes durante el desarrollo de la mediación podrá invocarse en el subsiguiente procedimiento judicial, en caso de haberlo.

iii) El mediador quedará exento del deber de confidencialidad en aquellos casos en que tome conocimiento de la existencia de situaciones de maltrato o abuso en contra de niños, niñas, adolescentes o discapacitados. En todo caso, deberá dar a conocer previamente a las partes el sentido de esta exención del deber de confidencialidad.

4. **Imparcialidad:** se desprende de este principio:

i) Que los mediadores serán imparciales en relación con los participantes, debiendo abstenerse de promover actuaciones que comprometan dicha condición.

ii) Si la imparcialidad del mediador se viere afectada por cualquier causa, deberá rechazar el caso, justificándose ante el juzgado que corresponda.

iii) Los involucrados podrán también solicitar al juzgado la designación de un nuevo mediador, cuando justifiquen que la imparcialidad del inicialmente designado se encuentra comprometida. Esta solicitud se tramitará en audiencia especial citada al efecto por el tribunal competente (art. 107, inc. 4º).

5. **Interés superior del niño:** por el cual, en el curso de la mediación, el mediador velará siempre para que se tome en consideración el interés superior del niño, niña o adolescente, en su caso, pudiendo citarlos sólo si su presencia es estrictamente indispensable para el desarrollo de la mediación. La norma anterior debe armonizarse con lo dispuesto en el art. 16, que consagra el derecho del niño, niña o adolescente, a ser oído.

6. **Opiniones de terceros:** en virtud de este principio, el mediador velará para que se consideren las opiniones de los terceros que no hubieren sido citados a la audiencia, a quienes también podrá citar.

3.- Clases de mediación familiar.

²⁸⁸ Artículo 247 del Código Penal: “El empleado público que, sabiendo por razón de su cargo los secretos de un particular, los descubriere con perjuicio de éste, incurrirá en las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multas de seis a diez unidades tributarias mensuales. / Las mismas penas se aplicarán a los que ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título, revelen los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado.”

El art. 106 distingue entre mediación previa u obligatoria, voluntaria y prohibida.

1. Mediación previa u obligatoria.

Son materias de mediación previa, es decir, deben someterse obligatoriamente a mediación antes de interponer la demanda respectiva, las siguientes:

- i) Las causas relativas al derecho de alimentos;
- ii) Las causas relativas al cuidado personal de los menores; y
- iii) Las causas relativas al derecho de los padres e hijos e hijas que vivan separados a mantener una relación directa y regular.

En armonía con lo anterior, el art. 57, relativo a los requisitos de la demanda, dispone que en las causas de mediación previa, se deberá acompañar un certificado que acredite que se dio cumplimiento a lo dispuesto en el art. 106.

Estas tres materias deben ir a mediación previa, aun cuando se traten en el marco de una acción de divorcio o separación judicial, a menos que estuviéramos ante una demanda por “divorcio sanción”.

No regirá la exigencia de mediación previa, si las partes acreditaren que antes del inicio de la causa, sometieron el mismo conflicto a mediación ante mediadores inscritos en el Registro a que se refiere el art. 112 de la Ley o si hubieren alcanzado un acuerdo privado sobre estas materias (art. 104).

2. Mediación voluntaria.

Dispone el inc. 4° del art. 106, que “Las restantes materias de competencia de los juzgados de familia, exceptuadas las señaladas en el inciso siguiente, podrán ser sometidas a mediación si así lo acuerdan o lo aceptan las partes”. De esta forma, podrá someterse a mediación voluntaria cualquiera de las materias contempladas en el artículo 8 de la Ley (que fija la competencia de los juzgados de familia), salvo las tres antes mencionadas, de mediación obligatoria, y salvo aquellas a que nos referiremos seguidamente, en las que se excluye la mediación.

3. Mediación prohibida.

El art. 106, inc. 5°, advierte que no se someterán a mediación:

- i) Los asuntos relativos al estado civil de las personas, salvo en los casos contemplados por la Ley de Matrimonio Civil (por lo tanto, no pueden quedar sujetos a mediación, los juicios sobre filiación, por ejemplo);
- ii) La declaración de interdicción;
- iii) Las causas sobre maltrato de niños, niñas o adolescentes; y
- iv) Los procedimientos regulados en la Ley N° 19.620, sobre Adopción.

El inciso 6° agrega que en los asuntos a que dé lugar la aplicación de la Ley N° 20.066, sobre Violencia Intrafamiliar, la mediación procederá en los términos y condiciones establecidos en los artículos 96 y 97 de la Ley N° 19.968. Ambos artículos están contenidos en el Título IV, “Procedimientos Especiales”, Párrafo Segundo “Del Procedimiento Relativo a los actos de Violencia Intrafamiliar”. El art. 96, se refiere a la suspensión condicional de la dictación de la sentencia. Ello puede acaecer cuando se cumplan dos requisitos:

- i) que el denunciado o demandado reconozca ante el tribunal los hechos sobre los que versa la demanda o denuncia; y

ii) que existan antecedentes que permitan presumir fundadamente que no ejecutará actos similares en lo sucesivo.

Cumplidos ambos requisitos, el juez podrá suspender condicionalmente la dictación de la sentencia, siempre y cuando, adicionalmente, se hayan establecido y aceptado por las partes obligaciones específicas y determinadas respecto de sus relaciones de familia y aquellas de carácter reparatorio a satisfacción de la víctima. Ahora bien, para los efectos de lo recién indicado, el tribunal, previo acuerdo de las partes, podrá someter a mediación el conflicto. Aprobada el acta de mediación, el juez suspenderá condicionalmente la dictación de la sentencia. El juez, advierte la ley, deberá ser asesorado por uno o más miembros del consejo técnico, asegurándose que las partes estén en capacidad para negociar libremente y en un plano de igualdad. El art. 97 establece los casos de improcedencia de la suspensión condicional de la dictación de la sentencia.

4.- Inicio de la mediación.

Agrega el art. 107 que cuando se trate de algunas de las **materias que son de mediación previa**, la designación del mediador podrá realizarse por una de las siguientes vías:

- i) Las partes, de común acuerdo, comunicarán al tribunal el nombre del mediador que elijan de entre los mediadores contratados por el Ministerio de Justicia, de conformidad a lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto del art. 114, mediante una presentación que contenga la individualización de los involucrados y la mención de la o las materias incluidas; y
- ii) A falta de acuerdo en la persona del mediador, o si las partes manifiestan su decisión de dejar entregada la decisión a la resolución del juez, éste procederá a nombrar al mediador mediante un procedimiento objetivo y general, que garantice una distribución equitativa entre los contratados por el Ministerio de Justicia para prestar servicios en ese territorio jurisdiccional y un adecuado acceso a los solicitantes. En todo caso, siempre se hará presente al requirente la posibilidad de recurrir, a su costa, a un mediador de los inscritos en el registro señalado en el art. 112.²⁸⁹ Estas actuaciones podrán llevarse a cabo ante cualquier tribunal de familia y para ellas no se requiere patrocinio de abogado.

En el caso de las **materias de mediación voluntaria**, el juez ordenará que, al presentarse la demanda, un funcionario especialmente calificado instruya al actor sobre la alternativa de concurrir a ella, quien podrá aceptarla o rechazarla. Del mismo modo, ambas partes podrán solicitar la mediación o aceptar la que les propone el juez, durante el curso de la causa, hasta el quinto día anterior a la audiencia del juicio y podrán, en este caso, designar al mediador de común acuerdo. Si no se alcanzare acuerdo, el juez

²⁸⁹ El artículo 112 regula el “Registro de Mediadores”. Consigna el precepto que la mediación sólo podrá ser conducida por las personas inscritas en el Registro de Mediadores que mantendrá, permanentemente actualizado, el Ministerio de Justicia a través de las Secretarías Regionales Ministeriales. El Ministerio de Justicia, proporcionará a las Cortes de Apelaciones la nómina de los mediadores habilitados en su respectivo territorio jurisdiccional. Asimismo, deberá mantener en su página web dicha nómina, en la que se ordenará a los mediadores por comunas y contener los datos básicos de cada uno de ellos.

procederá a designarlo, de inmediato, de entre quienes figuren en el Registro de Mediadores, mediante un procedimiento que garantice una distribución equitativa de trabajo entre los registrados.

5.- Causas de inhabilidad para desempeñarse como mediador.

La designación del mediador efectuada por el tribunal no será susceptible de recurso alguno. Con todo, tal designación deberá revocarse y procederse a una nueva designación, si el mediador:

- Fuere curador de cualquiera de las partes;
- Fuere pariente, por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y hasta el cuarto grado en la línea colateral de cualquiera de las partes;
- Hubiere prestado servicios profesionales a cualquiera de las partes, con anterioridad, a menos que los hubiere prestado a ambas en calidad de mediador.

Como es obvio, en los casos anteriores, faltarán al mediador la imparcialidad que se requiere para que pueda desempeñar su rol exitosamente.

La revocación y nueva designación serán tramitadas en audiencia especial citada al efecto por el tribunal competente (art. 107, inc. 4º).

6.- Comunicación al mediador.

Hecha que sea la designación del mediador, ésta se comunicará al mediador por la vía más expedita posible. Dicha comunicación incluirá, además, la individualización de las partes y las materias sobre las que verse el conflicto (art. 107, inc. final).

7.- Diligencias preliminares del mediador.

El mediador fijará una sesión inicial de la mediación, a la que citará, conjunta o separadamente, a los adultos involucrados en el conflicto, quienes deberán concurrir personalmente, sin perjuicio de la comparecencia de sus abogados. En esa primera sesión, el mediador deberá informar a las partes acerca:

- De la naturaleza y los objetivos de la mediación;
- De los principios que la informan; y
- Del valor jurídico de dichos acuerdos (art. 108).

8.- Reglas especiales sobre la mediación en causas relativas al derecho de alimentos.

El art. 109 contiene las “Reglas especiales sobre mediación en causas relativas al derecho de alimentos.” Dispone la norma que, tratándose de casos que versen, en todo o parte, sobre el derecho de alimentos, el mediador, en la primera sesión, deberá informar al alimentario de su derecho de recurrir en cualquier momento al tribunal para la fijación de alimentos provisorios, de acuerdo al art. 54-2. De esta actuación deberá dejarse constancia escrita firmada por el mediador y las partes. Sin perjuicio de lo cual, las partes podrán adoptar directamente un acuerdo sobre la materia. Si el requerido (es decir, el

alimentante), citado por una sola vez, no acude a la primera sesión de mediación y no justifica su ausencia, el requirente (o sea, el alimentario), quedará habilitado para iniciar el procedimiento judicial.

9.- Duración de la mediación.

De acuerdo al art. 110, el proceso de mediación no podrá durar más de sesenta días, contados desde que se comunica al mediador su designación por parte del juzgado de familia. Con todo, los participantes, de común acuerdo, podrán solicitar la ampliación de este plazo hasta por sesenta días más. Durante ese plazo, podrán celebrarse todas las sesiones que el mediador y las partes estimen necesarias, en las fechas que de común acuerdo se determinen. Podrá citarse a los participantes por separado.

10.- Resultados de la mediación.

El art. 111 se ocupa del resultado, positivo o negativo, de la mediación:

i) **Mediación exitosa:** en caso de llegar a acuerdo sobre todos o algunos de los puntos sometidos a mediación, se dejará constancia de ello en un acta de mediación, la que, luego de ser leída por los participantes, será firmada por ellos y por el mediador, quedando una copia en poder de cada una de las partes. El acta será remitida por el mediador al tribunal para su aprobación en todo aquello que no fuere contrario a derecho, pudiendo el juez en todo caso, subsanar los defectos formales que tuviera, respetando en todo momento la voluntad de las partes expresada en dicha acta. Aprobada por el juez, tendrá valor de sentencia ejecutoriada.

ii) **Mediación fracasada:** si la mediación se frustrare, también se levantará un acta, en la que se dejará constancia del término de la mediación, sin agregar otros antecedentes. En lo posible, dicha acta será firmada por los participantes, se entregará copia de la misma a aquella parte que la solicite y se remitirá al tribunal correspondiente, con lo cual terminará la suspensión del procedimiento judicial o, en su caso, el demandante quedará habilitado para iniciarlo. Se entenderá que la mediación se frustra si alguno de los participantes, citado por dos veces, no concurriera a la sesión inicial, ni justificare causa de su inasistencia; si, habiendo concurrido a las sesiones, manifiesta su voluntad de no perseverar en la mediación, y, en general, en cualquier momento en que el mediador adquiriera la convicción de que no se alcanzará acuerdos.

11.- Registro de mediadores.

La mediación que regula la ley sólo podrá ser conducida por las personas inscritas en el Registro de Mediadores que mantendrá, permanentemente actualizado, el Ministerio de Justicia, a través de las Secretarías Regionales Ministeriales, con las formalidades establecidas en el reglamento (art. 112, inc. 1º). En ese Registro, todos los mediadores se individualizarán y se consignará el ámbito territorial en que prestarán servicios. Este deberá corresponder, a lo más, al territorio jurisdiccional de una Corte de Apelaciones o de varias, siempre que se encuentren en una misma región y a lo menos, a

todo el territorio jurisdiccional de un tribunal de primera instancia con competencia en asuntos de familia. Además, si corresponde, se señalará su pertenencia a una institución o persona jurídica (art. 112, inc. 2º).

El Ministerio de Justicia proporcionará a las Cortes de Apelaciones, la nómina de los mediadores habilitados en su respectivo territorio jurisdiccional. Asimismo, deberá mantener en su página web dicha nómina, la cual deberá ordenar a los mediadores por comunas y contener los datos básicos de cada uno de ellos (art. 112, inc. 3º).

Para ser inscrito en el Registro de Mediadores, se requiere:

- Poseer título profesional de una carrera que tenga al menos ocho semestres de duración, otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por el Estado;
- Acreditar formación especializada en mediación y en materias de familia o infancia, impartida por alguna universidad o instituto que desarrolle docencia, capacitación o investigación en dichas materias;
- No haber sido condenado por delito que merezca pena aflictiva (privación de la libertad por tres años y un día o más), por alguno de los delitos contemplados en los artículos 361 a 375 del Código Penal²⁹⁰;
- No haber sido condenado por actos constitutivos de violencia intrafamiliar (art. 112, inc. 4º); y
- Disponer de un lugar adecuado para desarrollar la mediación en cualquier comuna donde tenga jurisdicción el juzgado ante el cual se acuerde la respectiva mediación (art. 112, inc. 5º).

El art. 113 regula lo concerniente a la eliminación del Registro de Mediadores y a las sanciones aplicables (amonestación, suspensión o cancelación). Son causales de eliminación:

- En caso de fallecimiento o renuncia;
- En caso de pérdida de los requisitos exigidos para la inscripción;
- Por la cancelación de la inscripción, decretada por la Corte de Apelaciones competente.

En caso de incumplimiento de sus obligaciones o abuso en el desempeño de sus funciones, el mediador inscrito podrá ser **amonestado** o **suspendido** en el ejercicio de la actividad por un período no superior a los seis meses. Asimismo, en casos graves, podrá decretarse la **cancelación** de la inscripción. Impuesta esta última, no podrá volver a solicitarse la inscripción. Las sanciones serán ordenadas por cualquiera de las Cortes de Apelaciones dentro de cuyo territorio ejerciere funciones el mediador, a petición:

- i) del interesado que reclamare contra los servicios prestados;
- ii) de la institución o persona jurídica a que pertenezca el mediador;
- iii) de cualquier juez con competencia en materias de familia del territorio jurisdiccional de la Corte; o
- iv) de la respectiva Secretaría Regional Ministerial de Justicia.

²⁹⁰ Se trata de los delitos de violación; estupro, incesto, corrupción de menores y otros actos deshonestos; y ultrajes públicos a las buenas costumbres.

En cuanto a los efectos de la sanción, respecto de los casos de que estuviere conociendo el mediador, debemos distinguir según se trata de una cancelación o sólo de una suspensión:

- i) impuesta la cancelación, el mediador quedará inhabilitado para actuar, debiendo proveerse una nueva designación respecto de los asuntos que tuviere pendiente;
- ii) impuesta una suspensión, el mediador deberá continuar, hasta su término, con aquellos asuntos que se le hubieren encomendado en forma previa.

El Reglamento vigente que regula al Registro de Mediadores se aprobó por Decreto Supremo N° 763, publicado en el Diario Oficial con fecha 25 de mayo de 2009.

12.- Costos de la mediación.

Conforme a lo previsto en el art. 114, los servicios de mediación respecto de las materias a que se refiere el inciso primero del art. 106 (entre ellas, según vimos, las causas sobre derecho de alimentos), serán gratuitos para las partes. Excepcionalmente, podrá cobrarse por el servicio, total o parcialmente, cuando se preste a usuarios que dispongan de recursos para financiarlo privadamente. Para estos efectos se considerará, al menos, su nivel de ingresos, capacidad de pago y el número de personas del grupo familiar que de ellos dependa, en conformidad con lo que señale el reglamento. El mismo art. 114 agrega que para proveer los servicios de mediación sin costo para las partes, el Ministerio de Justicia velará por la existencia de una adecuada oferta de mediadores en las diversas jurisdicciones de los tribunales con competencia en asuntos de familia, contratando al efecto los servicios de personas jurídicas o naturales, a fin de que sean ejecutados por quienes se encuentren inscritos en el Registro de Mediador.

