



Universidad de los Andes
Facultad de Derecho

Matrimonio civil y divorcio

Análisis crítico y criterios para la
aplicación de la Ley N° 19.947, de 2004

ANA MARÍA HÜBNER GUZMÁN

HERNÁN CORRAL TALCIANI

ANASTASÍA ASSIMAKÓPULOS FIGUEROA

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

MAITE AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN

FERNANDA DíEZ ARRIAGADA

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL

JORGE BARAONA GONZÁLEZ

JOSÉ JOAQUÍN UGARTE GODOY

CRISTÓBAL ORREGO SÁNCHEZ

Anastasia Assimakópulos Figueroa
Hernán Corral Talciani

EDITORES

CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA 11



2005



Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Matrimonio civil y divorcio

Análisis crítico y criterios para la
aplicación de la Ley N° 19.947, de 2004

Ana María Hübner Guzmán

Hernán Corral Talciani

Anastasia Assimakópulos Figueroa

Carmen Domínguez Hidalgo

Maite Aguirrezabal Grünstein

Fernanda Díez Arriagada

Alejandro Romero Seguel

Jorge Baraona González

José Joaquín Ugarte Godoy

Cristóbal Orrego Sánchez

Anastasia Assimakópulos Figueroa

Hernán Corral Talciani

EDITORES

CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA 11 (2005)

Cuadernos de Extensión Jurídica 11 (2005)
Matrimonio civil y divorcio

CIP - Universidad de los Andes

Matrimonio civil y divorcio: análisis crítico y criterios para la aplicación de la Ley N° 19.947, de 2004 / Ana María Hübner Guzmán ... [et al.] ; Anastasia Assimakópulos Figueroa, Hernán Corral Talciani, editores.

p. — (Cuadernos de extensión jurídica ; 11)

Incluye notas bibliográficas.

1.- Matrimonio — Legislación — Chile. 2.- Divorcio — Legislación — Chile. 3.- Chile. Ley No. 19.947. I.- Hübner G., Ana María. II.- Assimakópulos Figueroa, Anastasia, ed. III.- Corral Talciani, Hernán Felipe, ed. IV.- s.

CDD 21

346.83016

2005

RCA2

Cuadernos de Extensión Jurídica. Publicación seriada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Av. San Carlos de Apoquindo 2200, Las Condes, Santiago de Chile).

Director: Hernán Corral Talciani

Comité Editorial: Alejandro Romero Seguel, María de los Ángeles Soza Ried, Juan Ignacio Piña Rochefort, Jorge Baraona González, José Ignacio Martínez Estay, Enrique Brahm García.

Secretarías de redacción: Marcelo Nasser Olea, Loretto Venegas Franzolini, Ignacio Covarrubias Cuevas

ISSN: 0717-6449

ISBN: 956-7160-41-4

Registro de Propiedad Intelectual Inscripción N° 153.491

No está permitida la reproducción parcial o total de esta publicación, o de alguna de sus partes, formatos o portadas, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo del titular de la propiedad intelectual

© 2005 Universidad de los Andes

Impresión: Andros Impresores

Impreso en Santiago de Chile – Printed in Santiago of Chile

ANA MARÍA HÜBNER GUZMÁN

*Profesora de Derecho Civil
Universidad de los Andes
Universidad de Chile*

HERNÁN CORRAL TALCIANI

*Doctor en Derecho por la
Universidad de Navarra (España)
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes*

ANASTASÍA ASSIMAKÓPULOS FIGUEROA

*Licenciada en Derecho Canónico por la
Pontificia Universidad de la Santa Cruz (Italia)
Profesora de Derecho Canónico
Universidad de los Andes*

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

*Doctora en Derecho por la
Universidad Complutense (España)
Profesora de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica de Chile*

MAITE AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN

*Doctora en Derecho por la
Universidad de Navarra (España)
Profesora de Derecho Procesal
Universidad de los Andes*

FERNANDA DÍEZ ARRIAGADA

*Postítulo en Ciencias de la Familia y
en Mediación Familiar por la
Universidad de los Andes
Profesora del Instituto Ciencias de la Familia
Universidad de los Andes*

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL

*Doctor en Derecho por la
Universidad de Navarra (España)
Profesor Derecho Procesal
Universidad de los Andes*

JORGE BARAONA GONZÁLEZ

*Doctor en Derecho por la
Universidad de Navarra (España)
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes*

JOSÉ JOAQUÍN UGARTE GODOY

*Profesor de Derecho Civil y
Filosofía del Derecho
Pontificia Universidad Católica de Chile*

CRISTÓBAL ORREGO SÁNCHEZ

*Doctor en Derecho por la
Universidad de Navarra (España)
Profesor de Derecho Natural
Universidad de los Andes*

PRESENTACIÓN	11
--------------------	----

LA NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL: PANORAMA
Y ESTRUCTURA GENERAL

Ana María Hübner Guzmán

I. Introducción	15
II. Estructura de la ley	16
III. Finalidad y contrasentidos de la ley	18
IV. Ámbito de aplicación de la ley	19
V. Principios fundamentales de la ley	22
VI. Disposiciones transitorias	28

EL RÉGIMEN DE LOS REQUISITOS DEL MATRIMONIO Y DE
LA NULIDAD EN LA NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL

Hernán Corral Talciani

I. Consideraciones generales	37
II. Los requisitos del matrimonio en la Ley N° 19.947	41
III. Algunos principios generales sobre el régimen de nulidad	52
IV. Las causales de nulidad matrimonial	56
V. Titulares de la acción de nulidad	57
VI. Extinción de la acción	58
VII. Legitimación pasiva	61
VIII. El juicio de nulidad matrimonial	61
IX. Los efectos de la declaración de la invalidez del matrimonio	63
X. Normas de derecho internacional privado en materia de nulidad	65
XI. Régimen transitorio	70
XII. Una evaluación provisional	72

EL RECONOCIMIENTO CIVIL DEL MATRIMONIO RELIGIOSO

Anastasia Assimakópulos Figueroa

I.	La unidad del pacto conyugal: La prestación del consentimiento matrimonial es única	77
II.	Reconocimiento del matrimonio religioso en el contexto de la libertad de conciencia	78
III.	Exposición del artículo 20 de la Ley de Matrimonio Civil	79
IV.	Efectos de la inscripción respecto del matrimonio	88

EL CONVENIO REGULADOR Y LA COMPENSACIÓN

ECONÓMICA: UNA VISIÓN DE CONJUNTO

Carmen Domínguez Hidalgo

I.	Introducción	91
II.	Las consecuencias económicas de la ruptura matrimonial en la nueva ley	92
III.	El estatuto jurídico de la compensación económica	101
IV.	Conclusiones	121

EL PROCESO MATRIMONIAL

ANTE LOS TRIBUNALES DE FAMILIA

Maite Aguirrezabal Grünstein

I.	Introducción	123
II.	Razones de una especialización	124
III.	Los tribunales de familia en la legislación chilena	125
IV.	El proceso de familia	126

REFLEXIONANDO ACERCA DEL ROL DE LA MEDIACIÓN
 COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE FAMILIA
 Y SU IMPLEMENTACIÓN EN CHILE

Fernanda Díez Arriagada

I.	Antecedentes históricos	151
II.	Nuestro plan piloto	152
III.	La mediación desde fuera	153
IV.	La mediación desde dentro	158
V.	Conclusión	162

EL CONTENIDO DEL DERECHO DE DEFENSA FRENTE
 A UNA ACCIÓN DE DIVORCIO

Alejandro Romero Seguel

I.	Explicación previa	163
II.	La indisolubilidad como garantía patrimonial	164
III.	La naturaleza constitutiva de la acción de divorcio	165
IV.	El contenido del derecho de excepción	169
V.	El abuso del derecho como fundamento de la excepción	171
VI.	El juez natural en el control del ejercicio abusivo	175
VII.	La doctrina de los actos propios como límite	176
VIII.	El enriquecimiento sin causa como fundamento de la excepción	179
IX.	Conclusiones	180

ESTRATEGIAS PARA ENFRENTAR UNA DEMANDA
DE DIVORCIO

Jorge Baraona González

I.	Presupuestos previos	181
II.	La separación judicial. La cuestión del cese de la convivencia	184
III.	La acción de divorcio, sus causales. Las similitudes con las causales de separación judicial.....	191
IV.	Posibles excepciones y defensas	192
V.	Conclusión	194

¿POR QUÉ UNA LEY CIVIL DE DIVORCIO ES INJUSTA?

José Joaquín Ugarte Godoy

I.	El derecho natural	195
II.	El divorcio destruye la familia y corrompe la sociedad	200
III.	El divorcio es contrario al derecho natural y no sólo a la moral	211
IV.	Función que tiene la ley civil en relación con la indisolubilidad del matrimonio.....	213
V.	Conclusión.....	217

CRITERIOS ÉTICO-JURÍDICOS SOBRE LA APLICABILIDAD
DE LA LEY DE DIVORCIO POR PARTE DE ABOGADOS
Y JUECES: EL PROBLEMA DE LA COOPERACIÓN AL MAL

Cristóbal Orrego Sánchez

I.	Introducción	219
II.	Entre <i>Escila</i> y <i>Caribdis</i> : una brújula para no perder el Norte	220
III.	El principio de cooperación al mal: tolerar, sin aprobar, lo que no puede evitarse	223
IV.	El Magisterio de la Iglesia Católica sobre la cooperación con el mal del divorcio	228
V.	La cooperación al mal del divorcio en Chile: decadencia y resistencia	231

PRESENTACIÓN

La aprobación en 2004 y posterior entrada en vigencia de la nueva Ley de Matrimonio Civil (Ley N° 19.947) ha representado una transformación substancial al Derecho positivo relativo a la familia en Chile.

Conocemos el debate que se desarrolló a lo largo de la tramitación de la iniciativa legal; debate en el que, como otras instancias académicas, nuestra Facultad de Derecho no estuvo ausente. El punto fundamental de la discusión giró en torno a la admisión o no del divorcio, es decir, a la conservación del matrimonio monógamo, heterosexual e indisoluble que habíamos tenido durante toda la historia nacional o su transformación en una unión rescindible por cese de la convivencia, es decir, por voluntad conjunta o de uno de los cónyuges.

Finalmente, por mayoría parlamentaria y gracias al impulso del Gobierno encabezado por el Presidente Ricardo Lagos Escobar y por su Ministro de Justicia, el profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Luis Bates Hidalgo, se consagró el divorcio vincular, en sus tres formas: divorcio-sanción, divorcio por consentimiento mutuo y divorcio por voluntad unilateral. Inútiles fueron las múltiples advertencias de la Iglesia Católica, Maestra de humanidad, y de diversos sectores de la población ilustrada sobre los males sociales que esa medida legislativa causa para el orden de la familia y la felicidad de las personas en una cultura que parece privilegiar la irresponsabilidad familiar por sobre el compromiso.

No obstante, gracias a una minoritaria pero eficaz fuerza parlamentaria de oposición se obtuvo que el matrimonio siguiera definiéndose en el art. 102 del Código Civil como un contrato por el cual un hombre y una

mujer se unen actual e indisolublemente y por toda la vida, se consagró el reconocimiento civil del matrimonio religioso (si bien con fuertes restricciones) y se regularon instituciones alternativas y, en cierta forma, excluyentes de la opción divorcista, como la separación judicial y la nulidad de matrimonio, esta última con causales que se inspiran en el moderno Derecho Canónico.

Han sido varios los trabajos jurídicos, de mayor o menor envergadura, que han sido editados a la fecha para analizar y comentar los nuevos textos legales. La perspectiva utilizada suele ser la meramente dogmática o exegética que prescinde de la valoración jurídico-moral de las opciones legislativas y concretamente de la de autorizar el desabucio matrimonial.

Faltaba en nuestro medio un estudio de la nueva legislación positiva que partiera de los presupuestos de derecho natural que se radican en los valores de justicia intrínseca que regulan la relación de los cónyuges, por el hecho de prestarse un verdadero y propio consentimiento matrimonial. Es decir, faltaba un análisis de la ley que interpretara o, en su caso, criticara sus normas desde la concepción no divorcista del matrimonio. Quiéralo o no la mayoría parlamentaria y el gobierno que aprobaron la Ley N° 19.947, el matrimonio es indisoluble sin que haya autoridad humana que pueda disolverlo una vez que se ha perfeccionado. Todo proceder que vaya en contra de esa propiedad esencial es injusto, por más que concuerde con un texto formalmente aprobado como Ley de la República.

Bajo estas premisas, la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes organizó al entrar en vigencia la Ley N° 19.947 un Seminario denominado "Matrimonio civil y divorcio. Ley N° 19.947. Análisis crítico y criterios sobre la aplicación forense y judicial de una ley parcialmente injusta" (15, 16 y 17 de noviembre de 2004). Participaron profesores de todas las áreas involu-

cradas: el derecho civil, el derecho constitucional, el derecho procesal y, por cierto, el derecho natural.

Los trabajos que conforman este número de la Serie Cuadernos de Extensión Jurídica tienen su origen en dicho Seminario. Los autores los han elaborado y actualizado para su publicación. Conservan, sin embargo, el espíritu y la finalidad de dicho Seminario, que es también el que anima esta obra: colaborar para que la nueva legislación se aplique de la mejor manera posible para hacer verdadera justicia y para defender los intereses del cónyuge que desea persistir en la fidelidad que consciente y libremente prometió a su consorte, así como de los hijos que legítimamente esperan vivir con padres unidos por el lazo matrimonial.