SEXTA PARTE: DEL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL

1.- Origen de la institución y concepto.

Este “Acuerdo de Unión Civil”²⁹¹ se incorporó a nuestra legislación de Derecho de Familia por la Ley N° 20.830,²⁹² publicada en el Diario Oficial de fecha 21 de abril de 2015, vigente seis meses después (artículo primero transitorio). La mencionada ley consta de un total de 48 arts., y está dividida en siete títulos, a saber: Título I: del acuerdo de unión civil y de los convivientes civiles; Título II: de la celebración del acuerdo de unión civil, de sus requisitos de validez y prohibiciones; Título III: de los acuerdos de unión civil celebrados en el extranjero; Título IV: de los efectos del acuerdo de unión civil; Título V: disposiciones generales; Título VI: del término del acuerdo de unión civil; y Título VII: modificaciones a diversos cuerpos legales. De los 48 arts., los primeros 28 corresponden al acuerdo de unión civil propiamente tal. Los arts. 29 al 47 se refieren a las modificaciones que se

²⁹¹ En adelante también “Acuerdo”.

²⁹² En adelante también “La Ley”.

introducen en otras leyes. El art. 48 alude al Reglamento de la ley, que fue dictado por Decreto Supremo N° 510, de fecha 15 de julio de 2015 y publicado en el Diario Oficial con fecha 16 de septiembre de 2015. Se cierra la Ley con dos disposiciones transitorias, la primera relativa a su vigencia, seis meses después de su publicación en el Diario Oficial, esto es, a partir del 22 de octubre de 2015; y la segunda concerniente al mayor gasto fiscal que representa la aplicación de esta ley durante el año presupuestario 2015.

Conforme a la ley, se puede definir el acuerdo de unión civil como el contrato solemne celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente (arts. 1 y 5).²⁹³

Se desprenden de este concepto las siguientes observaciones:

- a. Se trata de un contrato.
- b. Es un contrato solemne, pues debe convenirse ante un Oficial del Registro Civil.
- c. Sólo puede ser celebrado entre dos personas.
- d. Los contratantes deben compartir un hogar común.
- e. La finalidad del contrato es regular los efectos jurídicos que derivan de su vida afectiva²⁹⁴ en común.
- f. La unión ha de ser estable y permanente.

2.- Características del acuerdo de unión civil.

²⁹³ La definición guarda similitud con la prevista en el art. 515-1 del Código Civil francés, que define el “pacto civil de solidaridad”: “Un pacto civil de solidaridad es un contrato celebrado por dos personas naturales mayores, de sexo diferente o del mismo sexo, para organizar su vida en común”. Por su parte, el art. 509 del Código Civil y Comercial argentino, que forma parte del Título III, “Uniones convivenciales”, del Libro segundo, establece: “Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo”.

²⁹⁴ Es curiosa esta referencia de la Ley a la “vida afectiva” (probablemente siguiendo la definición del artículo 509 del Código Civil y Comercial argentino). ¿Cómo puede la ley regular los efectos que derivan de la vida afectiva? En realidad, lo que la ley puede regular son los efectos de la convivencia, esté o no asentada en los afectos. De hecho, en las normas del matrimonio, no encontraremos ninguna norma que aluda al “afecto” conyugal, pues aunque éste –se supone– es el fundamento de la vida conyugal, ello pertenece a la esfera privada y no puede ser objeto de preocupación legal. Aún más, en realidad los “afectos” pueden ser de índole positiva o negativa. Esto se aprecia con claridad, si tenemos presente el significado de la palabra “afecto” (del latín *affectus*): “Cada una de las pasiones del ánimo, como la ira, el amor, el odio, etc., y especialmente el amor o el cariño”, *Diccionario de la Lengua Española*, tomo I, 22ª edición, 2001, p. 54. Así que la cónyuge o novia no debe quedar siempre feliz, si su marido o novio manifiesta profesarle “un gran afecto”, pues en una de esas se lo dice en la aludida connotación negativa.

a. Es un contrato.

Así lo señala el art. 1°. Es un contrato que pertenece a la esfera del Derecho de Familia, cuyo contenido es tanto extrapatrimonial como patrimonial, según veremos al tratar de sus efectos. Por ello, es un contrato “de familia” y no puramente patrimonial.

b. Es un contrato solemne.

Conforme al art. 5, el contrato debe celebrarse ante un Oficial del Registro Civil.

Se trata de una solemnidad propiamente tal exigida por la ley para la existencia del contrato.

Cualquier Oficial del Registro Civil será competente para intervenir en la celebración del Acuerdo.

c. Es un contrato bilateral.

El contrato, según veremos, genera dos obligaciones para ambas partes: la de contribución a solventar los gastos de la convivencia, y la obligación eventual de compensación económica.

d. Es un contrato oneroso.

El contrato tiene por objeto la utilidad de ambas partes, gravándose cada uno a beneficio del otro.

e. Es un contrato principal.

No requiere de ningún otro contrato y su finalidad no es asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de otro contrato.

f. Es un contrato típico o nominado.

La Ley N° 20.830 lo regula en un total de 28 preceptos.

g. Es un contrato que sólo pueden celebrar dos personas.

Tal exigencia, constituye una excepción a lo dispuesto en el art. 1438 del Código Civil.

Dichos contratantes, además, han de ser plenamente capaces. Excepcionalmente, podrá celebrarlo un disipador sujeto a interdicción (art. 7).

h. Es un contrato puro y simple.

Conforme al art. 3, el Acuerdo no admite modalidades: no podrá sujetarse a plazo, condición, modo ni gravamen alguno.

i. Es un contrato de duración indefinida.

Recordemos que son aquellos que nacen sin que las partes fijen un plazo expreso o tácito de vigencia de los mismos (lo que la Ley, por lo demás, prohíbe en este caso), teniendo éstas la pretensión de que se prolonguen en el tiempo, por períodos extensos. La Ley señala que el contrato “es de carácter estable y permanente”. Podrá durar, mientras

no fallezca uno de los contratantes, sin perjuicio de la facultad de los convivientes o de uno de ellos de ponerle fin.

j. Es un contrato que no admite promesa de celebrarlo.

De acuerdo al art. 3, no podrá prometerse su celebración. No cabe aplicar a su respecto, por ende, lo dispuesto en el art. 1554 del Código Civil.

k. Es un contrato “intuitu personae”.

El contrato se celebra en consideración a la persona del otro contratante. En consecuencia, el error en la persona, permite anular el contrato.

l. Es un contrato que origina un deber y dos obligaciones.

Se origina el deber de ayuda mutua y dos obligaciones: la de contribuir a solventar los gastos generados por la vida en común y la de pagar compensación económica (ésta última, sólo es una obligación eventual).

Al igual que ocurre en el matrimonio, el “deber” tiene una connotación ética, mientras que las “obligaciones” tienen un contenido exclusivamente económico.

3.- Requisitos del acuerdo de unión civil.²⁹⁵

3.1. Requisitos de existencia.

Dos son los requisitos de existencia del Acuerdo:

a. Que los contrayentes consientan en él.

La ausencia de consentimiento, supone que falta el primero y más importante de los requisitos de existencia del acto jurídico. Pero dado que existe una apariencia de contrato, la inexistencia muta en nulidad, siendo ésta la que debe demandarse.

b. Que se celebre ante un Oficial del Registro Civil.

c. Que al momento de celebrar el contrato, los contrayentes compartan un hogar.

Aunque a nuestro juicio se trata de un requisito de existencia, dados los términos del art. 1° de la Ley, al igual que lo expresado respecto del primer requisito de existencia, nos encontramos aquí ante un acto jurídicamente inexistente, en el cual, empero, opera lo que nuestra doctrina ha denominado “conversión” de la inexistencia en nulidad. De esta forma, afirma el profesor Rodríguez Grez, “No se comprende de qué otra manera podría resolverse la situación que se presenta, tratándose, por ejemplo, de la simulación absoluta. Es indudable que en ella no existe el acto aparente, sin embargo de lo cual puede llegar a producir plenos efectos entre las partes y respecto de terceros. La acción

²⁹⁵ Según se verá, entre los requisitos del Acuerdo, no se contempla que haya transcurrido un cierto plazo desde su celebración. El Código Civil y Comercial argentino, en cambio, dispone en su art. 510, letra e) que el reconocimiento de los efectos jurídicos previstos a las uniones convivenciales requiere que los integrantes de la misma “mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años”.

de nulidad que pueden hacer valer las partes y los terceros cuando son afectados por él, demuestra que es la nulidad virtual y no la inexistencia la consecuencia que se sigue”.²⁹⁶

3.2. Requisitos de validez.

Se deben reunir los siguientes requisitos copulativos, a su vez, para que el Acuerdo sea válido:

a. Quienes lo celebran, deben ser dos personas mayores de edad y que tengan la libre administración de sus bienes. Excepcionalmente, el disipador que se halle en interdicción de administrar lo suyo, podrá celebrar por sí mismo este Acuerdo (art. 7).

El Acuerdo podrá celebrarse por mandatario facultado especialmente para este efecto. El mandato deberá otorgarse por escritura pública en la que se indiquen los nombres, apellidos, nacionalidad, profesión u oficio y domicilio de los contrayentes que quedarán sujetos al Acuerdo y del mandatario (art. 5, inc. 3°). El mandatario requerirá facultad expresa para convenir por su mandante la comunidad de bienes a que se refiere el art. 15 (art. 5, inc. 4°).

b. Los contrayentes deben consentir libre y espontáneamente en su celebración (art. 8).
No deben celebrar el contrato a consecuencia de error o de fuerza.

c. Los contrayentes no deben estar afectados por un impedimento de parentesco.

No pueden celebrar el Acuerdo entre sí los ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad, ni los colaterales por consanguinidad en el segundo grado (art. 9, inc. 1°).²⁹⁷

Aunque la ley nada dice, tampoco pueden celebrar el Acuerdo uno de los adoptantes con el adoptado, pues el art. 23 extiende la prohibición de celebrar el matrimonio, a quienes pretendan celebrar el acuerdo de unión civil.

d. Los contrayentes no deben estar ligados por un vínculo matrimonial no disuelto o por un acuerdo de unión civil vigente (art. 9, inciso 2°).

e. No deben afectar a los contrayentes, ninguna de las restantes incapacidades previstas para celebrar el contrato de matrimonio.

En efecto, el art. 23 dispone que “Todas las inhabilidades (...) que las leyes (...) establecen respecto de los cónyuges se harán extensivas, de pleno derecho, a los

²⁹⁶ Cfr. Rodríguez Grez, Pablo, *Inexistencia y nulidad en el Código Civil Chileno. Teoría bímembre de la nulidad*, Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile, reimpresión 2015.

²⁹⁷ El art. 515-2 del Código Civil francés, es más estricto en cuanto al parentesco colateral, pues será nulo el pacto de solidaridad celebrado entre ascendientes y descendientes en línea directa, entre afines en línea directa y entre colaterales hasta el tercer grado inclusive. En cambio, el artículo 510 del Código Civil y Comercial argentino, establece una norma semejante a la chilena, pues no pueden celebrar una unión convivencial los que estén unidos por vínculos de parentesco consanguíneo en línea recta en todos los grados ni colateral hasta el segundo grado ni por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta.

convivientes civiles”.²⁹⁸ La expresión “inhabilidades”, en materia jurídica, significa “incapacidades”. Por lo tanto, en nuestra opinión, no podrán celebrar el Acuerdo aquellos que:

- Se hallaren privados del uso de razón (art. 5, N° 4 de la Ley de Matrimonio Civil).
- Por un trastorno o anomalía psíquica, fehacientemente diagnosticada, sean incapaces de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio –en este caso, el acuerdo de unión civil (art. 5º, N° 4 de la Ley de Matrimonio Civil).
- Carecieren de suficiente juicio o discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio –entiéndase en este caso los derechos y deberes esenciales del acuerdo de unión civil (art. 5, N° 5 de la Ley de Matrimonio Civil).
- No pudieren expresar claramente su voluntad por cualquier medio, ya sea en forma oral, escrita o por medio de lenguaje de señas (art. 5, N° 6 de la Ley de Matrimonio Civil).
- Estén comprendidos en el impedimento de homicidio: el viudo o la viuda o conviviente civil sobreviviente, no podrá celebrar un acuerdo de unión civil:
 - i) con el imputado contra quien se hubiere formalizado investigación por el homicidio de su marido o mujer o conviviente civil; o
 - ii) con quien hubiere sido condenado como autor, cómplice o encubridor de ese delito (art. 7º de la Ley de Matrimonio Civil).

4.- Formalidades previas y coetáneas a la celebración del acuerdo.

²⁹⁸ Se ha dicho, respecto al artículo 23 citado, que “Esta norma, en una primera aproximación, podría llevar a pensar que subsana la ausencia de remisión, en la parte pertinente de esta ley, hacia ciertas incapacidades absolutas y relativas establecidas por la ley de matrimonio civil para contraer matrimonio. No obstante, debido a la redacción de la norma en comento, ello no es posible por cuanto se remite a “*todas las inhabilidades [...], respecto de los cónyuges*” y las incapacidades son requisitos de validez exigidos para la celebración del matrimonio”: Quintana Villar, María Soledad, “El acuerdo de unión civil. Su regulación. Semejanzas y diferencias con el matrimonio en el ordenamiento jurídico chileno”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XLIV (Valparaíso, 1er semestre de 2015), p. 132. Por lo tanto, para esta opinión, algunas de las incapacidades previstas para celebrar el contrato de matrimonio, no desempeñarían igual rol respecto del acuerdo de unión civil. Pero de las cinco que mencionamos en el cuerpo de este trabajo, hay dos que obviamente impiden celebrar los dos contratos y cualquiera otro, pues estaríamos ante personas absolutamente incapaces: los que están privados del uso de la razón, si ello obedeciera a la demencia (en el matrimonio, la regla es amplia sin embargo, siendo nulo el matrimonio aunque la causa de la privación de razón sea otra, por ejemplo, estado de ebriedad o celebrar el contrato bajo los efectos de psicotrópicos) y los que no pudieren expresar claramente su voluntad por cualquier medio, ya sea en forma oral, escrita o por medio de lenguaje de señas. La discrepancia subsiste, respecto de los otros casos de privación de la razón distintos de la demencia y de las otras tres causales: los que por padecer de un trastorno o anomalía psíquica, fehacientemente diagnosticada, sean incapaces de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio –en este caso, el acuerdo de unión civil (art. 5º, N° 4 de la Ley de Matrimonio Civil); los que carecieren de suficiente juicio o discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio –entiéndase en este caso los derechos y deberes esenciales del acuerdo de unión civil (art. 5, N° 5 de la Ley de Matrimonio Civil); y los que estén comprendidos en el impedimento de homicidio. Personalmente, creemos que sí se aplican estas tres inhabilidades a quienes pretendan celebrar el acuerdo de unión civil, entendiendo que la frase “Todas las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones que las leyes y reglamentos establecen respecto de los cónyuges”, alude tanto a quienes tienen dicha calidad jurídica, como también a quienes pretender acceder a ella.

a. En forma previa a la celebración del acuerdo, los futuros convivientes civiles deberán solicitar una hora con cualquier oficial del Registro Civil, indicando sus nombres, el lugar, día y hora de celebración. En caso de requerir la asistencia de un intérprete de señas, deberán indicarlo, así como también señalar si el acuerdo de unión civil se celebrará a través de mandatario especialmente facultado para este efecto (art. 4 del Reglamento de la Ley).

b. El Oficial del Registro Civil deberá exigir a los futuros contrayentes que se encuentren en las situaciones descritas en los artículos 8° y 9° del Reglamento de la Ley, que acrediten el cumplimiento de los requisitos correspondientes en forma previa a la celebración del respectivo acuerdo (art. 5 del Reglamento de la Ley). Aludiremos a estos requisitos en la letra e. de éste numeral.

c. El pacto debe celebrarse ante cualquier Oficial del Registro Civil, ya sea en el local de su oficina o en el lugar que señalaren los contrayentes, siempre que se hallare ubicado dentro de su territorio jurisdiccional (art. 5, inc. 1° de la Ley).

El art. 10 del Reglamento de la Ley, dispone a su vez que para proceder a la celebración del acuerdo, el oficial del Registro Civil deberá:

i.- Solicitar la cédula de identidad a ambos contrayentes o el documento identificador respectivo, los cuales, en ambos casos, deberán encontrarse vigentes.

ii.- Indicar fecha, hora, lugar y comuna de la celebración.

iii.- Individualizar al Oficial Civil y la Circunscripción.

iv.- Individualizar a los contrayentes: nombres, apellidos, domicilios, número de documento de identidad nacional o extranjero, sexo, estado civil, nacionalidad, fechas de nacimiento y profesión u oficio.

v.- Dar lectura a los artículos 1° (que define el contrato) y 14° (que se refiere al deber de ayuda mutua y a la obligación de contribución) de la Ley N° 20.830.

vi.- Dejar constancia de haberse consultado a los contrayentes, quienes deberán declarar bajo juramento o promesa, por escrito, oralmente o por lenguaje de señas, acerca de los siguientes hechos:

- No ser entre sí ascendientes o descendientes por consanguinidad o afinidad, ni colaterales por consanguinidad en el segundo grado.

- No encontrarse ligados por vínculo matrimonial no disuelto o acuerdo de unión civil vigente.