Pensamos que las reflexiones contenidas en los diversos artículos, por cierto no siempre coincidentes en los aspectos técnicos, ayudarán tanto a las personas que desean informarse sobre el alcance de las nuevas normas como también a los egresados en práctica profesional, a los abogados y jueces que, adhiriendo a la concepción del matrimonio indisoluble (por razones naturales, sean o no apoyadas por la fe católica; es decir, se trate de creyentes o no creyentes), se ven enfrentados a la decisión de aplicar una ley que autoriza y a veces impone consecuencias de severa injusticia.

Para quienes no adhieran a esta noción del matrimonio serán útiles los argumentos dogmáticos que se desarrollan para apoyar distintas soluciones de interpretación del texto legal positivo, el cual conservará vigencia mientras no sea modificado por una nueva reforma legal, más respetuosa de los derechos de la familia, como lo sería la que permitiera, al menos, como opción para los contrayentes, la libertad de contraer un vínculo matrimonial que, de verdad y no sólo para la "galería", sea para toda la vida.

Terminamos con unas palabras que el recordado Juan Pablo II dirigió hace unos cuantos años a los abogados y jueces que deben trabajar en un sistema legal que consagra el divorcio: "No hay que rendirse ante la mentalidad divorcista: lo impide la confianza en los dones naturales y sobrenaturales de Dios al hombre [...] Los agentes del derecho en el campo civil deben evitar implicarse personalmente en lo que conlleve una cooperación al divorcio. Para los jueces esto puede resultar difícil, ya que los ordenamientos no reconocen una objeción de conciencia para eximirlos de sentenciar. Así, pues, por motivos graves y proporcionados pueden actuar según los principios tradicionales de la cooperación material al mal. Pero también ellos deben encontrar medios eficaces para favorecer las uniones matrimoniales, sobre todo mediante una labor de conciliación sabiamente realizada. Los abogados, como profesionales libres, deben declinar siempre el uso de su profesión para una finalidad contraria a la justicia, como es el divorcio; sólo pueden colaborar en una acción en este sentido cuando, en la intención del cliente, no se oriente a la ruptura del matrimonio, sino a otros efectos legítimos que sólo pueden obtenerse mediante esta vía judicial en un determinado ordenamiento [...] De este modo, con su obra de ayuda y pacificación de las personas que atraviesan crisis matrimoniales, los abogados sirven verdaderamente a los derechos de las mismas, y evitan convertirse en meros técnicos al servicio de cualquier interés" (Discurso de inauguración del año judicial de la Rota Romana de 28 de enero de 2002).

Santiago, a 30 de diciembre de 2005, Fiesta de la Sagrada Familia

*Anastasia Assimakópulos Figueroa
Hernán Corral Talciani
Editores*

LA NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL: PANORAMA Y ESTRUCTURA GENERAL

ANA MARÍA HÜBNER GUZMÁN
Profesora de Derecho Civil
Universidad de los Andes
Universidad de Chile

I. INTRODUCCIÓN

Esta Ley se inicia con un proyecto, el Boletín N° 1759-18, presentado el 11 de noviembre de 1995 por moción encabezada por la ex diputada Mariana Aylwin e integrada también por las señoras Allende, Saa, y los señores Barrueto Bantero, Longton, Elgueta, Munizaga, Viera Gallo y Walker, que resulta aprobado por la Cámara de Diputados el 8 de septiembre de 1997.

En el Senado la ley recibirá varias indicaciones:

- a) La presentada por el Ejecutivo;
- b) Indicación sustitutiva total a ese mismo Proyecto de los senadores Romero, Díez y Chadwick;
- c) Indicación del Senador Hamilton.

La indicación sustitutiva de los Senadores Romero, Díez y Chadwick contenía una revisión completa de la Ley, pero manteniendo la indisolubilidad del vínculo matrimonial.

Como resultado de lo anterior, la ley que nos regirá no corresponde a la moción original sino que contiene aspectos de las distintas indicaciones. Resulta así que se trata de una ley con tensiones internas, lo que se refleja en las instituciones que recoge y en las declaraciones de principios que en ella se contienen, muchos de los cuales, no tienen una sanción legal, y más que normas, son aspiraciones

morales y no reglas jurídicas con fuerza vinculante, que representan las luchas de aquéllos que fueron partidarios de mantener el matrimonio como una institución indisoluble y de aquéllos que propiciaron la disolución. Gran parte de los aspectos positivos de esta ley son el resultado de las indicaciones del proyecto sustitutivo de los senadores indicados.

Ello lleva a recordar a aquel poeta que expresaba "Como Dios en sus versos, yo me puse en mis poemas". Así ocurre en la ley, ya que el debate legislativo es fiel reflejo de las posturas internas, resultando una ley incoherente, que pretende proteger la familia, que declara así hacerlo y, en el hecho, no lo logra.

La Ley 19.947 se publicó en el Diario Oficial de 17 de mayo de 2004, para entrar a regir el 18 de noviembre de 2004.

La ley regula la celebración del matrimonio, la separación de los cónyuges, incluyendo una separación de hecho y una separación judicial, sin que ninguna de ellas confiera un nuevo estado civil, sencillamente se es casado, pero separado.

Regula la terminación del matrimonio, su nulidad, el divorcio vincular, reglas comunes al divorcio, nulidad y separación, entre ellas, la compensación económica, conciliación, y la mediación.

Normas referidas a la ley aplicable y al reconocimiento de la ley extranjera.

También contiene normas de carácter procesal para la tramitación del divorcio, separación y nulidad.

Están también los artículos transitorios referidos a la situación de los matrimonios celebrados con anterioridad a la vigencia de esta ley.

II. ESTRUCTURA DE LA LEY

1. ESTRUCTURA GENERAL DE LA LEY

La Ley 19.946 consta de nueve artículos que a continuación expon-dremos.

El artículo primero se limita a señalar "Sustitúyese la Ley de Matrimonio Civil, de 10 de enero de 1884, por la siguiente".

El artículo segundo deroga el Título XVII, del Libro III, del C.P.C., y los artículos 753 a 757 que lo componen, esto es, el procedimiento de los juicios de nulidad de matrimonio y de divorcio (se refiere al divorcio sin disolución de vínculo).

El artículo tercero introduce importantes modificaciones al Código Civil, a fin de adaptarlo a la nueva realidad que significa la incorporación de la separación judicial y el divorcio vincular.

El artículo cuarto introduce modificaciones a la Ley 4.808 sobre Registro Civil.

El artículo quinto que modifica la Ley de Adopción, 19.620.

El artículo sexto que modifica la Ley 16.618.

El artículo séptimo que modifica el Código Penal.

El artículo octavo que modifica el C.O.T.

El artículo noveno introduce una pequeña modificación a la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia.

El artículo final establece la entrada en vigencia de la ley.

2. ESTRUCTURA DEL ARTÍCULO PRIMERO

El artículo primero de la norma analizada contiene las disposiciones que sustituyen la Ley de Matrimonio Civil de 1884. Consta de nueve capítulos que comprenden noventa y dos artículos.

Los capítulos se dividen en diferentes párrafos que se irán analizando a lo largo de este seminario:

- Capítulo I, Disposiciones generales, artículos 1 a 3.
- Capítulo II, De la celebración del matrimonio, consta de cuatro párrafos, y va desde los artículos 4 a 20.
 - a. Párrafo primero, trata los requisitos de validez del matrimonio.
 - b. Párrafo segundo, las diligencias para la celebración del matrimonio.
 - c. Párrafo tercero, sobre la celebración del matrimonio.
 - d. Párrafo cuarto, de los matrimonios celebrados ante entidades religiosas de derecho público.
- Capítulo III, De la separación de los cónyuges. Consta de dos párrafos y va desde el artículo 21 al artículo 41.
 - a. Párrafo primero, de la separación de hecho.
 - b. Párrafo segundo, de la separación judicial: sus causales; el ejercicio de la acción; de la reanudación de la vida en común.
- Capítulo IV, De la terminación del matrimonio. Consta de dos párrafos, artículos 42 y 43.
 - a. Párrafo primero, disposiciones generales.
 - b. Párrafo segundo, de la terminación del matrimonio por muerte presunta.
- Capítulo V, De la nulidad del matrimonio. Consta de tres párrafos, del artículo 44 al 52.
 - a. Párrafo primero, causales de nulidad.
 - b. Párrafo segundo, de la titularidad y del ejercicio de la acción de nulidad.
 - c. Párrafo tercero, de los efectos.

- Capítulo VI, Del divorcio. Consta de tres párrafos y va del artículo 53 al 60. El artículo 53 expresa que el divorcio pone término al matrimonio.
 - a. Párrafo primero, causales.
 - b. Párrafo segundo, de la titularidad y del ejercicio de la acción.
 - c. Párrafo tercero, de los efectos.
- Capítulo VII, reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio. Consta de tres párrafos, va del artículo 61 al 79.
 - a. Párrafo primero, compensación económica.
 - b. Párrafo segundo, conciliación.
 - c. Párrafo tercero, mediación.
- Capítulo VIII, De la ley aplicable y del reconocimiento de la ley extranjera. Artículos 80 a 84.
- Capítulo IX, De los juicios de separación, nulidad de matrimonio y divorcio, artículos 85 a 92. Consta de dos párrafos.
 - a. Párrafo primero, Disposiciones generales;
 - b. Párrafo segundo, Competencia y Procedimiento.

III. FINALIDAD Y CONTRASENTIDOS DE LA LEY

En la nueva normativa no se protege a los hijos ni a la familia de una manera distinta a las normas que contiene el Código Civil, no obstante que en numerosas disposiciones se refiera la ley al "interés superior del menor". Tampoco crea normas diferentes a las establecidas en el C.C, en materia de tuición, patria potestad, derechos de alimentos, o de las relaciones personales o pecuniarias entre marido y mujer, sino que sencillamente regula la ruptura de la relación matrimonial, distinguiendo entre diferentes figuras, como lo es el mero cese de la convivencia, la separación de hecho, la separación judicial y el divorcio.

Curiosamente, la ley consagra como un derecho esencial a la persona el contraer matrimonio, pero no considera la prolongación de ese derecho, en cuanto mantener el vínculo que se consideró como esencial en cuanto a su inicio.

La ley permite entrar y salir libremente de la institución, dando lugar así a que los que no creen en el matrimonio vuelvan a casarse, lo que sin duda, es paradójico.

Asimismo, declara al matrimonio como núcleo fundamental de la sociedad, pero permite que esta base se destruya. Sin embargo, deja subsistente la definición del matrimonio en el artículo 102, C.C.: "indisoluble y por toda la vida". Pero dicha definición es sólo nominal,

pues cualquiera que sea el contenido de este concepto, es evidente que dejó de ser indisoluble.

El matrimonio hoy sólo se sustenta en la voluntad de cualquiera de las partes, ya que el mero cese de la convivencia legitima la acción de divorcio.

De allí que el esfuerzo del legislador en orden a regular minuciosamente la nulidad civil y de recoger causales similares al del derecho canónico es un esfuerzo inútil, pues difícilmente existirán juicios de nulidad.

Resulta absurdo, por otro lado, que se exija acreditar que se han cumplido las obligaciones alimenticias conyugales, para después liberarse de toda obligación conyugal a través del divorcio unilateral (artículo 55, inc. 3° de la Ley).

Además, qué mayor contrasentido que aceptar el valor a un vínculo eclesiástico, el que es para toda la vida, pero regularlo en cuanto a su disolución por la ley civil.

Por último, dentro de sus principios está el interés superior del menor, pero muchas veces no se respetará, precisamente por el divorcio de sus padres.

IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY

El artículo 1° inciso 2°, fija las materias reguladas por esta Ley, y dispone: "La presente ley regula los requisitos para contraer matrimonio, la forma de su celebración, la separación de los cónyuges, la declaración de nulidad matrimonial, la disolución del vínculo y los medios para remediar o paliar las rupturas entre los cónyuges y sus efectos.

Quedan excluidos de la Ley los efectos del matrimonio, las relaciones de los cónyuges entre sí y de éstos con sus hijos, que permanecen regidas por las disposiciones respectivas del C.C. Así lo dice el artículo 1°, inciso 3°.

Es así, entonces, como ya se señaló, como la Ley no modifica el concepto de matrimonio contenido en el artículo 102 del C.C., a pesar que algunos han entendido que de conformidad al artículo 52 del C.C. se debe entender tácitamente derogado en lo que se refiere a su indisolubilidad.

Esto no fue un olvido del legislador, sino que se optó por mantener la definición, la que no guarda ninguna relación con las normas de la Ley. En efecto, se estimó al respecto por algunos senadores, entre ellos el Senador Viera Gallo, que las personas se

casan con la idea de permanencia, sin saber lo que vendrá en el futuro. Y que el divorcio sería una situación excepcional (Boletín 1759-18, página 37.)

Sin embargo, de la forma como se consagró el divorcio, muy lejos de ser esta figura excepcional y restrictiva, pasó a tener un carácter tan amplio que se llega a admitir el divorcio por repudio o decisión unilateral, y sin los resguardos de otras legislaciones, tales como las denominadas cláusulas de dureza, como por ejemplo, que las cargas económicas de la ruptura recaigan sobre el que quiere unilateralmente el divorcio. De esta manera, hemos transitado entre aquellas legislaciones que impedían el divorcio a aquellas con alternativas más liberales en esta materia.