- Tener o no la libre administración de sus bienes. En caso de tratarse de un disipador que se halle en interdicción de administrar lo suyo, podrá celebrar este acuerdo, pero deberá dejarse constancia de esta circunstancia en el rubro observaciones.

- Si consienten libre y espontáneamente en celebrar el acuerdo de unión civil, y de la respuesta afirmativa, dejar constancia en el acta de celebración.

- Si pactarán el régimen de comunidad de bienes a que se refiere el artículo 15 de la Ley.

vii.- dejar constancia en el rubro observaciones del Acta, de los siguientes antecedentes cuando corresponda:

- Sentencia judicial que declara la interdicción del disipador.

- Sentencia judicial de nombramiento de curador de bienes del menor sujeto a guarda o patria potestad y del inventario solemne de bienes.
- Acreditación de la mujer de no encontrarse comprendida en el impedimento del art. 11 de la Ley (impedimento impediende de segundas nupcias).
- Nombres, apellidos y domicilio del intérprete; o, de quien conozca el lenguaje de señas. Las partes deberán proporcionar el intérprete idóneo que intervendrá en la celebración.
- Individualización del mandatario cuya representación conste en escritura pública; o, acta consular con su correspondiente certificado de vigencia.
- Del hecho de haberse celebrado el Acuerdo de Unión Civil en artículo de muerte, las circunstancias en que se ha efectuado, individualizando al conviviente civil afectado, y el peligro que lo amenazaba.

viii.- Emitir el acta y proceder a su lectura.

ix.- Firma del Acta por el oficial del Registro Civil y por los convivientes civiles, si supieren o pudieren hacerlo. Si alguno de los contrayentes no supiere o no pudiere firmar, se dejará testimonio de esta circunstancia en el rubro observaciones que contendrá el acta de celebración, expresando el motivo por el cual no firma, y procederá a estampar la impresión digital del pulgar de su mano derecha o en su defecto de cualquier otro dedo, y a falta de este miembro, sólo se dejará constancia de ello.

x.- Certificar haber dado cumplimiento a los requisitos establecidos para su celebración.

d. El Oficial Civil levantará acta de todo lo obrado, la que será firmada por él y por los contrayentes (art. 5, inc. 1°).

e. En el acto de celebración del Acuerdo, los contrayentes deberán declarar, bajo juramento o promesa, por escrito, oralmente o por lenguaje de señas acerca del hecho de no encontrarse ligados por vínculo matrimonial no disuelto o un acuerdo de unión civil vigente (art. 5, inciso 2°).

La ley contempla también normas similares al impedimento matrimonial de segundas nupcias. Son dos las hipótesis, al igual que en el matrimonio. Una, aplicable a cualquiera de los convivientes civiles. La otra, sólo a la mujer conviviente civil.

Al efecto, la persona que, teniendo la patria potestad de un hijo o la guarda de otra, quiera celebrar un acuerdo de unión civil, deberá sujetarse a lo prescrito en los arts. 124 a 127 del Código Civil (art. 10). Para tales efectos, el art. 8° del Reglamento de la Ley dispone en su inciso 2° que el oficial del Registro Civil correspondiente, no permitirá la celebración del acuerdo, sin que se le presente certificado auténtico del nombramiento de curador especial e inventario solemne de bienes, si los hubiere. Lo anterior, salvo que se acredite mediante información sumaria, la que podrá consistir en una Declaración Jurada ante el Oficial Civil, que el o los contrayentes no tienen hijos de precedente matrimonio, que estén bajo su patria potestad o bajo su tutela o curaduría.

A su vez, cuando un acuerdo de unión civil haya expirado, la mujer que está embarazada no podrá contraer matrimonio con un varón distinto ni celebrar un nuevo Acuerdo antes del parto, o, no habiendo señales de preñez, antes de cumplirse los 270 días subsiguientes a la expiración del Acuerdo. Pero se podrá rebajar de este plazo todos los días que hayan precedido inmediatamente a dicha expiración y en los cuales haya sido

absolutamente imposible el acceso del conviviente varón a la mujer. El Oficial del Registro Civil correspondiente no permitirá la celebración del matrimonio o del nuevo Acuerdo sin que por parte de la mujer se justifique no estar comprendida en el impedimento precedente. Para efectos de la presunción de paternidad, en caso de convivientes civiles de distinto sexo, se estará a las normas que la regulan en el art. 184 del Código Civil (art. 11 de la Ley y art. 9 del Reglamento de la Ley).²⁹⁹

Nada dice la Ley respecto del impedimento impediendo de guarda, que opera respecto del contrato de matrimonio (art. 116 del Código Civil). Pero no obstante el silencio sobre el punto, debemos entender que tratándose del acuerdo de unión civil, opera también dicho impedimento, habida cuenta de lo dispuesto en el art. 23 de la Ley, que aplica a los convivientes civiles, entre otras, las “prohibiciones” que las leyes y reglamentos contemplan para los cónyuges.

5.- Formalidades posteriores a la celebración del acuerdo. El registro Especial de Acuerdos de Unión Civil.

Una vez finalizada la celebración del acuerdo de unión civil, se entregará a los convivientes civiles una libreta de Acuerdo de Unión Civil y remitirá el Acta al Registro Especial para proceder a su inscripción (art. 11 del Reglamento de la Ley).

Dicha acta levantada por el Oficial del Registro Civil se inscribirá en un registro especial que llevará el Servicio de Registro Civil e Identificación (art. 6, inciso 1°).

El Servicio de Registro Civil e Identificación, se encargará de la organización, operación y administración del Registro Especial de Acuerdos de Unión Civil (art. 12 del Reglamento de la Ley).

La inscripción del Acta en la que conste la celebración del contrato deberá incluir las siguientes referencias:

- a) Nombre completo y sexo de los contrayentes.
- b) Fecha, hora, lugar y comuna en la que se celebra el contrato.
- c) Certificación realizada por el Oficial del Registro Civil, del cumplimiento de los requisitos establecidos para su celebración (art. 6, inciso 2°).

El art. 16 del Reglamento, pormenoriza las menciones que debe contener la inscripción en el Registro:

- a) Fecha y número de inscripción.
- b) Fecha, hora, lugar y comuna de otorgamiento del Acta.
- c) Individualización del Oficial del Registro Civil y la Circunscripción de la Oficina; o, de la autoridad ante quien se hubiere celebrado, si se trata de acuerdos de unión civil o

²⁹⁹ Se ha señalado que la “justificación”, o sea la prueba respectiva, sólo habría que rendirla ante el Oficial Civil, y no ante un Juez. No estamos de acuerdo: el art. 11 de la Ley, se limitó a reunir en un solo precepto, los arts. 128 y 129 del Código Civil, que se refieren al “impedimento de viudedad”. En ambos casos, a nuestro juicio, será necesario obtener una resolución judicial. El art. 10 del Reglamento de la Ley, según hemos visto, exige por su parte la “Acreditación de la mujer de no encontrarse comprendida en el impedimento del artículo 11 de la Ley N° 20.830”. Aunque su tenor podría dar pie a sostener la primera tesis, nos parece que por sí solo no permite arribar a una conclusión categórica, en orden a eximir a la mujer de obtener una resolución judicial que la autorice a celebrar el contrato antes de que se cumpla el “plazo de viudedad”.

contratos equivalentes, o matrimonios de personas del mismo sexo celebrados en el extranjero.

d) Individualización de los contrayentes: nombres, apellidos, número de documento de identidad nacional o extranjero, sexo, estado civil, nacionalidad.

e) Régimen de comunidad, si se hubiere pactado.

f) Anotar la circunstancia de haberse celebrado en artículo de muerte, cuando proceda.

g) Certificación realizada por el Oficial Civil de la Oficina de Registro Civil correspondiente, de haber dado cumplimiento a los requisitos establecidos para su celebración.

El registro Especial de Acuerdos de Unión Civil, será único y centralizado, y estará conformado por el Acta de celebración del Acuerdo de Unión Civil levantada por el Oficial del Registro Civil, y demás documentos a que se refiere el art. 10 del Reglamento de la Ley, cuyas inscripciones y/o anotaciones se practicarán de manera sistemática e informática por medios tecnológicos (art. 13 del Reglamento).

Además de las actas de los acuerdos de unión civil celebrados en Chile, se inscribirán en el citado Registro (artículos 14 y 15 del Reglamento de la Ley):

a) Los acuerdos de unión civil o contratos equivalentes, no constitutivos de matrimonio, celebrados en el extranjero, sometidos a las reglas establecidas en el art. 12 de la Ley.

b) Los matrimonios celebrados en el extranjero por personas del mismo sexo, los que se encuentran sometidos a las reglas establecidas en el art. 12 de la Ley.

c) La escritura pública en que los convivientes civiles pacten la sustitución del régimen de comunidad por el de separación total de bienes, dentro del plazo de 30 días siguientes a la fecha de la escritura.

d) La constancia de la inscripción del matrimonio celebrado por los convivientes civiles entre sí.

e) La escritura pública otorgada ante Notario Público o el acta otorgada ante oficial del Registro Civil, en que se dé término por mutuo acuerdo de los convivientes civiles, al acuerdo de unión civil.

f) La escritura pública otorgada ante Notario Público o el acta otorgada ante oficial del Registro Civil, en que se dé término por voluntad unilateral de uno de los convivientes civiles, al acuerdo de unión civil.

g) Cualquier documento público debidamente autenticado en que conste la terminación de los acuerdos de unión civil o contratos equivalentes celebrados en el extranjero.

h) La sentencia judicial ejecutoriada en que se declare la nulidad del acuerdo o su término; o, cualquier otra sentencia judicial que ordene practicar una inscripción en el Registro Especial.

i) Las sentencias judiciales de divorcio, nulidad o término de matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero y que se encuentren inscritos en Chile.

j) Otros actos jurídicos que modifiquen la inscripción.

La información contenida en el Registro Especial de Acuerdos de Unión Civil, será entregada por el Servicio de Registro Civil e Identificación, mediante certificados, de conformidad a lo establecido en el art. 4° N° 7 de la Ley N° 19.477, Orgánica del Servicio de Registro Civil e Identificación. Dichos certificados se otorgarán a petición de cualquier interesado, para lo cual deberá proporcionar el número de RUN o nombre completo de cualquiera de los convivientes civiles. Los certificados se otorgarán en línea y en las

oficinas del Servicio, previo pago de los derechos que se fijen al respecto en conformidad a la normativa vigente (art. 23 del Reglamento de la Ley).

Las rectificaciones de errores u omisiones manifiestos de la inscripción en el Registro Especial, podrán ser requeridas a petición de parte u ordenadas de oficio por el Director Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación, quien las autorizará. Se entenderá por omisiones o errores manifiestos todos aquellos que se desprendan de la sola lectura de la respectiva inscripción o de los antecedentes que le dieron origen o que la complementan (art. 24 del Reglamento de la Ley).

6.- Efectos del acuerdo de unión civil.

Revisaremos a continuación los efectos que se generan a consecuencia de la celebración del acuerdo de unión civil. De su examen, puede observarse que los convivientes civiles gozarán de casi todos los derechos que las leyes confieren a los cónyuges. Los derechos y obligaciones que emanan de dichos efectos, expirarán cuando se produzca el término del Acuerdo (art. 28).

a. Se origina un estado civil entre los contratantes, denominado “estado civil de conviviente civil”.

Se desprende de la ley, entonces, que a partir de su vigencia, existen dos clases de convivencias reguladas en la ley chilena: la convivencia civil, originada por quienes hayan celebrado el acuerdo de unión civil, y la convivencia de hecho, originada por quienes no hayan celebrado el contrato. La primera, regulada por la Ley Nº 20.830. La segunda, carente de regulación sistemática, pues diversas normas desperdigadas en distintos cuerpos legales, aluden a ella. El “concubinato”, entonces, queda circunscrito a la segunda especie de convivencia, pero bajo el entendido que se trate de personas de distinto sexo. No hay “concubinato” entre personas del mismo sexo. Cabe destacar al efecto que el art. 24 dispone que las leyes y reglamentos que hacen alusión a los convivientes, sea con esta expresión u otras que puedan entenderse referidas a ellos, serán igualmente aplicables a los convivientes civiles. De esta manera, a los convivientes civiles se les aplican tanto las normas de la Ley Nº 20.830 como aquellas que aluden a los convivientes de hecho. Al contrario, a los últimos sólo se les aplican las segundas.

Al terminar el acuerdo de unión civil, se restituirá el estado civil que tenían los contrayentes antes de celebrar el contrato (art. 1, inc. 2º).

Con todo, si el acuerdo de unión civil expira por contraer matrimonio los convivientes entre sí, éstos pasarán a tener el estado civil de casados.

b. Los contratantes serán considerados parientes para los efectos revistos en el art. 42 del Código Civil (art. 1, inc. 1º).

Recordemos que este artículo alude a los casos en que la ley dispone que se oiga a los parientes de una persona: por ejemplo, en materia de cuidado personal de un menor o para la designación de un tutor o curador.

Ahora bien, como la ley dice que los convivientes civiles serán considerados parientes sólo “para los efectos previstos en el artículo 42 del Código Civil”, en realidad el pacto no origina entre ellos parentesco alguno.

c. Se origina entre uno de los convivientes civiles y los consanguíneos de la persona con la que está unida por un acuerdo de unión civil parentesco por afinidad, mientras el Acuerdo esté vigente. Para tales efectos, la línea y grado de afinidad de una persona con un consanguíneo de su conviviente civil se califica por la línea o grado de consanguinidad de dicho conviviente civil (art. 4).

d. Se origina entre los convivientes civiles el deber de ayuda mutua (art. 14).

Dicho deber, consiste en que los convivientes civiles deben ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. Esta ayuda se refiere al cuidado y atención personal que los convivientes civiles se deben mientras dure el acuerdo de unión civil. No tiene, por ende, connotación económica.

e. Se origina entre los convivientes civiles una obligación recíproca de contribución a solventar los gastos de la convivencia.³⁰⁰

¿Se origina entre los convivientes civiles la obligación de socorro? Expresa el art. 14 que los convivientes civiles estarán obligados a solventar los gastos generados por su vida en común, de conformidad a sus facultades económicas y al régimen patrimonial que exista entre ellos. Tal declaración, creemos, no origina un recíproco derecho-deber alimentario entre los convivientes civiles. Desde ya, el legislador no modificó el art. 321 del Código Civil, que señala a quienes se debe alimentos. Entonces, la expresada declaración del art. 14, ¿carece de significación jurídica? Tampoco es razonable esta conclusión, pues la ley emplea la frase “... estarán obligados...” Estamos entonces ante una obligación, pero diferente de la obligación de socorro. Más bien se trata de una “obligación de contribución” genérica. De esta forma, ante el incumplimiento de esta obligación, cabe entonces la posibilidad de que uno de los convivientes civiles pueda demandar al otro, pero no reclamando el pago de la pertinente pensión de alimentos, sino que solicitando al juez que le fije al demandado el monto –conforme al mérito de la prueba que se rinda– con que debe contribuir a solventar los gastos generados por la vida en común. Por cierto, no estando ante una obligación alimentaria, no cabe, en caso de

³⁰⁰ El inciso 1° del art. 515-4 del Código Civil francés, señala que las partes vinculadas por un pacto civil de solidaridad se comprometen a una vida en común, así como a una ayuda material y a una asistencia recíproca. Si las partes no han dispuesto otra cosa, la ayuda material será proporcional a sus facultades respectivas. El art. 519 del Código Civil y Comercial argentino dispone por su parte: “Asistencia. Los convivientes se deben asistencia durante la convivencia”. El art. 520 agrega por su parte: “Contribución a los gastos del hogar. Los convivientes tienen obligación de contribuir a los gastos domésticos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 455”. Este último establece a su vez: “Deber de contribución. Los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos. Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos. / El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga, debiéndose considerar que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas”.

incumplimiento del obligado al aporte fijado por el juez, que el otro conviviente solicite los apremios previstos en la Ley N° 14.908, sobre Abandono de familia y pago de pensiones alimenticias.

En cuanto a la razón para no haber consagrado la obligación de socorro entre los convivientes civiles, se ha dicho que ello guardaría relación con la posibilidad de poner fin al Acuerdo en forma unilateral por cualquiera de los convivientes civiles. En efecto, “Si nos encontramos con una nueva regulación, que admite la terminación por la declaración unilateral de voluntad de uno de sus miembros ¿qué sentido tendría el incorporar un deber, como la obligación de alimentos? Desde una perspectiva práctica, la obligación de alimentos resulta verdaderamente importante cuando desaparece ese factor de unión que nos hace contribuir voluntariamente al sustento de la familia, una vez que ha estallado una crisis en la relación de pareja. Mientras la familia funciona bien, mientras existe el ánimo de compartir una vida en común por parte de los miembros de la pareja, el deber de alimentos no pasa de ser una afirmación simbólica. Ellos se ayudan recíprocamente no porque la ley los obligue, sino porque entienden que forman una unidad familiar. Este deber deviene en verdad importante cuando los cónyuges no viven juntos. En ese caso surge el problema de cómo regular las relaciones (sobre todo si es que existen hijos) y es entonces que la acción cobrará toda su importancia. Por el contrario, en el caso de la unión civil, hasta tal punto es importante la convivencia, que una vez que ésta desaparece y que puede efectivamente surgir el problema de una deuda de alimentos entre los convivientes civiles, no tenía sentido incorporar una obligación de alimentos, básicamente porque ante cualquier demanda de alimentos, el conviviente civil en contra de quien se ejerce la acción podrá enervarla haciendo desaparecer la causa de la cual ésta nace, poniendo término unilateral al acuerdo”.³⁰¹

A su vez, debe dejarse en claro que en lo que respecta a las obligaciones que puedan contraer los convivientes civiles, los acreedores respectivos sólo tendrán acción contra aquél conviviente civil que se hubiere obligado y no contra el otro.³⁰² Lo anterior, sin perjuicio de que el deudor que pague, podrá después repetir en contra del otro conviviente, por la mitad de lo pagado, si la deuda se hubiere contraído “en pro de la comunidad” y siempre que ésta se hubiere convenido, según se verá en el acápite siguiente.

³⁰¹ Cornejo Aguilera, Pablo, “Acuerdo de Unión Civil: Una Nueva Regulación Familiar”, Colegio de Abogados de Chile A. G., Ciclo de Charlas “Los Martes al Colegio”, Julio de 2015, pp. 12 y 13.

³⁰² El art. 521 del Código Civil y Comercial argentino, en cambio, establece responsabilidad solidaria: “Responsabilidad por las deudas frente a terceros. Los convivientes son solidariamente responsables por las deudas que uno de ellos hubiera contraído con terceros de conformidad con lo dispuesto en el artículo 461”. Este último, por su parte, dispone: “Responsabilidad solidaria. Los cónyuges responden solidariamente por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 455. / Fuera de esos casos, y excepto disposición en contrario del régimen matrimonial, ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro”. El inciso 2° del art. 515-4 del Código Civil francés, establece también que las partes serán solidariamente responsables, respecto de terceros, por las deudas contraídas por una de ellas para las necesidades de la vida cotidiana. Sin embargo, esta solidaridad no operará respecto de los gastos manifiestamente excesivos.

f. En cuanto a los efectos patrimoniales, las reglas son las siguientes (art. 15):

- Los convivientes civiles conservan la propiedad, goce y administración de los bienes adquiridos a cualquier título antes de la celebración del contrato y de los que adquieran durante la vigencia de éste, a menos que se sometan, de manera expresa, a un pacto de comunidad en los términos que se indicarán. En consecuencia, no hay “bienes aportados” que puedan ser comunes, y en cuanto a los adquiridos durante la vigencia del Acuerdo, será necesario distinguir:

- i) No lo serán tampoco, si se adquieren a título gratuito, sean muebles o inmuebles;

- ii) Podrán ser propios o comunes, si se adquieren a título oneroso. Serán propios, de no mediar el pacto de comunidad aludido; serán comunes, si se conviniere éste.

- Si al celebrar el contrato nada estipulan los contrayentes, se entenderán separados totalmente de bienes.

- Los convivientes civiles pueden celebrar un pacto de comunidad, al momento de convenir el acuerdo de unión civil (no hay otra oportunidad), del que se dejará constancia en el acta y registro del Acuerdo. Conforme a dicho pacto, los convivientes civiles se someterán a las siguientes reglas:

- i) Los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia del Acuerdo se considerarán indivisos o comunes por mitades entre los convivientes civiles (no se acepta por ende estipular una proporción distinta), excepto los muebles de uso personal necesarios del conviviente que los ha adquirido. De esta forma, todos los bienes inmuebles adquiridos a título oneroso y por regla general los muebles adquiridos de la misma forma, serán bienes comunes y la cuota de cada conviviente civil será equivalente al 50% en el dominio de la cosa indivisa.³⁰³ No lo serán, los bienes muebles “de uso personal necesario” del conviviente que los adquiera.

- ii) Para efectos de la ley, se tendrá por fecha de adquisición de los bienes aquella en que el título haya sido otorgado (y no, por ende, aquella en que efectivamente se adquiera el dominio al operar el respectivo modo de adquirir). Así, por ejemplo, si la compraventa de un inmueble se celebra estando vigente el Acuerdo y la escritura pública se inscribe una vez extinguido, el bien será común. A contrario sensu, si la compraventa se celebra antes de convenir el Acuerdo y se inscribe cuando éste ya está vigente, el bien no será común.³⁰⁴

- iii) Se aplicarán a la comunidad formada por los bienes aludidos, las reglas del párrafo 3º del Título XXXIV del Libro IV del Código Civil, vale decir, arts. 2304 a 2313, “Del cuasicontrato de comunidad”. Así, a las deudas contraídas en pro de la comunidad durante ella, no es obligado sino el conviviente civil que las contrajo, pero éste tendrá acción contra el otro conviviente civil, para el reembolso de la mitad de lo pagado (art. 2307); cada conviviente civil debe a la comunidad lo que saca de ella, incluso los intereses corrientes de los dineros comunes que haya empleado en sus negocios particulares, y es

³⁰³ Cabe advertir que si uno de los convivientes adquiere un inmueble a título oneroso, existiendo pacto de comunidad, el bien raíz se inscribirá en el Conservador de Bienes Raíces competente a nombre del adquirente, pero ambos convivientes serán indivisarios en el mismo. Los conservadores, por ende, deben ser cuidadosos en orden a dejar constancia en la inscripción del estado civil del adquirente, pues en caso contrario los terceros no tendrán cómo saber que el predio pertenece a dos personas.

³⁰⁴ Las mismas reglas se contemplan en los artículos 1736 y 1737 del Código Civil, a propósito de la sociedad conyugal.

responsable hasta de la culpa leve por los daños que haya causado en las cosas y negocios comunes (art. 2308); cada conviviente civil debe contribuir a las obras y reparaciones de la comunidad proporcionalmente a su cuota, es decir, por la mitad de lo invertido (art. 2309); los frutos de las cosas comunes –las rentas de arrendamiento de inmuebles, por ejemplo- deben dividirse por mitades entre los convivientes civiles (art. 2310); la división de las cosas comunes y las obligaciones y derechos que de ella resulten se sujetarán a las mismas reglas que en la partición de la herencia (art. 2313, que se remite por ende a los arts. 1317 a 1353 del Código Civil). ¿Puede pedirse la partición de bienes por cualquiera de los convivientes civiles? Pablo Cornejo responde negativamente: “En este caso, creemos que a diferencia de lo que ocurre normalmente en materia de comunidad, debe primar lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley N° 20.830 por sobre lo indicado en el artículo 1317 del Código Civil, de manera que sólo podría pedirse la partición una vez que se ha puesto término al régimen de bienes, por haberse pactado la separación o por concurrir alguna de las causales de término del acuerdo previstas en el artículo 26 de la ley”³⁰⁵. No estamos de acuerdo. En efecto, el art. 15, regla 3ª, según expresamos, señala que se aplicarán a la comunidad las reglas contenidas en los artículos 2304 a 2313, y este último precepto, en lo que concierne a la división de las cosas comunes, se remite a las reglas de la partición de la herencia, y entre ellas, en consecuencia, podrá invocarse el art. 1317. Pero dicha partición no implicaría poner término al pacto de comunidad, sino que liquidar sólo los bienes que sean comunes a la época de la demanda de partición. Por lo tanto, los bienes que cualquiera de los convivientes civiles adquiere con posterioridad a título oneroso, serán comunes. Para que expire el pacto de comunidad, será necesario que así lo pacten los convivientes civiles o que expire el acuerdo de unión civil.

iv) La liquidación de los bienes comunes podrá efectuarse de común acuerdo por los convivientes civiles o sus herederos. También podrán las partes o sus herederos, de común acuerdo, someter la liquidación al conocimiento de un juez partidor, otorgándole incluso el carácter de árbitro arbitrador (art. 22, inciso 2°).

v) Si el acuerdo de unión civil se celebrare por intermedio de mandatario, éste requerirá facultad expresa para convenir por su mandante la comunidad de bienes a que se refiere el art. 15 (art. 5, inciso final).

- Si los convivientes civiles hubieren pactado el régimen de comunidad, podrán sustituirlo por el de separación total de bienes. Este pacto de sustitución deberá otorgarse por escritura pública y no surtirá efectos entre las partes ni respecto de terceros, sino desde que esa escritura se subinscriba al margen de la respectiva inscripción del acuerdo de unión civil. Esta subinscripción sólo podrá practicarse dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la escritura en que se pacte la separación. El pacto que en ella conste no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto de cada uno de los convivientes civiles. En la escritura pública de separación total de bienes, los convivientes podrán liquidar la comunidad, celebrar otros pactos lícitos o ambas cosas, pero todo ello no producirá efecto alguno entre las partes ni respecto de terceros, sino desde la subinscripción exigida por la ley (las reglas son idénticas a las previstas en el art. 1723, en materia de sociedad conyugal). Cabe advertir que a diferencia de la sociedad

³⁰⁵ Cornejo Aguilera, Pablo, ob. cit., p. 28.

conyugal, en el caso del pacto de comunidad convenido en el acuerdo de unión civil no procede la renuncia a los “gananciales” o derechos de uno de los comuneros. Tal acto sería constitutivo de una donación y sería imperativo que cumpliera con los requisitos previstos para tal contrato.

- Los convivientes civiles que hayan celebrado el acuerdo o contrato de unión civil equivalente en territorio extranjero lo podrán inscribir en Chile y se considerarán separados de bienes, a menos que al momento de la inscripción pacten someterse a la aludida comunidad, dejándose constancia de ello en dicha inscripción (arts. 12 y 13). Recuérdesse que respecto del contrato de matrimonio, dos sentencias –una de la Corte Suprema y otra de la Corte de Concepción, ambas del año 2008-, han concluido que si se trata de chilenos casados en país extranjero, ellos se entenderán casados en sociedad conyugal, si al momento de inscribir su matrimonio en Chile, nada dicen acerca del régimen patrimonial del matrimonio. Así interpretan el inciso 2° del art. 135 del Código Civil, en relación al art. 15 del mismo cuerpo legal, haciendo prevalecer el segundo por sobre el primero. Aunque no estamos de acuerdo con esta jurisprudencia (ver nuestro apunte “Regímenes Matrimoniales”), debemos preguntarnos si regiría o no el mismo criterio para los chilenos que celebraren el acuerdo de unión civil en el extranjero. Creemos que en este caso, es aún más evidente que si nada dicen, se entenderán separados totalmente de bienes, considerando el principio de la especialidad, pues los arts. 12 y 13 de la Ley son, indudablemente, normas especiales, en relación al art. 15 del Código Civil.

g. Posibilidad de afectar como bienes familiares los que pertenezcan a uno o ambos convivientes civiles.

El inciso final del art. 15 dispone que cualquiera sea el régimen de bienes que exista entre los convivientes civiles, tendrá aplicación lo dispuesto en los arts. 141 a 149 del Código Civil.

En consecuencia, el inmueble que sirva de residencia principal de los convivientes civiles, los muebles que guarnezcan dicha residencia y los derechos y acciones que posean los convivientes civiles en una sociedad que a su vez sea la propietaria del inmueble que sirva de residencia principal de los convivientes civiles, podrán afectarse como bienes familiares.

h. Se originan derechos hereditarios y derechos en la partición de bienes del conviviente civil fallecido.

Cada conviviente civil será heredero intestado y legitimario del otro y concurrirá en su sucesión de la misma forma y gozará de los mismos derechos que corresponden al cónyuge sobreviviente (art. 16, inciso 1º de la Ley, en relación con los arts. 988 y 989 del Código Civil).

El conviviente civil sobreviviente, por ende, concurrirá en el primer orden sucesorio, de haber descendientes del conviviente civil fallecido, o en el segundo orden, de no haberlos, junto con los ascendientes de grado más próximo del fallecido.

En consecuencia, podrán presentarse las siguientes situaciones:

- i) De existir descendientes del conviviente civil difunto, el conviviente civil sobreviviente llevará una cuota equivalente al doble de la que le corresponda a cada hijo por concepto de legítima rigurosa o efectiva.
- ii) De existir un solo hijo, la cuota del conviviente civil sobreviviente será equivalente a lo que lleve tal hijo por concepto de legítima rigurosa o efectiva.
- iii) De haber siete o más hijos, la cuota del conviviente civil sobreviviente en ningún caso será menor a una cuarta parte de la herencia (si el causante hubiere fallecido sin disponer de sus bienes) o de la mitad legitimaria en su caso (si el causante, en su testamento, hubiere dispuesto de la cuarta de mejoras y de la cuarta de libre disposición).
- iv) Si no concurrieren a la sucesión descendientes, pero sí existieren ascendientes del conviviente civil difunto, la herencia se dividirá en tres partes, correspondiendo dos para el conviviente civil sobreviviente y una para él o los ascendientes de grado más próximo.
- v) Si no existieren descendientes ni ascendientes a la muerte del conviviente civil de cuya sucesión se trata, y éste hubiere fallecido intestado, toda la herencia será para el conviviente civil sobreviviente. Si fuere testada, tres cuartas partes corresponderán al conviviente civil sobreviviente y una cuarta parte, eventualmente, para cualquier otra persona.

El conviviente civil podrá también ser asignatario de la cuarta de mejoras (art. 16, inciso 2º). Se suma por ende a las personas mencionadas en el art. 995 del Código Civil (cónyuge, ascendientes y descendientes).

Por cierto, aunque la Ley no lo diga, también podrá recibir la cuarta de libre disposición.

El conviviente civil sobreviviente podrá ser desheredado por cualquiera de las tres primeras causas de desheredamiento indicadas en el art. 1208 del Código Civil (art. 17). Ellas son:

- “1ª Por haber cometido injuria grave contra el testador en su persona, honor o bienes, o en la persona, honor o bienes de (...) cualquiera de sus ascendientes o descendientes;
- 2ª. Por no haberle socorrido en el estado de demencia o destitución, pudiendo;
- 3ª. Por haberse valido de fuerza o dolo para impedirle testar”.

En verdad, menos engorroso que un desheredamiento, sería poner término unilateral al acuerdo de unión civil, y con ello, excluir el futuro causante a su conviviente civil.

Los derechos sucesorios y la condición de legitimario que la ley otorga al conviviente civil sobreviviente sólo tendrán lugar si el acuerdo de unión civil celebrado con el difunto no ha expirado a la fecha de la delación de la herencia (art. 18). La delación de la herencia es el actual llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla y se producirá –por regla general- a la muerte del causante (art. 956 del Código Civil).

En el marco de la partición de la herencia del conviviente civil fallecido, el conviviente civil sobreviviente tendrá también el derecho de adjudicación preferente que la regla 10ª del art. 1337 del Código Civil otorga al cónyuge sobreviviente sobre el inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como sobre el mobiliario que lo guarnece. Tendrá, asimismo, en iguales condiciones que las prescritas en esta regla, los derechos de habitación y de uso, que la misma concede al cónyuge sobreviviente para el caso en que el valor total del inmueble en que resida y que

sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como el mobiliario que lo guarnece, excedan su cuota hereditaria (art. 19). Estos derechos de habitación y de uso, se ejercerán gratuita y vitaliciamente, y dado su carácter personalísimo, serán intransferibles e intransmisibles.

Si a la muerte del conviviente civil hubiere dejado cónyuge sobreviviente, o existiere otro conviviente civil sobreviviente de un acuerdo civil vigente, y no se dedujere la acción de nulidad del acuerdo de unión civil (si había matrimonio, del único y si no lo había pero sí un acuerdo previo vigente, del segundo) en el plazo previsto en la ley (art. 26), concurrirán a la sucesión del causante tanto el cónyuge como el conviviente civil, o los dos convivientes civiles, según el caso.

i. Legitimación para demandar indemnización de perjuicios.

El conviviente civil tendrá legitimación activa para reclamar las indemnizaciones derivadas de los perjuicios a que hubiere lugar por el hecho ilícito de un tercero que hubiere causado el fallecimiento de su conviviente civil o que lo imposibilite para ejercer por sí mismo las acciones legales correspondientes, sin perjuicio de las otras indemnizaciones a que tenga derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común (art. 20).

Por cierto, no debe verse en esta norma la pretensión del legislador en orden a que el conviviente civil tenga una legitimación exclusiva, en desmedro de otros potenciales demandantes, como los hijos del conviviente civil fallecido o imposibilitado por sí mismo para demandar. El conviviente civil podrá demandar, junto con los hijos o junto con la madre del conviviente civil, por ejemplo, según los casos, tanto en sus calidades de herederos o de víctimas por repercusión.

j. Presunción de paternidad.

Para efectos de la presunción de paternidad, en caso de convivientes civiles de distinto sexo, se estará a las normas que la regulan en el art. 184 del Código Civil (art. 21).

En consecuencia, se presumirán hijos del conviviente civil varón:

- Los nacidos después de la celebración del acuerdo de unión civil.
- Los nacidos dentro de los 300 días siguientes al término del acuerdo de unión civil.

No se aplicará la presunción:

- Respecto del que nace antes de expirar los 180 días subsiguientes a la celebración del acuerdo de unión civil, si el conviviente civil no tuvo conocimiento de la preñez de la conviviente civil al tiempo de celebrar el Acuerdo y desconoce judicialmente su paternidad.
- Los nacidos después de los 300 días siguientes al término del acuerdo de unión civil.

Regirá en cambio la presunción de paternidad respecto del nacido 300 días después de expirado el Acuerdo, por el hecho de consignarse como padre el nombre del ex conviviente civil, a petición de ambos ex convivientes civiles, en la inscripción de nacimiento del hijo.

k. Derecho a demandar compensación económica.