Consagra la Ley dos tipos de divorcio, el denominado divorcio por falta, artículo 54, o por culpa, y el derivado del cese efectivo de la convivencia, artículo 55, denominado en el derecho francés "divorcio por ruptura irremediable de la vida en común".

Este último divorcio presenta dos modalidades, divorcio de común acuerdo por el cese de la convivencia o divorcio demandado por uno de los cónyuges, por igual motivo, variando los plazos en que se puede solicitar uno y otro.

Se dice que nuestra Ley no consagra el divorcio por repudio. Sin embargo, el hecho de que uno de los cónyuges lo pueda solicitar transcurrido tres años del cese de la convivencia, es una especie de repudio o divorcio unilateral, pues no existen causales que se puedan imputar al otro, bastando con esperar que pase el período de tiempo señalado en la Ley, específicamente tres años. Se dice que lo que provoca el divorcio es el cese de la convivencia y no la voluntad unilateral. Pero esa voluntad unilateral fue la que provocó el cese de la convivencia.

Asimismo, se señala que no existe el divorcio por mutuo consentimiento de otras legislaciones como la francesa que lo contempla desde el año 1975. Sin embargo, el mero hecho de tener que esperar un año para pedirlo desde el cese de la convivencia, no nos excluye esta posibilidad.

El legislador, en vez de sancionar el alejamiento, le otorga beneficios, permitiendo la ruptura y término del vínculo, y previamente, si así se solicita, una separación judicial que trae aparejado el término de la sociedad conyugal y el deber de fidelidad.

En otros países, como por ejemplo, Colombia que había hecho suya la definición de nuestro artículo 102, al modificarse la legislación y establecerse el divorcio vincular, reemplazó la definición de matrimonio de su artículo 113, quedando como un contrato solemne por el

cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que aunque los legisladores no hayan alterado el artículo 102, ella ha cambiado por efecto de la introducción del divorcio vincular. Al efecto, podemos decir hoy que el matrimonio es un contrato privado, disoluble, sujeto en gran medida a la autonomía de la voluntad, a la libertad de los cónyuges.

Esta reforma se inserta en la tendencia general del Derecho de Familia a contractualizar, y a alejarla de la noción de orden público.

Así, entonces, la Ley hace disolubles no sólo los matrimonios que se celebren desde su entrada en vigencia sino los que se contrajeron sin dicha posibilidad, lo que podría llevar a plantear una inconstitucionalidad por no respetarse los derechos conferidos por las leyes vigentes a la época en que se celebró el contrato matrimonial. En efecto, el artículo 22 de la Ley de Efecto Retroactivo expresa: "En todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración".

Por otro lado, respecto de aquellos matrimonios que se celebren ante entidades religiosas que gocen de personalidad jurídica de derecho público (artículo 20), se presenta la dicotomía que ante la Iglesia se manifestará la voluntad de contraer un matrimonio indisoluble y esta voluntad no es respetada desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, no obstante que éste le da valor al matrimonio celebrado ante la Iglesia y que la fecha del mismo debe retrotraerse a la celebración religiosa.

Habría sido más claro acoger la indicación del Ejecutivo, la que proponía sustituir el concepto de matrimonio por el siguiente: "La formalización de una unión heterosexual, con voluntad de permanencia, ante un representante del poder público".

Se mantiene la idea de que el matrimonio es entre un hombre y una mujer, y se mantienen los derechos y obligaciones que de éste emanan. Es más, el artículo 80 de la Ley se cuida de precisar que es válido el matrimonio celebrado en el extranjero "siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer".

La nueva Ley, como señaláramos, no altera los derechos y obligaciones personales de los cónyuges entre sí y de ellos con sus hijos, con algunas mínimas excepciones, que tuvieron que ser introducidas para ajustarlas a los cambios de la Ley como, por ejemplo, el deber de fidelidad deja de existir respecto de los cónyuges separados judicialmente (artículo 33). No toca las relaciones patrimoniales —régimenes matrimoniales— con la excepción de que uno de los efectos de la separación judicial es el término de la sociedad conyugal o el régimen

de participación en los gananciales. Se agrega a las causales de término del matrimonio la sentencia de divorcio.

No se pronuncia sobre la filiación. Al efecto, el artículo 36 expresa en su primera parte que: "No se alterará la filiación ya determinada ni de los deberes y responsabilidades de los padres separados en relación con sus hijos."

Tampoco modifica los derechos hereditarios, con la salvedad que la separación judicial priva al cónyuge culpable de llevar parte alguna en al herencia abintestato de su marido o mujer.

V. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA LEY

La nueva normativa está inspirada en diversos principios que se deben tener en consideración, sobre todo para interpretar las distintas situaciones a que dé origen la normativa legal, pero que más bien son de carácter programático y no sustantivo, sobre todo porque no llevan aparejada sanción, o no se advierte su aplicación.

1. LA FAMILIA COMO NÚCLEO FUNDAMENTAL DE LA SOCIEDAD Y EL MATRIMONIO COMO BASE PRINCIPAL DE LA FAMILIA.

ARTÍCULOS. 1, 2, 3, 36, 67, 85

El artículo 1º, inc. 1º de la Ley señala que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo el matrimonio la base principal de la familia.- Artículo 1, inc. 1º.

Aquí se advierte que la primera parte del artículo repite lo que prescribe la Constitución Política del Estado en su artículo 1º, inciso 2º.

El legislador no define familia, lo que habría sido aconsejable, dado que hoy se discute esta noción y sobre todo por la ausencia de nuestro ordenamiento jurídico de dicho concepto, no obstante ser recurrente y cada vez más usado. En nuestra legislación se recurre al artículo 815 del C.C., en materia de derecho de uso y habitación, el cual resulta obsoleto.

Esta segunda parte de la disposición, al expresar que el matrimonio es la base principal de la familia, ha dejado abierta la posibilidad y el reconocimiento a la existencia de otras uniones, diferentes al matrimonio, que también deben gozar de protección. Ello fue discutido en la Comisión de Legislación, Justicia y Reglamento. Incluso se planteó la posibilidad de incorporar en el texto la mención a las uniones de hecho, lo que fue desestimado.

En todo caso, se descartó la idea de uniones entre personas del mismo sexo, lo que en otros países se ha regulado pero en ningún caso con el nombre de matrimonio, sino que se denominan "Pactos de Convivencia".

Por otro lado y como aplicación de este principio, el artículo 2° de la Ley de Matrimonio Civil señala: que la facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si tiene edad para ello. Se le entrega al juez la obligación de velar para el cumplimiento de este derecho, tomando todas las providencias necesarias para posibilitar su ejercicio legítimo cuando, por acto de un particular o de una autoridad, sea negado o restringido arbitrariamente.