Si como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los convivientes civiles no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante la vigencia del acuerdo de unión civil, o lo hizo en menor medida de lo que podía o quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el término del Acuerdo por las causales que se señalan en las letras d), e) y f) del art. 26 de la Ley, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa (art. 27).

El derecho a percibir o demandar compensación económica, en consecuencia, se confiere:

- Si el Acuerdo hubiere terminado por mutuo consentimiento de los convivientes civiles.
- Si el Acuerdo hubiere terminado por voluntad unilateral de uno de los convivientes civiles.
- Si el Acuerdo hubiere terminado por declaración de nulidad del acuerdo de unión civil.

Esta compensación se regulará y determinará en la forma prevista en los arts. 62 a 66 de la Ley N° 19.947. Probablemente, la compensación económica sólo operará cuando los convivientes civiles fueren de distinto sexo y tuvieren hijos comunes y de manera más bien excepcional, si fueren del mismo sexo y uno de ellos fundamente su demanda en haberse dedicado a las labores propias del hogar común.

Con todo, si el Acuerdo terminare por aplicación de lo previsto en la letra e) del art. 26 de la Ley –voluntad unilateral de uno de los convivientes civiles–, la notificación de la terminación unilateral deberá contener mención de la existencia de este derecho, así como la constancia de la fecha en la que fue subinscrita la terminación. En este caso, la compensación podrá demandarse ante el tribunal de familia competente, dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha de subinscripción de la terminación del acuerdo de unión civil en el registro a que hace referencia el art. 6. Al señalar la ley que podrá demandarse la compensación “dentro del plazo de seis meses”, nos encontramos ante una hipótesis de caducidad y no de prescripción. Por ende, si se demandare después de transcurrido este plazo, el Juez de Familia estará obligado a desestimar la demanda, aunque el demandado no se defendiere. Sin embargo, surge aquí una dificultad: si el término unilateral no fuere notificado al otro conviviente, que eventualmente podría haber demandado compensación económica, este derecho se tornaría ilusorio.

Si el contrato expira por acuerdo de los convivientes civiles, se debe entender que es necesario acordar la compensación económica en la respectiva escritura pública o acta otorgada en el Registro Civil. Si nada se dice al efecto, creemos que el derecho a percibir compensación económica habría caducado. Si se acordare por los convivientes civiles el pago de compensación económica, la acción para exigir su pago prescribirá conforme a las reglas generales, en el plazo de 5 años, contados desde que la obligación se haya hecho exigible.

Si el Acuerdo termina por declaración de nulidad, la compensación económica deberá reclamarse en alguna de las oportunidades señaladas en el art. 64 de la Ley de Matrimonio Civil, es decir en la demanda de nulidad, o en un escrito complementario de la demanda o en una demanda reconvenzional. En caso contrario, caducará el derecho. Decretado que sea el pago de compensación económica por la respectiva sentencia, la acción para obtener su pago prescribirá también de conformidad a las reglas generales, es decir, en 5 años, contados desde que la obligación se haya hecho exigible.

I. Derechos previsionales que se le reconocen a los convivientes civiles.

La Ley dispuso que para los efectos del Régimen Público de Salud y del Sistema Privado de Salud, contemplado en los Libros II y III, respectivamente, del decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio de Salud, promulgado el año 2005 y publicado el año 2006, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 2.763, de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469, el acuerdo de unión civil permitirá a cualquiera de los convivientes civiles a ser carga del otro.

La Ley N° 20.830 modificó también el Decreto Ley N° 3.500 y la Ley N° 20.255, otorgándose a los convivientes civiles los siguientes derechos:

- El conviviente civil podrá ser beneficiario de pensión de sobrevivencia, ante la muerte del otro conviviente civil (art. 5, Decreto Ley N° 3.500). Para ello, el conviviente civil sobreviviente deberá ser soltero, viudo o divorciado (estados civiles que pudo tener antes de celebrar el Acuerdo y que se recuperan al expirar este) y haber suscrito un acuerdo de unión civil que se encuentre vigente al momento del fallecimiento del causante, a lo menos con un año de anterioridad a la fecha de dicho fallecimiento, o tres años si el acuerdo de unión civil se celebró siendo el o la causante pensionada de vejez o invalidez. Las limitaciones a la antigüedad del acuerdo de unión civil no se aplicarán si a la época del fallecimiento la conviviente civil sobreviviente se encontrare embarazada o si quedaren hijos comunes (art. 7, Decreto Ley N° 3.500).

- La pensión de referencia de los beneficiarios de pensión de sobrevivencia acreditados de acuerdo al art. 5 será equivalente a los siguientes porcentajes de la pensión de referencia del causante (art. 58, inciso 1°, letra g) del Decreto Ley N° 3.500):

- i) El 15% para el o la conviviente civil que cumpla los requisitos del art. 7°, siempre que concurren hijos del o de la causante con derecho a pensión, que no sean hijos comunes.

- ii) Cuando no concurren dichos hijos o cuando éstos dejen de tener derecho a pensión, el porcentaje se elevará a un 60% o a un 50%, dependiendo de si no existen o existen hijos comunes con derecho a pensión, respectivamente.

- iii) Cuando concurren hijos comunes con derecho a pensión del o la causante y adicionalmente existan hijos del o la causante con derecho a pensión, que no sean comunes con el o la conviviente civil, el porcentaje de éste o ésta será del 50%, aumentándose al 60%, en caso que tanto los hijos comunes como los no comunes dejen de tener derecho a pensión.

- Si dos o más personas invocaren la calidad de conviviente civil de la o el causante, a la fecha de fallecimiento de estos últimos, el porcentaje que le correspondiere a cada uno de ellos se dividirá por el número de convivientes civiles que hubiere, con derecho de acrecer entre ellos (art. 58, inciso 2°, Decreto Ley N° 3.500). Esta situación se presentará, cuando hubiere prescrito la acción de nulidad, respecto del segundo acuerdo de unión civil (un año contado desde el fallecimiento).

- No se exigirá acreditar la posesión efectiva de la herencia al conviviente civil del afiliado, para retirar el saldo que quedare en la cuenta de capitalización individual o en la cuenta de ahorro voluntario de un afiliado fallecido, que incremente la masa de bienes del difunto, en aquellos casos en que dicho saldo no exceda de cinco Unidades Tributarias anuales (art. 72, Decreto Ley N° 3.500).

- El conviviente civil tendrá derecho al beneficio de cuota mortuoria consistente en el retiro equivalente a 15 Unidades de Fomento de la respectiva cuenta individual, cuando acredite haberse hecho cargo de los gastos del funeral (artículo 88, Decreto Ley N° 3.500).
- Los trabajadores dependientes cuyo conviviente civil posea la calidad de afiliado voluntario, podrán autorizar a sus respectivos empleadores para que les descuenten de sus remuneraciones, bajo las normas establecidas en el Decreto Ley N° 3.500 y en el art. 58 del Código del Trabajo, las sumas que destinen a cotizaciones para la cuenta de capitalización individual voluntaria de su conviviente civil (art. 92 M, Decreto Ley N° 3.500).
- Se incorpora dentro del “grupo familiar” que permite acceder a la “Pensión Básica Solidaria de Vejez”, al conviviente civil (art. 4 de la Ley N° 20.255, que establece la reforma previsional).

m. El Acuerdo sirve de fundamento para solicitar el cuidado personal de un menor.

En caso de inhabilidad del padre o madre de un menor, su conviviente civil podrá ser considerado entre las personas que asumen su cuidado personal (art. 226 del Código Civil).

n. Aplicación de las normas relativas a los cónyuges, a los convivientes civiles.

Como un efecto general, dispone la Ley que todas las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones que las leyes y reglamentos establecen respecto de los cónyuges se harán extensivas, de pleno derecho, a los convivientes civiles (art. 23).

Ya nos referimos a las “inhabilidades”, al tratar de los requisitos de validez del Acuerdo.

Una “incompatibilidad” supone poseer un estado, en este caso, el de conviviente civil, que impide a una persona acceder a un beneficio o ejercer un determinado derecho. Así, por ejemplo, cuando ciertas normas previsionales confieren una pensión a la hija soltera del trabajador fallecido, y establecen que tal beneficio se extinguirá si ésta contrae matrimonio. Lo mismo ocurrirá si celebra un acuerdo de unión civil. Si el estado de casada es incompatible con el derecho de seguir percibiendo la pensión, también lo será el estado civil de conviviente civil.

En cuanto a las “prohibiciones”, por ejemplo, no podrán los convivientes civiles celebrar entre sí un contrato de compraventa o de permuta (art. 1796 del Código Civil), o no valdrá disposición alguna testamentaria en favor del conviviente civil del escribano que autorizare el testamento o del conviviente civil de uno de los testigos del testamento (art. 1061 del Código Civil).

Se consigna en la Ley que lo dispuesto en el inciso primero del art. 450 y en el N° 1° del art. 462, ambos del Código Civil, será aplicable a los convivientes civiles (art. 25). Conforme a la primera norma, ningún conviviente civil podrá ser curador del otro declarado disipador. De conformidad al segundo precepto, se podrá deferir en primer lugar la curaduría del conviviente civil demente al otro conviviente civil.

Nótese, en todo caso, que el aludido art. 23 hace aplicable a los convivientes civiles las “inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones” que se establecen para los cónyuges, y no los derechos o beneficios que las leyes les confieren.

7.- Causales de término del acuerdo de unión civil.

De conformidad al art. 26, terminará el Acuerdo:

7.1. Por muerte natural de uno de los convivientes civiles.

7.2. Por muerte presunta de uno de los convivientes civiles, de conformidad a lo dispuesto en el art. 43 de la Ley de Matrimonio Civil. En consecuencia, expirará el Acuerdo siempre:

- Que hayan transcurrido cinco años desde las últimas noticias y setenta años desde el nacimiento del desaparecido;
- Que hayan transcurrido cinco años desde que una persona recibió una herida grave en la guerra, o le sobrevino otro peligro semejante, y no se ha sabido más de ella;
- Que hayan transcurrido diez años desde la fecha de las últimas noticias, fijada en la sentencia que declara la presunción de muerte, cualquiera que fuese la edad del desaparecido si viviere;
- Que haya transcurrido un año, desde el día presuntivo de la muerte, en el caso de la pérdida de una nave o aeronave que no apareciere dentro de tres meses;
- Que haya transcurrido un año, desde el día presuntivo de la muerte, en el caso de un sismo o catástrofe.

7.3. Por la comprobación judicial de la muerte de uno de los convivientes civiles efectuada por el juez del último domicilio que el difunto haya tenido en Chile, en los términos prescritos en los arts. 95 y 96 del Código Civil.

7.4. Por el matrimonio de los convivientes civiles entre sí, cuando proceda.

Esto sólo podrá ocurrir, si los convivientes civiles fueren de distinto sexo.

7.5. Por mutuo acuerdo de los convivientes civiles, que deberá constar por escritura pública o acta otorgada ante Oficial del Registro Civil.

La escritura pública o el acta se anotará al margen de la inscripción del acuerdo de unión civil en el Registro Especial de Acuerdos de Unión Civil. La ley no señala plazo para efectuar la anotación o subinscripción, pero sí advierte que el término del Acuerdo producirá efectos desde que se realice dicho trámite.

Como puede observarse, el Acuerdo es resciliable.

La facultad de resciliar el contrato debe entenderse irrenunciable.

7.6. Por voluntad unilateral de uno de los convivientes civiles, que deberá constar por escritura pública o acta otorgada ante Oficial del Registro Civil.

Dicha escritura o acta, también deberá subinscribirse al margen de la inscripción del acuerdo de unión civil en el Registro Especial de Acuerdos de Unión Civil. El acuerdo de unión civil se entenderá terminado al practicar esta anotación marginal (art 26, último inciso).

En cualquiera de estos casos –es decir, sea que la declaración unilateral se formule por escritura pública o por acta suscrita en el Registro Civil-, exige la Ley que el acto sea notificado al otro conviviente civil, mediante gestión voluntaria (es decir, sin forma de juicio) ante el tribunal con competencia en materias de familia. Para solicitar dicha notificación, el conviviente civil interesado podrá comparecer personalmente.

La notificación deberá practicarse por medio de receptor judicial, dentro de los veinte días hábiles siguientes a la subinscripción de la referida escritura o acta al margen de la inscripción del acuerdo de unión civil.

La falta de notificación no afectará el término del acuerdo de unión civil, pues esté habrá terminado al practicar la aludida subinscripción o anotación,³⁰⁶ pero hará responsable al contratante negligente de los perjuicios que la ignorancia de dicho término pueda ocasionar al otro contratante. Se trata entonces de una formalidad de publicidad, de aquellas que la doctrina denomina “de simple noticia”, cuya omisión está sancionada con indemnización de perjuicios, aunque sólo por aquellos que se produzcan en el lapso de tres meses, según veremos seguidamente.

Con todo, el conviviente civil interesado en la notificación quedará relevado de la obligación de solicitar que se practique la misma, en los siguientes casos:

- Si el conviviente civil a quien debe notificarse se encuentra desaparecido;
- Si se ignora su paradero; o
- Si ha dejado de estar en comunicación con los suyos.³⁰⁷

En todo caso, el conviviente civil a quien se debe notificar o que se encuentra en alguna de las situaciones recién señaladas, no podrá alegar ignorancia del término del Acuerdo, transcurridos tres meses de efectuada la subinscripción mencionada (dicho de otra manera: transcurrido este plazo, no podrá prosperar una demanda indemnizatoria que se promueva entre quienes fueron convivientes civiles, alegando el actor que la falta de notificación le ocasionó perjuicios).

También estamos aquí ante una facultad irrenunciable.

7.7. Por declaración de nulidad del Acuerdo.

Será nulo el contrato, en los siguientes casos:

a. Si uno o ambos contrayentes fueren menores de edad o estuvieren afectados por una causal de incapacidad absoluta, al momento de celebrar el contrato.

b. Si uno o ambos contrayentes, hubieren celebrado el Acuerdo privados del uso de razón, o padeciendo un trastorno o anomalía psíquica o careciendo del suficiente juicio o discernimiento, en los términos previstos en el artículo 5 de la Ley de Matrimonio Civil, o

³⁰⁶ Cuestión muy relevante, por ejemplo, para los efectos hereditarios: si el conviviente civil que hubiere decidido poner término unilateral al acuerdo de unión civil falleciere antes de que se practique la pertinente subinscripción o anotación, habrá “conviviente civil sobreviviente” (pues el término unilateral no alcanzó a producir efectos) y por tanto éste último podrá reclamar su legítima en la sucesión del primero.

³⁰⁷ Se ha criticado la laxitud de la ley en este punto: “Advertimos que los requisitos exigidos para entender faltar una persona son mucho menos rigurosos que en los otros ámbitos del derecho de familia. Al parecer, bastaría con alegar que el otro conviviente ha dejado de estar en comunicación con los suyos. No se puede sino observar que tanta relajación lleva a la indefensión al otro conviviente”: Quintana Villar, María Soledad, ob. cit., p. 134.

estuviere comprendido en la hipótesis de “homicidio” prevista en el artículo 7 del mismo cuerpo legal (artículo 23 de la Ley).

c. Si faltare el consentimiento libre y espontáneo.

Ello ocurrirá en dos casos:

- Si ha habido error en la identidad de la persona del otro contratante.
- Si ha habido fuerza, en los términos de los arts. 1456 y 1457 del Código Civil (art. 8).

Se descarta por ende como causal de nulidad un error acerca de una “cualidad personal” del otro contrayente, a diferencia de lo que ocurre en el matrimonio, y también el dolo, al igual que ocurre en el matrimonio. A su vez, la fuerza debe reunir los requisitos del Código Civil, de manera que se descarta el temor reverencial así como también la hipótesis prevista en el art. 8 de la Ley de Matrimonio Civil: la fuerza “ocasionada por una circunstancia externa”.

Se descarta también, al igual que en el contrato de matrimonio, el dolo como vicio del consentimiento.

d. Si uno o ambos contrayentes estuviere afectado por un impedimento de parentesco (art. 9, inciso 1°).

e. Si uno o ambos contrayentes estuviere ligado por un vínculo matrimonial no disuelto o por un acuerdo de unión civil vigente (art. 9, inciso 2°).

¿Qué nulidad será la que afecte al contrato? Debíamos entender que al igual que ocurre con la nulidad matrimonial, no es absoluta ni relativa.

¿Quiénes son titulares de la acción de nulidad? Tienen legitimación activa:

- i) Cualquiera de los presuntos convivientes civiles y sólo podrá ejercitarse la acción mientras ambos vivan, salvo en los casos excepcionales a los que haremos referencia.
- ii) El presunto conviviente civil que hubiere celebrado el contrato siendo menor adulto o sus ascendientes.
- iii) El presunto conviviente civil que hubiere celebrado el Acuerdo a consecuencia de la fuerza o de un error.
- iv) Los herederos del presunto conviviente civil, cuando el contrato haya sido celebrado en artículo de muerte.
- v) El cónyuge o el conviviente civil anterior o los herederos de uno u otro, cuando la nulidad se funde en la existencia de un vínculo matrimonial no disuelto o en otro acuerdo civil vigente.

¿Cabe la posibilidad de que la acción de nulidad pueda ser deducida por cualquiera persona, en el interés de la moral o de la ley, cuando la declaración de nulidad se funda en alguna de las causales contempladas en los arts. 6º y 7º de la Ley de Matrimonio Civil, vale decir, cuando se hubiere infringido, al celebrar el Acuerdo, algunos de los impedimentos dirimentes relativos, o sea, el de parentesco (art. 6º) y el de homicidio (art. 7º)? Recuérdese que en este caso, estamos ante una acción popular. En principio, podría

estimarse que no habría acción popular tratándose del Acuerdo, pues el art. 26 de la Ley N° 20.830, al señalar quienes tienen legitimación activa, no se puso en estos casos. Sin embargo, hemos dicho que estas hipótesis pueden invocarse como causales de nulidad, por aplicación del art. 23 de la misma ley. Por ello, creemos que sí cabe esta acción popular, aplicando el principio “donde existe la misma razón, debe regir la misma disposición”. Las mismas razones morales que justifican la acción popular para el matrimonio, operan respecto de un acuerdo de unión civil.

La acción de nulidad prescribirá:

- i) En el caso de un Acuerdo celebrado por un menor de 18 años, en un año, contado desde que el menor hubiere alcanzado la mayoría de edad.
- ii) En el caso de fuerza, en un año, contado desde que aquella cesa.
- iii) En el caso de error, en un año, contado desde la celebración del Acuerdo.
- iv) En el caso del Acuerdo celebrado en artículo de muerte, en un año, contado desde el fallecimiento del conviviente.
- v) En el caso de haber existido un vínculo matrimonial no disuelto, en un año, contado desde el fallecimiento del cónyuge.
- vi) En el caso de haber existido otro acuerdo de unión civil vigente, en un año, contado desde el fallecimiento del conviviente.

Será imprescriptible la acción:

- i) En el caso de afectar a uno de los presuntos convivientes una causal de incapacidad absoluta.
- ii) En el caso de afectar a uno de los presuntos convivientes un impedimento de parentesco.
- iii) En el caso de existir un vínculo matrimonial no disuelto.
- iv) En el caso de existir otro acuerdo de unión civil vigente.
- v) En los demás casos, en los que la acción es imprescriptible, tratándose del contrato de matrimonio, por aplicación del art. 23, esto es: si uno o ambos contrayentes se hallaban privados del uso de razón; si les afectaba un trastorno o anomalía psíquica, fehacientemente diagnosticada; si carecían de suficiente juicio o discernimiento; y si estaban implicados por el impedimento de homicidio.

La acción de nulidad se extinguirá por la muerte de uno de los convivientes civiles, salvo cuando el acuerdo de unión civil haya sido celebrado en artículo de muerte o que la causal de nulidad se funde en la existencia de un vínculo matrimonial no disuelto o de otro acuerdo de unión civil vigente.

Produciéndose la muerte de uno de los convivientes civiles después de notificada la demanda de nulidad, podrá el tribunal seguir conociendo de la acción y dictar sentencia definitiva sobre el fondo del asunto. El punto es relevante, pues si se declara en definitiva la nulidad del acuerdo, los efectos de esa sentencia se retrotraerán a la fecha de la celebración del contrato nulo, de manera que el demandado o el demandante sobreviviente, no tendrá la calidad de heredero legítimo en la sucesión del fallecido.

La acción de nulidad se promoverá ante el Juez de Familia. En efecto, el art. 22 de la Ley, dispone que deberá conocer de los asuntos a que se refiere el art. 8º de la Ley Nº 19.968, que se promuevan entre los convivientes civiles, el juez con competencia en materias de familia. Entre tales asuntos, el Nº 15 del art. 8 alude a las causas de nulidad de matrimonio. Por extensión, conocerá también de la causa de nulidad del acuerdo de unión civil.

Cabe consignar que a diferencia de lo que puede ocurrir con un matrimonio declarado nulo, que por regla general se considera “putativo” y por ende se reconoce que produjo los mismos efectos del matrimonio válidamente celebrado, no contempla la Ley una institución semejante para el acuerdo de unión civil. En consecuencia, declarada la nulidad del último, las partes deberán retrotraerse al estado que tenían antes de su celebración. Surge en este caso una duda: ¿qué ocurre si los presuntos convivientes civiles habían pactado una comunidad? Si el Acuerdo fue nulo, también lo será el pacto de comunidad, pues éste se celebró en el marco del primero. Es un acto jurídico dependiente, que sigue la suerte del principal. Debíamos entender, por ende, que los bienes adquiridos por cada presunto conviviente civil ingresaron a su patrimonio y no a la comunidad en cuestión, la que nunca habría existido. Sin embargo, subsistirá el derecho a demandar compensación económica, por expresa disposición del art. 27 de la Ley.

Más allá de las causales de nulidad del Acuerdo previstas en la Ley Nº 20.830, cabe considerar también otras que podrían invocarse, conforme a las reglas generales. Desde ya, según expresamos, cabe la posibilidad de demandarla por simulación del contrato. También si el Acuerdo lo hubiere celebrado una persona privada de la razón, como un demente. En estos casos, la acción sería una de nulidad absoluta, prescribiendo la acción en el plazo de 10 años, contados desde la celebración del contrato.

8.- De los acuerdos de unión civil celebrados en el extranjero.

Dispone el art. 12 de la Ley que los acuerdos de unión civil o contratos equivalentes, no constitutivos de matrimonio, que regulen la vida afectiva en común de dos personas del mismo o de distinto sexo, sujetos a registro y celebrados válidamente en el extranjero, serán reconocidos en Chile, en conformidad con las siguientes reglas:

1ª. Los requisitos de forma y de fondo del Acuerdo se regirán por la ley del país en que haya sido celebrado. Se reconoce por ende el principio *lex locus regit actum*. La Ley exige en todo caso que el Acuerdo esté “sujeto a registro” en su país de origen, lo que supone que se haya incorporado en un registro público.

2ª. Sin embargo, podrá ser declarado nulo de conformidad a la ley chilena, el Acuerdo celebrado en territorio extranjero que se haya contraído en contravención a lo dispuesto en los arts. 7, 8 y 9 de la Ley: vale decir:

- i) si uno o ambos contrayentes era menor de edad o no tenía la libre administración de sus bienes al tiempo de la celebración del contrato (art. 7);
- ii) si uno o ambos contrayentes sufrió error o fuerza (art. 8); o

iii) si uno o ambos contrayentes estaba afectado por un impedimento de parentesco o se encontraba casado o ligado por un acuerdo de unión civil vigente (art. 9).

¿Puede invocarse alguna de las otras causales que señalamos respecto del Acuerdo celebrado en Chile? Pareciera que no, atendida la redacción restrictiva de la regla 2ª del art. 12, y considerando que la referencia hecha en el art. 23 debe entenderse hecha a “las leyes y reglamentos” dictados en Chile y que se vulneraren al celebrar el Acuerdo. Ello implicaría que las causales de nulidad de los acuerdos de unión civil celebrados en Chile, serían más numerosas que aquellas que pueden invocarse para un acuerdo de unión civil convenido en el extranjero.

3ª. Para que el Acuerdo otorgado en país extranjero produzca efectos en Chile, deberá inscribirse en el Registro Especial de Acuerdos de Unión Civil que establece el art. 6 de la Ley. Los efectos de este Acuerdo, una vez inscrito conforme a lo señalado precedentemente, se arreglarán a las leyes chilenas, aunque los contrayentes sean extranjeros y no residan en el territorio nacional.

El art. 18 del Reglamento de la Ley, regula la inscripción en Chile, de los acuerdos de unión civil o contratos equivalentes no constitutivos de matrimonio, celebrados en el extranjero entre dos chilenos o entre un chileno y un extranjero. En estos casos, la inscripción podrá ser requerida a través de los Consulados de Chile, los cuales deberán remitir los antecedentes correspondientes al Ministerio de Relaciones Exteriores, quien a su vez los enviará al Servicio de Registro Civil e Identificación para su inscripción en el Registro Especial de Acuerdos de Unión Civil. Asimismo, la inscripción podrá ser requerida, directamente en el Registro Especial de Acuerdos de Unión Civil, o bien, en cualquier Oficina del Servicio de Registro Civil e Identificación, la que deberá remitir los antecedentes al referido Registro para su inscripción.

El art. 19 del Reglamento de la Ley, regula la inscripción en Chile, de los acuerdos de unión civil o contratos equivalentes no constitutivos de matrimonio, celebrados en el extranjero entre dos extranjeros. En este caso, la inscripción sólo podrá ser requerida directamente en Chile en el Registro Especial de Acuerdos de Unión Civil, o bien, en cualquier Oficina del Servicio de Registro Civil e Identificación, la que deberá remitir los antecedentes al referido Registro para su inscripción.

4ª. La terminación del Acuerdo y los efectos de la misma se someterán a la ley aplicable a su celebración. La norma guarda concordancia con lo dispuesto en el inciso 1º del art. 22 de la Ley Sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes (“En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”), y no con lo dispuesto en el art. 83 de la Ley de Matrimonio Civil, según veremos.

5ª. Las sentencias que declaren la nulidad o la terminación del Acuerdo, dictadas por tribunales extranjeros, serán reconocidas en Chile conforme a las reglas generales que establece el Código de Procedimiento Civil (arts. 242 a 251 de dicho Código).

6ª. Los actos auténticos en que conste la terminación de uno de estos acuerdos serán reconocidos en Chile, en conformidad con la legislación chilena vigente en esta materia. De esta manera, si el término del Acuerdo se hubiere hecho por mutuo acuerdo de los convivientes civiles, los documentos respectivos deberán legalizarse para que produzcan efectos en nuestro país.

Si se trata de un matrimonio celebrado en el extranjero por personas del mismo sexo, éste será reconocido en Chile como un acuerdo de unión civil si cumple con las reglas establecidas en la Ley, y sus efectos serán los mismos del referido Acuerdo (art. 12, inciso final).

Según lo expresamos, los convivientes civiles que hayan celebrado el Acuerdo en el extranjero, se considerarán separados de bienes, a menos que al inscribir el Acuerdo, pactaren la comunidad prevista en el art. 15 (art. 13).

9.- Semejanzas y diferencias entre el contrato de matrimonio y el acuerdo de unión civil.

Según hemos expuesto, los convivientes civiles son titulares de casi todos los derechos que origina el matrimonio en favor de los cónyuges, aunque ciertamente tienen menos obligaciones que éstos últimos. Se ha dicho que dos son las grandes diferencias entre ambas instituciones: la primera, dice relación a los escasos efectos personales del Acuerdo, en comparación al matrimonio. Ello, pues “El matrimonio en nuestro sistema sigue siendo, se puede afirmar, la forma más perfecta de unión familiar, básicamente porque los cónyuges cuando contraen matrimonio están formando un consorcio de vida. Por esta razón, el matrimonio no solamente incorpora la regulación de aspectos patrimoniales que implica la vida en pareja, sino que abarca también todos aquellos deberes que tienen un marcado carácter ético (deber de fidelidad, deber de cohabitación, etc.), los cuales no se pueden excluir por parte de los cónyuges, pero cuya infracción da lugar a una sanción muy específica, como es el divorcio. Por contraste, el acuerdo de unión civil tiene, en principio, un carácter marcadamente patrimonial. Si bien existe un deber de ayuda mutua, reflejado en el hecho que ambos convivientes deban asumir las obligaciones que suponga la vida en común (art. 14), ese deber no encuentra un respaldo en sanciones civiles. Ni siquiera en el reconocimiento de obligaciones alimentarias”.³⁰⁸ La segunda gran diferencia, apunta a que “... el acuerdo de unión civil está sujeto a un régimen de terminación libre, pudiendo llegar a su fin por el mutuo acuerdo entre las partes, o incluso por la voluntad unilateral de una de ellas”.³⁰⁹

Sin que los puntos que siguen sean taxativos o contengan una enumeración exhaustiva, se pueden señalar una serie de similitudes y diferencias entre el contrato que contiene el acuerdo de unión civil y el contrato de matrimonio.

9.1. Semejanzas entre el acuerdo de unión civil y el matrimonio.

a. Ambos son contratos solemnes.

b. Ambos son contratos que sólo pueden celebrar dos personas.

³⁰⁸ Cornejo Aguilera, Pablo, ob. cit., pp. 11 y 12.

³⁰⁹ Cornejo Aguilera, Pablo, ob. cit., p. 12.

- c. Ambos son contratos puros y simples.
- d. Ambos pueden calificarse como “un acto de Estado”, pues deben celebrarse o ratificarse (en el caso del matrimonio) ante un oficial del Registro Civil, que para estos efectos representa al Estado.
- e. Ambos originan un estado civil.
- f. En ambos, rigen los mismos impedimentos de parentesco.
- g. Ambos originan el parentesco por afinidad entre uno de los que celebra el matrimonio o el acuerdo de unión civil y los consanguíneos del otro cónyuge o conviviente civil.
- h. Ambos originan el deber de ayuda mutua.
- i. Ambos permiten que ciertos bienes se afecten como bienes familiares.
- j. Ambos confieren la posibilidad de que nazca una comunidad entre los que celebren el contrato, aunque respecto de la sociedad conyugal, ello debe entenderse una vez que expire dicho régimen matrimonial, pues durante su vigencia, en estricto rigor no hay comunidad, perteneciendo los bienes “sociales” al marido (art. 1750).
- k. Ambos otorgan derechos hereditarios y derechos en la partición de bienes del cónyuge o conviviente civil fallecido.
- l. Ambos confieren los mismos derechos prescritos en la regla 10ª del art. 1337 del Código Civil, en el marco de la partición de bienes.
- m. Ambos confieren legitimación para demandar indemnización de perjuicios.
- n. Ambos posibilitan que rijan una presunción de paternidad.
- ñ. Ambos otorgan derecho a demandar compensación económica.
- o. Ambos terminan, en caso de muerte presunta, en los mismos plazos previstos en el art. 43 de la Ley de Matrimonio Civil.
- p. En ambos el régimen patrimonial será el de separación total de bienes, si se trata de un matrimonio celebrado en el extranjero o de un acuerdo de unión civil o contrato equivalente convenido en el extranjero, a menos que en el acto de inscribirlo en Chile, los cónyuges o convivientes civiles pactaren, respectivamente, régimen de sociedad conyugal o de participación en los gananciales (en el caso del matrimonio) o comunidad de bienes (en el caso del acuerdo de unión civil).

q. En el caso del matrimonio, son incapaces para celebrarlo, entre otras, las personas que padecieren un trastorno o anomalía psíquica, fehacientemente diagnosticada, que impide de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio; los que carecieren de suficiente juicio o discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio; y los que estén comprendidos en el art. 7 de la Ley de Matrimonio Civil (impedimento dirimente de homicidio). En nuestra opinión, estas hipótesis también darían derecho para demandar la nulidad del acuerdo de unión civil, atendido lo dispuesto en el art. 23 de la Ley.

r. En ambos rigen los impedimentos impeditivos o prohibiciones de guarda y de segundas nupcias.

9.2. Diferencias entre el acuerdo de unión civil y el matrimonio.

a. Quienes celebran el contrato de matrimonio deben ser un varón y una mujer. Quienes celebran el acuerdo de unión civil pueden ser personas de distinto o del mismo sexo.

b. Quienes celebran el acuerdo de unión civil deben ser mayores de edad. Quienes celebran el contrato de matrimonio podrían ser menores de edad, siempre que tengan a lo menos 16 años. En consecuencia, para el matrimonio, rige el impedimento impeditivo de consentimiento, si pretende celebrar este contrato un menor de edad; tratándose del acuerdo de unión civil, no opera tal impedimento, por la sencilla razón de que los contratantes deben ser mayores de edad.

c. A la celebración del contrato de matrimonio deben concurrir dos testigos. El acuerdo de unión civil no requiere de dicha solemnidad.

d. El matrimonio requiere de las formalidades previas de la manifestación e información. Nada de ello se exige para el acuerdo de unión civil.

e. El matrimonio origina el estado civil de “casado”. El acuerdo de unión civil genera el estado civil de “conviviente civil”.

f. Si bien tanto el cónyuge como el conviviente civil tienen parentesco por afinidad con los consanguíneos del otro cónyuge o conviviente civil, dicho parentesco permanece al término del matrimonio pero se extingue cuando expira el acuerdo de unión civil.

g. El matrimonio origina el derecho-deber alimentario entre los cónyuges. El acuerdo de unión civil sólo origina una obligación genérica de aporte.

h. El matrimonio origina también los deberes de fidelidad o de guardarse fe, de protección recíproca, de respeto recíproco y el derecho eventual de cohabitación. Ninguno de estos deberes se originan con el acuerdo de unión civil.

i. El matrimonio no admite resciliación. El acuerdo de unión civil sí puede terminar por mutuo acuerdo de los convivientes civiles.

j. El matrimonio no puede terminar por voluntad unilateral de uno de los cónyuges. El acuerdo de unión civil puede expirar por voluntad unilateral de uno de los convivientes civiles.

k. El error como causal de nulidad del matrimonio es más amplio, pues además del error en la identidad del otro cónyuge, también puede alegarse error en una cualidad personal del otro cónyuge que, atendida la naturaleza o los fines del matrimonio, ha de ser estimada como determinante para otorgar el consentimiento. En el caso del acuerdo de unión civil, el error sólo puede estar referido a la identidad de la persona del otro contratante. La acción de nulidad por esta causal prescribe también en diferentes plazos. En el caso de la nulidad matrimonial, prescribe en el término de tres años, contados desde que hubiere desaparecido el hecho que origina el vicio del error. Tratándose de la nulidad del acuerdo de unión civil, la acción prescribe en el plazo de un año desde la celebración del contrato.

l. También es más amplio el tratamiento de la fuerza en el caso del matrimonio, pues ella puede ser ocasionada tanto por una persona como “por una circunstancia externa”. En el caso del acuerdo de unión civil, se exige que la fuerza sea “ejercida en contra de uno o ambos contrayentes”, expresión que denota la idea de una acción de terceros, de personas, y no de una “circunstancia”. El plazo de prescripción de la acción de nulidad también difiere, pues en el caso del matrimonio, será de tres años, contados desde que hubiere desaparecido el hecho que origina el vicio de fuerza. Tratándose del acuerdo de unión civil, prescribe la acción en el plazo de un año, contado desde que cesa la fuerza.

m. En el caso del acuerdo de unión civil, no se admite pactar régimen de participación en los gananciales, a diferencia de lo que ocurre con el contrato de matrimonio.

n. Tratándose del matrimonio, habrá régimen de sociedad conyugal, en el silencio de los contrayentes. En el caso del acuerdo de unión civil, habrá comunidad sólo si los contrayentes la pactaren expresamente en el acto de su celebración. En caso contrario, los convivientes estarán separados totalmente de bienes.