Se reconoce en la norma uno de los atributos de la libertad nupcial, contemplada en el Derecho comparado, los que son:

- a. derecho a contraer matrimonio;
- b. derecho a elegir libremente al cónyuge;
- c. derecho a no contraer matrimonio.

El Pacto de San José de Costa Rica contempla en su artículo 17 el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia, pero los somete a ciertos requisitos: tener la edad y las condiciones requeridas para ello con las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación. Es decir, no es un derecho absoluto.

Al señalar que el juez tomará, a petición de cualquier persona, las providencias necesarias, el legislador ha otorgado acción popular, que es una acción de amparo para casarse en caso de que un particular o una autoridad hubiese realizado algún acto que importe una negativa o restricción arbitraria para el ejercicio del derecho a contraer matrimonio.

Este Tribunal debería ser el de familia. Mientras no estén establecidos deberá aplicarse el artículo 5 del C.O.T. No se establece un procedimiento para la adopción de tales medidas.

Así entonces, de conformidad a la Ley, esta facultad se concreta no sólo en la libertad para contraer matrimonio, sino que también para reconstruir la vida afectiva en caso de disolución del vínculo.

Ahondando en este principio, hay normas de la Ley que intentan una adecuada preparación para el matrimonio, como lo es el artículo 10, donde se establece la obligación para el Oficial del Registro Civil, en el momento de la manifestación, de proporcionarles información a los interesados acerca de las finalidades del matrimonio, los derechos y deberes recíprocos y los distintos regímenes patrimoniales del mis-

mo. Agrega el inciso 3° que deberá además comunicarles la existencia de cursos de preparación para el matrimonio, si no acreditan que los han realizado. Los futuros contrayentes podrán eximirse de estos cursos de común acuerdo, declarando que conocen suficientemente los derechos y obligaciones del estado matrimonial.

Estos cursos, agrega el artículo 11, buscan promover la libertad y seriedad del consentimiento matrimonial.

Así también, el artículo 67, a propósito de la conciliación donde dispone que, solicitada la separación o el divorcio, el juez deberá llamar a las partes a una audiencia de conciliación especial, 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. El juez, agrega el artículo 69, debe proponerle personalmente bases de arreglo.

Los artículos 71 y siguientes que consagran la mediación van encaminados en el mismo sentido, pero basta que uno de los cónyuges no esté de acuerdo con someterse a ella para que se omita la misma.

2. EL INTERÉS SUPERIOR DE LOS HIJOS Y DEL CÓNYPUGE MÁS DÉBIL

Las materias de familia deberán ser resueltas cuidando proteger el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil. Artículo 3°, inc. 1°.

En esta norma se estimó hablar de hijos y no de menores recordando que la legislación no sólo protege a estos últimos, sino que también a los descendientes que han alcanzado la mayoría de edad, como ocurre, por ejemplo, en el caso de la pensión alimenticia, la que de conformidad al artículo 332 se extiende a los 28 años en caso de que los descendientes estén estudiando una profesión u oficio.

a. El interés superior de los hijos

En nuestra legislación ya estaba incorporado el concepto de la protección del interés superior del menor. Se introdujo en el derecho vigente en Chile junto con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de la que Chile es parte. Ésta establece que los órganos del Estado se obligan a resolver el litigio y los problemas de familia en que estén involucrados los menores, considerando siempre el interés superior del menor.

La Convención de los Derechos del Niño no define qué se entiende por interés superior de éste, pero implica obviamente el respeto de sus derechos fundamentales. Ahora bien, dentro de sus derechos fun-

damentales está el ser oído, pero ello no puede ser una cosa formal, de cumplir con el trámite de citación, sino que de verdaderamente incorporar, de acuerdo a su estado de madurez, su opinión en las decisiones asumidas.

Sin embargo, muchas veces, el interés superior del menor es precisamente que sus padres sigan unidos en matrimonio.

Al efecto, el artículo 36 de 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.

Pero, el reducir los efectos negativos de la separación, no reduce el efecto negativo que ella lleva en sí. ¿Podría el juez negar lugar a la separación en aras del interés del menor? Al parecer, ello no es posible.

Existen a lo largo de la ley varias disposiciones que recogen este principio, fuera de la ya mencionada, entre ellas:

- i. En caso de separación de hecho, el artículo 21 establece la posibilidad de los cónyuges de regular sus relaciones mutuas, y el inciso 2° agrega que si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquel de los padres que no los tuviere bajo su cuidado. Estos acuerdos deben respetar los derechos irrenunciables.
- ii. En materia de separación judicial, el artículo 27 repite la misma idea, en orden a que, cuando se solicite conjuntamente la separación judicial, deberá acompañarse un acuerdo que regule en forma completa y suficiente las relaciones mutuas y las que se tengan respecto a los hijos. Agrega la norma: "el acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita".
- iii. En materia de divorcio, el artículo 54 de la Ley, también reglamenta la existencia de los acuerdos que regulen en forma completa y suficiente las relaciones de los cónyuges con los hijos.
- iv. En materia procesal, existe igual principio; el artículo 85, inc. 2° de la Ley, señala: "cuando existieren menores de edad comprometidos, el juez deberá considerar especialmente el interés superior del niño y oír a aquel que esté en condiciones de

formarse un juicio propio, teniendo debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, y al resolver todos los asuntos relacionados con su persona y bienes.”

b. Alcance que tiene la expresión cónyuge más débil

Histórica y socialmente se ha considerado que la mujer es la que se encuentra en una situación de mayor desamparo, de desmedro económico o de vulnerabilidad social.

Sin embargo, el Código Civil ha ido evolucionando en esta materia y es así como instituciones que protegían a la mujer han ido desapareciendo, me refiero a normas protectoras contenidas en la sociedad conyugal, como las que le otorgaban al marido la potestad marital, esta última en que se subordinaba a la mujer respecto del hombre, o aquéllas que señalaban que la mujer le debe obediencia al marido, y éste le debe protección, también la obligación de la mujer de seguir al marido dondequiera que éste trasladase su residencia, a menos que ello pusiere en peligro su vida.

Estas normas poco a poco se han ido modificando y se intenta proteger a la familia y al cónyuge sobreviviente, como, por ejemplo, así ocurre en caso de muerte. En tal sentido, la porción conyugal que nace históricamente ligada a la dote y a la mujer fue derogada por la Ley 19.585, y se protege indistintamente al cónyuge sobreviviente, incluso en desmedro de los hijos.

Lo mismo ocurre en materia de bienes familiares, normas de los artículos 141 y siguientes del C.C. que otorga sólo acción para solicitar la declaración de bien familiar, al cónyuge, cualquiera de ellos, con la exigencia que se trate del inmueble que sirva de residencia principal de la familia.