ñ. De existir sociedad conyugal en el matrimonio, ingresan a ésta los muebles aportados y aquellos adquiridos a título gratuito durante la vigencia del régimen. Si los convivientes civiles pactan comunidad, ingresan al patrimonio común sólo los bienes muebles e inmuebles adquiridos a título oneroso durante la vigencia de aquella. En consecuencia, todos los bienes que poseían antes del Acuerdo los convivientes civiles, muebles e inmuebles, seguirán perteneciendo exclusivamente al respectivo contratante. Lo mismo ocurrirá con los muebles que adquieran a título gratuito, durante la vigencia del Acuerdo.

o. La ley que rige el acuerdo de unión civil, incluyendo su terminación, es aquella vigente a la época de su celebración (inciso 1° del art. 22 de la Ley Sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes, ya citado). El mismo estatuto normativo regirá para su terminación. En el caso del contrato matrimonial, en cambio, la ley aplicable al divorcio es aquella vigente al momento de interponerse la acción (art. 83 de la Ley de Matrimonio Civil).

p. Aunque en ambos opera el impedimento impediendo de segundas nupcias, existe una diferencia: en el caso del contrato de matrimonio, el impedimento se le aplica al padre o madre que tenga hijos de precedente matrimonio bajo su tutela o curaduría; tratándose del acuerdo de unión civil, el impedimento opera para la persona que tenga “la guarda de otra”, es decir, de cualquier otra persona, sea su hijo, sea un tercero que no tenga tal calidad (art. 10).

q. Los cónyuges pueden realizar los trámites necesarios para la adopción de un menor (art. 20 de la Ley N° 19.620). Los convivientes civiles carecen de tal derecho, pues si bien el art. 21 de la Ley N° 19.620 permite que opte a una adopción, en caso de no existir cónyuges interesados, una persona soltera, divorciada o viuda, los convivientes civiles tienen un estado civil distinto a los tres precedentes.

r. El matrimonio declarado nulo, se entenderá, por regla general, que es “putativo”. No ocurre tal cosa con el acuerdo de unión civil declarado nulo.

s. Conforme al art. 2509 del Código Civil, la prescripción se suspende siempre entre cónyuges. No ocurre lo mismo entre los convivientes civiles.

t. El legado de cosa ajena es válido, si fuere en favor del cónyuge. No lo será aquél en favor del conviviente civil (artículo 1107 del Código Civil).

u. A la disolución de la sociedad conyugal, la mujer o sus herederos pueden renunciar a los gananciales. No se contempla un derecho semejante, tratándose del pacto de comunidad convenido entre los convivientes civiles. De haber tal renuncia, tendría que cumplir con los requisitos de la donación.

v. De acuerdo al art. 21 de la Ley N° 19.537, sobre Copropiedad Inmobiliaria, el cónyuge del copropietario puede integrar el Comité de Administración. No podrá en cambio integrarlo el conviviente civil de un copropietario, pues la citada ley no alude a tal estado civil y la Ley N° 20.830, según vimos, dispone en su art. 23° que todas las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones que las leyes y reglamentos establecen respecto de los cónyuges se harán extensivas, de pleno derecho, a los convivientes civiles, pero no así los derechos.

ww. Si bien tanto los cónyuges como los convivientes civiles pueden ser carga del otro cónyuge o conviviente civil en materia de salud, los convivientes civiles no fueron incluidos entre los causantes de asignación familiar, materia regulada en el Decreto Ley N° 150.

Dicho cuerpo legal contempla en su art. 3 a los causantes, incluyendo entre ellos a la cónyuge, al cónyuge inválido y a los hijos hasta los 18 años o hasta los 24 si cursan estudios regulares. Puesto que la Ley N° 20.830 no modificó el Decreto Ley N° 150, los convivientes civiles no pueden ser considerados entre los causantes de asignación familiar.³¹⁰

x. Si el régimen patrimonial del matrimonio fuere el de la sociedad conyugal, estaremos ante una comunidad diferida, que sólo se originará una vez disuelta aquella. Si se pacta comunidad en el acuerdo de unión civil, ésta se inicia de inmediato.

y. Al expirar el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, el sobreviviente tendrá el estado civil de viudo. Al terminar el acuerdo de unión civil por fallecimiento de uno de los convivientes civiles, el sobreviviente tendrá el estado civil de soltero.

10.- Modificaciones a diversos cuerpos legales.

La Ley N° 20.830 modificó los siguientes cuerpos legales: el Código Civil, el Código de Procedimiento Civil, el Código Orgánico de Tribunales, el Código Penal, el Código Procesal Penal, el Código del Trabajo, el Código Sanitario, la Ley N° 19.947, la Ley N° 20.000, la Ley N° 20.340, la Ley N° 16.271, la Ley N° 18.314, la Ley N° 16.744, la Ley N° 20.255, la Ley N° 18.883 (Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales), el Decreto Ley N° 3.500, la Ley N° 18.834 (Estatuto Administrativo), y el Decreto con Fuerza de Ley N° 1.282. Habiéndonos referido a los derechos previsionales conferidos por el Decreto Ley N° 3.500 y en la Ley N° 20.255, en este acápite aludiremos a las restantes modificaciones, principiando por las que inciden en el Código Civil y en la Ley N° 19.947, por ser estas reformas las que atañen más directamente a nuestra materia.

a. Modificación al Código Civil (art. 45 de la Ley).

Se reemplaza el inciso 2° del art. 226, ubicado en las normas relativas al cuidado personal de los hijos no emancipados. El art. se refiere a la designación de la persona que asumirá dicho cuidado personal, ante la inhabilidad física o moral de ambos padres.

Decía la norma: “En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes”.

Dice ahora el precepto: “En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes; al cónyuge o al conviviente civil del padre o madre, según corresponda”.

³¹⁰ Por sentencia de fecha 28 de enero de 2016, de la Corte de Apelaciones de Concepción, autos Rol N° 9.448-2015, se rechaza un recurso de protección interpuesto en contra de la Superintendencia de Seguridad Social y la Caja de Compensación de Asignación Familiar Los Andes, por el cual se pretendía que se reconociera el derecho a percibir asignación familiar por el conviviente civil del recurrente. La Corte concluye que “... el derecho a ser considerado carga familiar está reglamentado por normas de derecho público, de carácter imperativo que impiden extenderlo a casos no previstos en sus disposiciones, por lo que si la norma no contempla al conviviente civil como titular de la misma, ello no puede inferirse de manera tácita”.

b. Modificaciones a la Ley de Matrimonio Civil (art. 44 de la Ley).

Se modifican tres arts. de la Ley N° 19.947:

- En el art. 5°, se intercala el siguiente numeral 2°, pasando los actuales numerales 2°, 3°, 4° y 5° a ser 3°, 4°, 5° y 6°, respectivamente: “No podrán contraer matrimonio: (...) 2° Los que se hallaren ligados por un acuerdo de unión civil vigente, a menos que el matrimonio lo celebre con su conviviente civil”.

La reforma, en consecuencia, incorporó una séptima causal de incapacidad absoluta o impedimento dirimente absoluto para contraer matrimonio.

- En el art. 46, letra a), se sustituye el guarismo “2°” por “3°”.
- En el art. 48, se reemplaza en la letra a), el guarismo “2°” por “3°”.

Ambos arts. forman parte del párrafo 2°, “De la titularidad y del ejercicio de la acción de nulidad”. Las modificaciones se explican por haber intercalado un numeral en el art. 5. Quedan como sigue:

“Artículo 46. La titularidad de la acción de nulidad del matrimonio corresponde a cualesquiera de los presuntos cónyuges, salvo las siguientes excepciones: a) La nulidad fundada en el número 3° del artículo 5° podrá ser demandada por cualquiera de los cónyuges o por alguno de sus ascendientes, pero alcanzados los dieciséis años por parte de ambos contrayentes, la acción se radicará únicamente en el o los que contrajeron sin tener esa edad”.

“Artículo 48. La acción de nulidad de matrimonio no prescribe por tiempo, salvo las siguientes excepciones: a) Tratándose de la nulidad fundada en la causal establecida en el número 3° del artículo 5°, la acción prescribirá en un año, contado desde la fecha en que el cónyuge inhábil para contraer matrimonio hubiere adquirido la mayoría de edad”.

c. Modificación al Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Salud, promulgado el año 2005 y publicado el año 2006, en cuanto a la posibilidad de que un conviviente civil pueda ser carga del otro (art. 29 de la Ley).

Nos remitimos a lo expuesto en los efectos del Acuerdo.

d. Modificaciones introducidas en el Decreto Ley N° 3.500, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1980, que establece el nuevo sistema de pensiones (art. 30 de la Ley).

Nos remitimos a lo que indicamos al tratar de los efectos del Acuerdo.

e. Modificaciones introducidas en la Ley N° 20.255, que establece la reforma previsional (art. 31 de la Ley).

Las comentamos al referirnos a los efectos del Acuerdo.

f. Modificaciones al Estatuto Administrativo (art. 32 de la Ley).

- Se reemplaza el art. 114, incluyendo al conviviente civil del funcionario fallecido, entre aquellas personas con derecho a percibir la remuneración que a éste correspondiere, hasta el último día del mes en que ocurriera el deceso.

- Se sustituye el art. 17 transitorio, incluyendo al conviviente civil del funcionario fallecido, entre aquellas personas con derecho a percibir el desahucio que habría correspondido al funcionario si se hubiere retirado a la fecha del fallecimiento.

g. Modificaciones al Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales (art. 33 de la Ley).

- Se reemplaza el art. 113, incluyendo al conviviente civil del funcionario fallecido, entre aquellas personas con derecho a percibir la remuneración que a éste correspondiere, hasta el último día del mes en que ocurriere el deceso.
- Se sustituye el art. 17 transitorio, incluyendo al conviviente civil del funcionario fallecido, entre aquellas personas con derecho a percibir el desahucio que habría correspondido al funcionario si se hubiere retirado a la fecha del fallecimiento.

h. Se modifican en el Código de Procedimiento Civil las siguientes disposiciones (art. 34 de la Ley):

- N° 4 del inciso 1° del art. 165, referido a la suspensión o retardo de la vista de la causa. Queda con el siguiente tenor: “Sólo podrá suspenderse en el día designado al efecto la vista de una causa, o retardarse dentro del mismo día: (...) 4° Por muerte del cónyuge o conviviente civil o de alguno de los descendientes o ascendientes del abogado defensor, ocurrida dentro de los ocho días anteriores al designado para la vista”.
- El N° 4 del art. 445, concerniente a los bienes que no son embargables. Dispone ahora el precepto: “No son embargables: (...) 4° Las rentas periódicas que el deudor cobre de una fundación o que deba a la liberalidad de un tercero, en la parte que estas rentas sean absolutamente necesarias para sustentar la vida del deudor, de su cónyuge o conviviente civil y de los hijos que viven con él y a sus expensas”.
- El N° 8 del mismo art., que ahora reza: “No son embargables: (...) 8° El bien raíz que el deudor ocupa con su familia, siempre que no tenga un avalúo fiscal superior a cincuenta unidades tributarias mensuales o se trate de una vivienda de emergencia, y sus ampliaciones, a que se refiere el artículo 5° del decreto ley N°2552, de 1979; los muebles de dormitorio, de comedor y de cocina de uso familiar y la ropa necesaria para el abrigo del deudor, su cónyuge o conviviente civil y los hijos que viven a sus expensas. / La inembargabilidad establecida en el inciso precedente no regirá para los bienes raíces respecto de los juicios en que sean parte el Fisco, Las Cajas de Previsión y demás organismos regidos por la ley del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo”.

i. Se efectúan las siguientes modificaciones en el Código Orgánico de Tribunales (art. 35 de la Ley):

- En el art. 195, se reemplazan los números 4°, 6°, 7° y 9°, todos relativos a causas de implicancia. Quedan como sigue:
“Art. 195. Son causas de implicancia: (...) 4° Ser el juez ascendiente o descendiente, o padre o hijo adoptivo del abogado de alguna de las partes; (...) 6° Tener el juez, su cónyuge o conviviente civil, sus ascendientes o descendientes, o su padre o hijo adoptivo, causa pendiente en que deba fallar como juez alguna de las partes; 7° Tener el juez, su cónyuge o conviviente civil, sus ascendientes o descendientes, o su padre o hijo adoptivo, causa

pendiente en que se ventile la misma cuestión que el juez debe fallar; (...) 9° Ser el juez, su cónyuge o conviviente civil, alguno de sus ascendientes o descendientes o su padre o hijo adoptivo, heredero instituido en testamento por alguna de las partes”.

- En el art. 196, se reemplazan los números 1°, 2°, 6°, 7°, 8°, 11° y 13° y el párrafo primero del número 5°, todos concernientes a causas de recusación. Quedan con el siguiente tenor:

“Son causas de recusación: 1° Ser el juez pariente consanguíneo en toda la línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado, o afín hasta el segundo grado, de alguna de las partes o de sus representantes legales; 2° Ser el juez ascendiente o descendiente, hermano o cuñado del abogado de alguna de las partes; (...) 5° Ser el juez deudor o acreedor de alguna de las partes o de su abogado; o serlo su cónyuge o conviviente civil o alguno de sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales dentro del segundo grado. (...) 6° Tener alguno de los ascendientes o descendientes del juez o los parientes colaterales del mismo dentro del segundo grado, causa pendiente que deba fallar como juez alguna de las partes; 7° Tener alguno de los ascendientes o descendientes del juez o los parientes colaterales del mismo dentro del segundo grado, causa pendiente en que se ventile la misma cuestión que el juez deba fallar; 8° Tener pendientes alguna de las partes pleito civil o criminal con el juez, con su cónyuge o conviviente civil, o con alguno de sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales dentro del segundo grado. Cuando el pleito haya sido promovido por alguna de las partes, deberá haberlo sido antes de la instancia en que se intenta la recusación; (...) 11. Ser alguno de los ascendientes o descendientes del juez o alguno de sus parientes colaterales dentro del segundo grado, instituido heredero en testamento por alguna de las partes; (...) 13. Ser el juez socio colectivo, comanditario o de hecho de alguna de las partes, serlo su cónyuge o conviviente civil, o alguno de los ascendientes o descendientes del mismo juez, o alguno de sus parientes colaterales dentro del segundo grado”.

- Se modifica el art. 259, relativo al nombramiento de Ministros de Cortes de Apelaciones y de Jueces. Reza ahora su texto:

“No podrá ser nombrado ministro de Corte de Apelaciones ni ser incluido en la terna correspondiente quien esté ligado con algún ministro o fiscal judicial de la Corte Suprema por matrimonio, por un acuerdo de unión civil, por parentesco de consanguinidad hasta el tercer grado inclusive, por afinidad hasta el segundo grado, o por adopción. / Quien sea cónyuge, conviviente civil o tenga alguno de los parentescos o vínculos indicados en el inciso anterior con un ministro de Corte de Apelaciones no podrá figurar en ternas o ser nombrado en cargo alguno del Escalafón Primario que deba desempeñarse dentro del territorio jurisdiccional de la Corte de Apelaciones donde aquél ejerce su ministerio. / En caso de producirse el nombramiento de un ministro en una Corte en cuyo territorio jurisdiccional se desempeñan en el Escalafón Primario su cónyuge, conviviente civil o alguno de los parientes indicados en el inciso primero, estos últimos deberán ser trasladados de inmediato al territorio jurisdiccional de otra Corte. / En caso de producirse el nombramiento de un juez o ministro de Corte de Apelaciones que quede en situación de participar en la calificación de un receptor, procurador del número o miembro del Escalafón de Empleados y que se vincule con él por matrimonio, por un acuerdo de unión civil o por alguno de los parentescos o vínculos indicados en el inciso primero, se deberá

proceder al traslado de este último. / Si dos miembros de un mismo tribunal, estando ya en funciones, contrajeran matrimonio, celebraran un acuerdo de unión civil o pasaran a tener alguno de los parentescos señalados en el artículo 258, uno de ellos será trasladado a un cargo de igual jerarquía. El traslado afectará a aquel cuyo acto haya generado el parentesco y, en caso de matrimonio, a aquel que determinen los cónyuges de común acuerdo o, a falta de asenso, la Corte Suprema. Esta última regla se aplicará también cuando las personas se encuentren unidas por un acuerdo de unión civil. / El ministro de la Corte Suprema que sea cónyuge, que tenga un acuerdo de unión civil o alguno de los parentescos o vínculos indicados en el inciso primero con un miembro del Poder Judicial, no podrá tomar parte alguna en asuntos en que éste pueda tener interés”.