Igual tendencia se advierte en la institución del derecho preferente del cónyuge de adjudicarse la vivienda familiar, contenida en el artículo 1337 N° 10, introducido por la Ley 19.585 de 1998.

Y en materia de regímenes patrimoniales, la introducción del régimen de participación en los gananciales, pone a ambos cónyuges en un pie de igualdad, dándole acceso al crédito a aquél que en definitiva ha tenido menos éxito en su desarrollo profesional o laboral. No se distingue entre el hombre y la mujer.

La nueva Ley de Matrimonio Civil se refiere al cónyuge más débil en muchas de sus disposiciones. De partida dentro de la declaración de sus principios está el proteger al cónyuge más débil, y más adelante se refiere a éste, al legislar sobre la compensación, separación de hecho, donde se exige que se presenten acuerdos regulatorios, en la

separación judicial, en el divorcio, nulidad, etc. Así, por ejemplo, en materia de mediación señala en el artículo 74 que el mediador se cerciorará que los cónyuges se encuentren en igualdad de condiciones para adoptar acuerdos. Si no fuere así, propondrá o adoptará, en su caso, las medidas necesarias para que se obtenga ese equilibrio. De no ser ello posible, declarará terminada la mediación.

En definitiva, la Ley no define cuál es el cónyuge más débil, pero de sus diversas disposiciones denota que el equilibrio se restablecerá por la vía económica, por lo que preferentemente su marco será patrimonial, sin perjuicio de que también se consideren otros factores, como su edad, estado de salud, situación previsional.

Es así como el cónyuge más débil será aquél que económicamente está en una situación de desmedro frente al otro, pues el artículo 62 de la ley se refiere al menoscabo económico y el beneficio y su cuantía se establece para el cónyuge más débil atendiendo a factores como su posibilidad de acceso al mercado, edad, el no haber podido desarrollar una actividad remunerada o lucrativa o haberlo hecho en un grado menor que el otro como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o labores propias del hogar (artículo 61), situación patrimonial, estado de salud, etc.

3. OBLIGACIÓN DE LOS TRIBUNALES DE PROCURAR LA PERMANENCIA DEL VÍNCULO

Los Tribunales al conocer de las causas de familia deberán procurar preservar y recomponer la vida en común en la unión matrimonial válidamente celebrada, cuando ésta se vea amenazada, dificultada o quebrantada, artículo 3º, inc. 2º.

Ésta no es más que una mera declaración de principios, de carácter programático, donde se advierte la lucha interna que existió en el trámite legislativo de la Ley, toda vez que en las diversas instituciones que se consagran difícilmente el juez va a tener la posibilidad de recomponer el vínculo.

Por ejemplo, se dispone que el llamado a conciliación será obligatorio y que el juez le propondrá a las partes bases de arreglo, "procurando ajustar las expectativas de cada una de las partes", como lo expresa el artículo 69. Sin embargo, este procurar ajustar las expectativas está encaminado a los arreglos pecuniarios más que a las bases para preservar el vínculo, sobre todo porque, como lo señala el artículo 67, si bien el juez procurará examinar las condiciones que hagan posible superar el conflicto conyugal y verificar la disposición de las partes para la posible conservación del vínculo, el paso siguiente e

inmediato es proponer arreglos en materia de tuición, alimentos, relación directa y regular con los hijos, patria potestad.

Asimismo, en materia de mediación se establece en el artículo 71 que éste procederá cuando ambas partes lo solicitaren, o cuando no se haya producido acuerdo en las materias propias del cese de la convivencia.

Dentro de este principio, el artículo 3° señala que los tribunales deben conciliar la nulidad, separación o divorcio con los derechos y deberes provenientes de las relaciones de filiación y con la subsistencia de una vida familiar compatible con la ruptura o la vida separada de los cónyuges, artículo 3°, inc. 3°

VI. DISPOSICIONES TRANSITORIAS

La ley contiene 8 artículos transitorios:

1. NORMAS DE CARÁCTER PROCESAL

1.1. Procedimientos que se inicien con posterioridad a la vigencia de la nueva ley y antes de la instalación de los tribunales de familia

El artículo 1° resuelve la situación de la competencia mientras no se creen los Tribunales de Familia, señalando que no se aplicará lo dispuesto en los artículos 87 y 88 de esta Ley y estableciendo lo siguiente:

a. El juez competente para conocer de las causas de nulidad, separación judicial o divorcio será el juez de letras del domicilio del demandado.

Asimismo, este juez tendrá competencia para conocer de las acciones para regular el régimen de alimentos, el cuidado personal de los hijos o la relación directa y regular que mantendrá con ellos. Asimismo, resolverá las cuestiones sobre régimen de bienes, y todo ello deberá deducirse conjuntamente con la demanda o en la demanda reconventional.

En consecuencia, existe unidad de competencia.

b. Cuando los cónyuges solicitaren conjuntamente que se declare su separación judicial, se regulará de acuerdo a las normas del Título I, Libro IV del C.P.C., esto es, los actos judiciales no contenciosos.

c. Las demás acciones, nulidad, separación judicial no conjunta, nulidad y divorcio se tramitarán conforme a las normas del procedimiento ordinario, con algunas modificaciones:

- Si se sometieren al conocimiento del Tribunal otras materias, como regulación de una relación directa y regular, alimentos, etc., se tramitarán como incidentes, en cuaderno separado y se resolverán en la sentencia definitiva;
- El momento para llamar a conciliación, de conformidad al art. 68, es una vez deducida la demanda. En consecuencia, la providencia que deberá recaer en la demanda, será que vengan las partes a comparendo de conciliación. Si no se alcanzare la conciliación, y no se ordenare efectuar un proceso de mediación, la contestación de la demanda y la reconvencción en su caso, se deberán deducirse oralmente al término de la audiencia.

Pero si hay mediación y no se llegare acuerdo se levantará un acta, y la contestación de la demanda y reconvencción en su caso, deberán presentarse dentro de los 10 días siguientes a la fecha en que se efectúe la notificación por cédula de la resolución que aprueba el acta de mediación en la cual no se obtuvo acuerdo.

Las excepciones dilatorias deben deducirse en la contestación de la demanda y se tramitan junto a las demás excepciones, en forma conjunta a la cuestión principal:

- De la reconvencción se dará traslado por 5 días a la demandante,
- No proceden los trámites de réplica y dúplica,
- La prueba se rendirá en la forma establecida para los incidentes,
- Vencido el término probatorio, el tribunal de inmediato citará a las partes a oír sentencia,
- La prueba confesional no será suficiente para acreditar el cese de la convivencia,
- Existe una lista complementaria de peritos, formadas por la Corte Suprema,
- La prueba se apreciará conforme a las reglas de la sana crítica,
- La apelación de la sentencia se concederá en ambos efectos; no se esperará la comparecencia de las partes y tendrá preferencia para la vista de la causa. Las demás resoluciones sólo serán apelables en el efecto devolutivo.