- Se introducen enmiendas en el art. 260, relativo al ingreso al Escalafón Secundario y al Escalafón del Personal de Empleados, del Poder Judicial. Establece hoy:

“No podrán ingresar en el Escalafón Secundario aquellos que sean cónyuges o tengan alguno de los parentescos o vínculos indicados en el artículo anterior con algún ministro o fiscal judicial de la Corte Suprema o de Corte de Apelaciones, o con algún miembro del Escalafón Primario que se desempeñe en el territorio jurisdiccional del cargo que se trata de proveer. El mismo impedimento se aplicará a aquellos que tengan un acuerdo de unión civil con los referidos ministros o fiscales. / No podrá ingresar en el Escalafón del Personal de Empleados el que sea cónyuge o tenga un acuerdo de unión civil o alguno de los parentescos o vínculos indicados en el artículo anterior con algún ministro o con el fiscal de la Corte Suprema o con algún miembro del Escalafón Primario que se desempeñe en el territorio jurisdiccional del cargo que se trata de proveer. / Del mismo modo, no puede ser incluido en terna ni ser nombrado en el referido escalafón aquel que sea cónyuge o tenga un acuerdo de unión civil o alguno de los parentescos o vínculos indicados en el inciso anterior con quien, por razón de su cargo, deba o pueda participar en su calificación”.

- Se modifica el art. 316, que se refiere a la prohibición de ejercer la abogacía por los jueces, salvo si se trata de defender causas personales o de sus cónyuges, convivientes civiles, ascendientes, descendientes, hermanos o pupilos. Les es igualmente prohibido representar en juicio a otras personas que las precedentemente mencionadas.

- Se modifica el art. 321, que dispone una prohibición a todo juez para comprar o adquirir a cualquier título para sí, para su cónyuge, para su conviviente civil, o para sus hijos las cosas o derechos que se litiguen en los juicios de que él conozca.

- Se modifica el art. 479, que contempla una prohibición a los auxiliares de la Administración de Justicia para ejercer la abogacía y que dispone que sólo podrán defender causas personales o de sus cónyuges, convivientes civiles, ascendientes, descendientes, hermanos o pupilos. Les es igualmente prohibido representar en juicio a otras personas que las mencionadas precedentemente. No rige lo anterior para los defensores públicos y los procuradores del número. No obstante, estos últimos no podrán ejercer la profesión de abogado ante las Cortes de Apelaciones en que actúan.

- Se modifica el art. 513, en las normas de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, en orden a establecer que en ningún caso podrán ser designados como director o subdirector los cónyuges ni los parientes consanguíneos o afines de un funcionario del Escalafón Primario del Poder Judicial o de la Corporación, que se hallen dentro del segundo grado en la línea recta o del tercero en la colateral. Este impedimento también se

aplicará a las personas que tengan un acuerdo de unión civil con un funcionario del referido escalafón.

j. Modificación a la Ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (art. 36 de la Ley).

Se agrega en el art. 30, referido a la facultad del Ministerio Público para disponer medidas especiales de protección para ciertas personas, la expresión “conviviente civil”.

k. Modificación a la Ley N° 20.340, que regula los actos y contratos que se pueden celebrar respecto de viviendas adquiridas con el respaldo de los programas habitacionales estatales (art. 37 de la Ley).

Se sustituye el art. 1°, que establece una hipótesis de representación legal que tiene un cónyuge o un conviviente civil, del otro cónyuge o conviviente civil, para renegociar, repactar o novar los créditos obtenidos para el financiamiento de las viviendas cuya adquisición o construcción haya sido financiada, en todo o en parte, por el Estado mediante sus programas habitacionales. El cónyuge o el conviviente civil que concurra a la renegociación, repactación o novación, no requerirá la comparecencia del otro cónyuge o conviviente civil, ni su autorización ni la de la justicia, para la constitución, reserva o extinción de hipotecas y gravámenes destinados a caucionar las obligaciones que se convengan en virtud de las aludidas renegociación, repactación o novación.

l. Modificaciones al Código Sanitario (art. 38 de la Ley).

- Se reemplaza el art. 140, relativo a las personas obligadas a dar sepultura a un cadáver, incluyendo entre ellas a la persona con la que el difunto haya mantenido un acuerdo de unión civil vigente al momento de su muerte.
- Se sustituye el inciso 2° del art. 147. Dicho precepto autoriza que los cadáveres de personas fallecidas en establecimientos hospitalarios públicos o privados, o que se encuentren en establecimientos del Servicio Médico Legal, que no fueren reclamados dentro del plazo que señale el reglamento, podrán ser destinados a estudios e investigación científica, y sus órganos y tejidos, destinados a la elaboración de productos terapéuticos y a la realización de injertos. Agrega la norma que podrán ser destinados a los mismos fines cuando el cónyuge o, a falta de éste, los parientes en primer grado de consanguinidad en la línea recta o colateral o la persona con la que el difunto tuviere vigente un acuerdo de unión civil al momento de su muerte no manifestaren su oposición dentro del plazo y en la forma que señale el reglamento.
- Se modifica el art. 148, cuyo tenor queda como sigue: “Podrán también destinarse a injertos con fines terapéuticos los tejidos de cadáveres de personas cuyo cónyuge o, a falta de éste, los parientes en el orden señalado en el artículo 42 del Código Civil o la persona con la que haya mantenido un acuerdo de unión civil vigente al momento de su muerte, otorguen autorización en un acta suscrita ante el director del establecimiento hospitalario donde hubiere ocurrido el fallecimiento”.

m. Modificaciones al Código Penal (art. 39 de la Ley).

- Se sustituye el N° 5 del art. 10, en relación a las circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal. El precepto queda con el siguiente tenor: “Están exentos de responsabilidad criminal: (...) 5° El que obra en defensa de la persona o derechos de su cónyuge, de su conviviente civil, de sus parientes consanguíneos en toda la línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado inclusive, de sus afines en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado, de sus padres o hijos, siempre que concurran la primera y segunda circunstancias prescritas en el número anterior, y la de que, en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no tuviere participación en ella el defensor”.
- Se reemplaza el inciso 2° del art. 13. Ahora dispone el artículo: “Es circunstancia atenuante o agravante, según la naturaleza y accidentes del delito: / Ser el agraviado cónyuge o conviviente civil, pariente por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado, padre o hijo del ofensor”.
- Se sustituye el inciso final del art. 17, que define las conductas constitutivas de encubrimiento. El tenor del inciso queda como sigue: “Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge, de su conviviente civil, o de sus parientes por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado, de sus padres o hijos, con sólo la excepción de los que se hallaren comprendidos en el número 1° de este artículo”.
- Se modifica la regla 2ª del art. 32 bis, referido al presidio perpetuo calificado. La norma queda con el siguiente tenor: “La imposición del presidio perpetuo calificado importa la privación de libertad del condenado de por vida, bajo un régimen especial de cumplimiento que se rige por las siguientes reglas: (...) 2ª. El condenado no podrá ser favorecido con ninguno de los beneficios que contemple el reglamento de establecimientos penitenciarios, o cualquier otro cuerpo legal o reglamentario, que importe su puesta en libertad, aun en forma transitoria. Sin perjuicio de ello, podrá autorizarse su salida, con las medidas de seguridad que se requieran, cuando su cónyuge, su conviviente civil o alguno de sus padres o hijos se encontrare en inminente riesgo de muerte o hubiere fallecido”.
- Se modifica el art. 146, que tipifica el delito de violación de correspondencia. Su tenor queda como sigue: “El que abriere o registrare la correspondencia o los papeles de otro sin su voluntad, sufrirá la pena de reclusión menor en su grado medio si divulgare o se aprovechara de los secretos que ellos contienen, y en el caso contrario la de reclusión menor en su grado mínimo. / Esta disposición no es aplicable entre cónyuges, convivientes civiles, ni a los padres, guardadores o quienes hagan sus veces, en cuanto a los papeles o cartas de sus hijos o menores que se hallen bajo su dependencia. / Tampoco es aplicable a aquellas personas a quienes por leyes o reglamentos especiales, les es lícito instruirse de correspondencia ajena”.
- Se sustituye el inciso 2° del art. 295 bis, en las normas de las asociaciones ilícitas. Dispone ahora el precepto: “Se aplicarán las penas de prisión en su grado máximo a presidio menor en su grado mínimo al que, habiendo tenido noticias verosímiles de los planes o de las actividades desarrolladas por uno o más miembros de una asociación ilícita, omite ponerlas oportunamente en conocimiento de la autoridad. / Quedará exento de las penas a que se refiere este artículo el cónyuge, el conviviente civil, los parientes por

consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado, y el padre, hijo de alguno de los miembros de la asociación. Esta exención no se aplicará si se hubiere incurrido en la omisión, para facilitar a los integrantes de la asociación el aprovechamiento de los efectos del crimen o simple delito”.

- Se modifica el art. 489, agregando un N° 6. La norma queda como sigue:

“Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren:

1°. Los parientes consanguíneos en toda la línea recta.

2°. Los parientes consanguíneos hasta el segundo grado inclusive de la línea colateral.

3°. Los parientes afines en toda la línea recta.

4°. Derogado.

5°. Los cónyuges

6°. Los convivientes civiles.

La excepción de este artículo no es aplicable a los extraños que participaren del delito, ni tampoco entre cónyuges cuando se trate de los delitos de daños indicados en el párrafo anterior. / Además, esta exención no será aplicable cuando la víctima sea una persona mayor de sesenta años”.

n. Modificaciones en el Código Procesal Penal (art. 40 de la Ley).

- Se modifica el art. 108, incluyendo entre las “víctimas” de un delito, con legitimación activa para demandar indemnización de perjuicios, al conviviente civil. Dispone el precepto:

“Concepto. Para los efectos de este Código, se considera víctima al ofendido por el delito.

/ En los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiese ejercer los derechos que en este Código se le otorgan, se considerará víctima:

a) al cónyuge o al conviviente civil y a los hijos;

b) a los ascendientes;

c) al conviviente;

d) a los hermanos, y

e) al adoptado o adoptante.

Para los efectos de su intervención en el procedimiento, la enumeración precedente constituye un orden de prelación, de manera que la intervención de una o más personas pertenecientes a una categoría excluye a las comprendidas en las categorías siguientes”.

- Se modifica el art. 116, que prohíbe deducir querellas contra determinadas personas. Con la reforma, el artículo queda con el siguiente tenor:

“Prohibición de querella. No podrán querellarse entre sí, sea por delitos de acción pública o privada:

a) Los cónyuges, a no ser por delito que uno hubiere cometido contra el otro o contra sus hijos, o por el delito de bigamia.

b) Los convivientes civiles, a no ser por delito que uno hubiere cometido contra el otro o contra sus hijos.

c) Los consanguíneos en toda la línea recta, los colaterales y afines hasta el segundo grado, a no ser por delitos cometidos por unos contra los otros, o contra su cónyuge o hijos”.

- Se modifica el art. 202, referido a la exhumación de un cadáver. Queda el precepto como sigue: “Exhumación. En casos calificados y cuando considerare que la exhumación de un cadáver pudiere resultar de utilidad en la investigación de un hecho punible, el fiscal podrá solicitar autorización judicial para la práctica de dicha diligencia. / El tribunal resolverá según lo estimare pertinente, previa citación del cónyuge o del conviviente civil o de los parientes más cercanos del difunto. / En todo caso, practicados el examen o la autopsia correspondientes se procederá a la inmediata sepultura del cadáver”.
- Se modifica el inciso 3° del art. 357, que alude a la suspensión de la vista de la causa. Queda como sigue: “Si en la causa hubiere personas privadas de libertad, sólo se suspenderá la vista de la causa por muerte del abogado del recurrente, del cónyuge o del conviviente civil o de alguno de sus ascendientes o descendientes, ocurrida dentro de los ocho días anteriores al designado para la vista del recurso”.
- Se modifica el art. 474, que se refiere a la revisión de las sentencias firmes. Queda con el siguiente tenor: “Plazo y titulares de la solicitud de revisión. La revisión de la sentencia firme podrá ser pedida, en cualquier tiempo, por el ministerio público, por el condenado o su cónyuge o conviviente civil, ascendientes, descendientes o hermanos de éste. Asimismo, podrá interponer tal solicitud quien hubiere cumplido su condena o sus herederos, cuando el condenado hubiere muerto y se tratase de rehabilitar su memoria”.

ñ. Modificaciones al Código del Trabajo (art. 41 de la Ley).

- Se modifica el N° 3 del art. 20, referido al porcentaje de trabajadores de nacionalidad chilena. Queda como sigue: “Para computar la proporción a que se refiere el artículo anterior, se seguirán las reglas que a continuación se expresan: (...) 3.- se tendrá como chileno al extranjero cuyo cónyuge o conviviente civil o sus hijos sean chilenos o que sea viudo o viuda de cónyuge chileno”.
- Se modifica el inciso 2° del art. 58, que alude a las deducciones que el empleador puede hacer a la remuneración del trabajador. El inciso queda con el siguiente tenor: “Asimismo, con acuerdo del empleador y del trabajador, que deberá constar por escrito, el empleador podrá descontar de las remuneraciones cuotas destinadas al pago de la adquisición de viviendas, cantidades para ser depositadas en una cuenta de ahorro para la vivienda y sumas destinadas a la educación del trabajador, su cónyuge, conviviente civil o alguno de sus hijos. Para estos efectos, se autoriza al empleador a otorgar mutuos o créditos sin interés, respecto de los cuales el empleador podrá hacerse pago deduciendo hasta el 30% del total de la remuneración mensual del trabajador. Sin embargo, el empleador sólo podrá realizar tal deducción si paga directamente la cuota del mutuo o crédito a la institución financiera o servicio educacional respectivo”.
- Se reemplaza el inciso 2° del art. 60, que se refiere al fallecimiento del trabajador. Queda como sigue el artículo: “En caso de fallecimiento del trabajador, las remuneraciones que se adeudaren serán pagadas por el empleador a la persona que se hizo cargo de sus funerales, hasta concurrencia del costo de los mismos. / El saldo, si lo hubiere, y las demás prestaciones pendientes a la fecha del fallecimiento se pagarán, en orden de precedencia, al cónyuge o conviviente civil, a los hijos o a los padres del fallecido. / Lo dispuesto en el inciso precedente sólo operará tratándose de sumas no superiores a cinco unidades tributarias anuales”.

- Se modifica el inciso 1° del art. 66, que forma parte de las normas del feriado anual y de los permisos. Reza ahora su tenor: “En el caso de muerte de un hijo así como en el de muerte del cónyuge o conviviente civil, todo trabajador tendrá derecho a siete días corridos de permiso pagado, adicional al feriado anual, independientemente del tiempo de servicio”.

- Se modifica el inciso 2° del art. 199, que consagra un permiso a la trabajadora o al trabajador, cuando la salud de un niño menor de un año requiera de atención en el hogar con motivo de enfermedad grave. Consigna hoy el inciso 2°: “Tendrá también derecho a este permiso y subsidio, la trabajadora o el trabajador que tenga a su cuidado un menor de edad inferior a un año, respecto de quien se le haya otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal como medida de protección. Este derecho se extenderá al cónyuge o conviviente civil, en los mismos términos señalados en el inciso anterior”.

o. Modificaciones a la Ley N° 16.271 (art. 42 de la Ley).

Se modifica la Ley de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones, de la siguiente forma:

- En el art. 2, inciso 2°, donde decía “Las asignaciones por causa de muerte que correspondan al cónyuge y a cada ascendiente, o adoptante, o a cada hijo, o adoptado, o a la descendencia de ellos, estarán exentas de este impuesto en la parte que no exceda de cincuenta unidades tributarias anuales”, ahora dirá “Las asignaciones por causa de muerte que correspondan al cónyuge y a cada ascendiente, o adoptante, o a cada hijo, o adoptado, o a la descendencia de ellos o conviviente civil sobreviviente, estarán exentas de este impuesto en la parte que no exceda de cincuenta unidades tributarias anuales”.

- En el art. 26, inciso 1°, donde decía “Lo expuesto en el artículo precedente no regirá para el cónyuge, ni para los padres e hijos cuando deban percibir, de las Cajas de Previsión o de los empleados o patrones, de acuerdo con las leyes o contratos de trabajo, sumas no superiores a cinco unidades tributarias anuales”, ahora dirá “Lo expuesto en el artículo precedente no regirá para el cónyuge o conviviente civil, ni para los padres e hijos cuando deban percibir, de las Cajas de Previsión o de los empleados o patrones, de acuerdo con las leyes o contratos de trabajo, sumas no superiores a cinco unidades tributarias anuales”.

El “artículo precedente”, dispone: “Art. 25.- Para los efectos de esta ley el heredero no podrá disponer de los bienes de la herencia, sin que previamente se haya inscrito la resolución que da la posesión efectiva de la herencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 688 del Código Civil”.

p. Modificación a la Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad (art. 43 de la Ley).

La Ley modifica el inciso 1° del art. 15. Se trata de una norma similar a la prevista para la Ley N° 20.000, en cuanto a disponer medidas especiales de protección para ciertas personas, entre las que se incluye al conviviente civil.