1.2. Situación de los matrimonios celebrados con anterioridad a la vigencia de la ley

Se registrarán por esta ley en lo relativo a la separación judicial, al divorcio y a la nulidad de matrimonio.

Sin embargo, las formalidades y requisitos externos y las causales de nulidad se rigen por la ley vigente al momento en que se contrajo el vínculo, pero no se puede hacer valer la causal de incompetencia del Oficial del Registro Civil, prevista en el artículo 31, de la Ley de Matrimonio Civil de 1884.

Tampoco regirán las limitaciones de los artículos 22 y 25 para acreditar el cese de la convivencia. Se faculta al juez para no dar por establecido el cese de la convivencia si no se forma plena convicción a través de los medios de prueba aportados al proceso.

Los juicios de nulidad ya iniciados se continuarán tramitando de conformidad a la ley vigente al momento de deducirse la demanda, a menos que las partes soliciten al juez continuar su tramitación de acuerdo a las reglas que prevé esta ley. (Curiosa la solución porque las leyes procesales rigen *in actum*, y aquí disposiciones de orden público se dejan entregadas a la autonomía de la voluntad).

Los juicios por divorcio perpetuo o temporal ya iniciados a la vigencia de la presente ley se continuarían tramitando como juicios de separación judicial, bajo el procedimiento regulado al momento de deducir la demanda. Las partes podrán solicitar al juez que se tramite conforme las reglas del Título I del Libro IV del C.P.C.

El término de los juicios no impide que se interpongan las acciones que prevé la nueva ley.

Los que se hayan divorciado con anterioridad a esta ley tendrán el estado de separados y se regirán por lo dispuesto para los separados judicialmente. Sin embargo, no existe el estado civil de separados, no obstante la nomenclatura utilizada.

2. MODIFICACIONES AL CÓDIGO CIVIL

2.1. Disolución de los matrimonios en el extranjero y reconocimiento del vínculo contraído en el extranjero

Se suprimen los artículos 120 y 121 del C.C., referido el primero a los matrimonios disueltos en el extranjero de conformidad a las leyes de dicho país, y que no hubiesen podido disolverse en Chile, no habilitarán a ninguno de los dos cónyuges para casarse en Chile, mientras viviera el otro cónyuge.

Y el artículo 121 expresa que el matrimonio que según las leyes del país en que se contrajo, pudiera disolverse en él, no podrá sin embargo, disolverse en Chile, sino en conformidad a las leyes chilenas.

Los artículos 80 y siguientes de la Ley de Matrimonio Civil regulan el reconocimiento en Chile de los matrimonios celebrados en el ex-

tranjero, los que en cuanto a la forma y fondo se rigen por la ley extranjera, y producirá los mismos efectos en Chile, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer.

Agrega la norma que podrá ser declarado nulo si se ha contraído en contravención a los impedimentos dirimentes, o si no hay consentimiento libre y espontáneo.

En lo que se refiere al divorcio, el artículo 83 de la Ley expresa 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 C.P.C.

Agrega el inciso 2°, en ningún caso tendrá valor en Chile el divorcio que no haya sido declarado por resolución judicial o que de otra manera se oponga al orden público chileno.

Tampoco se reconocerá valor a las sentencias obtenidas en fraude a la ley. Se entenderá que hay fraude a la ley cuando el divorcio ha sido declarado bajo una jurisdicción distinta a la chilena, a pesar de que los cónyuges hubieren tenido domicilio en Chile durante cualquiera de los tres años anteriores a la sentencia que se pretende ejecutar, si ambos cónyuge aceptan que su convivencia ha cesado a lo menos ese lapso, o cualquiera de los cinco años anteriores a la sentencia, si discrepan acerca del plazo de cese de la convivencia. Esta norma se consagra el principio de la buena fe, el que infirma todo el ordenamiento jurídico.

2.2. Matrimonio putativo

Se suprime el artículo 122 referido al matrimonio putativo, pero éste se incorpora en la Ley, en su artículo 51, 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.

Si sólo uno de los cónyuges contrajo matrimonio de buena fe, éste podrá optar entre reclamar la disolución y liquidación del régimen de bienes que hubieren tenido o someterse a las reglas generales de la comunidad. Esto está inspirado en la doctrina francesa, especialmente Josseland; la misma solución existe en el Código Español.

Las donaciones o promesas que por causa de matrimonio se hayan hecho por el otro cónyuge al que se casó de buena fe, subsistirá, no obstante la declaración de nulidad del matrimonio.

Con todo, la nulidad no afectará la filiación ya determinada de los hijos, aunque no haya habido buena fe ni justa causa de error por parte de ninguno de los cónyuges. No importa la causal de nulidad. En el antiguo artículo 122 la causal debía ser la incompetencia del Oficial del Registro Civil, la falta o inhabilidad de los testigos.

Se agrega el artículo 52: "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". Antes se aplicaba el artículo 707 del C.C., entendiendo que era una disposición de alcance amplio.

Esta norma presenta algunas variables frente al artículo 122 derogado, y que recoge lo que la doctrina ya señalaba, esto es, que la buena fe se presume, que el cónyuge que esté de buena fe tiene la opción para determinar la forma de liquidar los bienes.

2.3. Impedimentos

El artículo 124, que establece un impedimento impediendo para el viudo o viuda que tenga hijos de precedente matrimonio o bajo tutela o curatela quiera casarse, debe proceder al inventario solemne de los bienes que esté administrando.

Se reemplaza la expresión viudo o viuda por el que teniendo hijos de precedente matrimonio.

Se ignora por qué esta obligación no existe para todo aquel que tenga hijos y quiera casarse, ya que con la Ley 19.595 existe patria potestad respecto a todos los hijos, matrimoniales o no matrimoniales. (El artículo 243 fue modificado en ese sentido)

2.4. Artículos referidos al divorcio

En todos los preceptos que el legislador se refería al divorcio, los reemplaza por la separación judicial.

2.5. Bienes familiares

Tratándose de los bienes familiares, se modifica el inciso final del artículo 145, que se refiere a la desafectación del bien como tal, incluyendo en la hipótesis no sólo el matrimonio nulo y el disuelto por muerte, sino también el disuelto por divorcio.

En el artículo 147, se suprime la expresión "o después de su declaración de nulidad". Esta norma permite afectar los bienes familiares con derecho de usufructo, uso o habitación. Ello ya no se permite

una vez declarada la nulidad, toda vez que el sistema que operará es otro, a través de la compensación económica. Ya la Ley 19.585 lo había modificado para el caso de la muerte permitiendo la adjudicación del bien que sea o haya sido la residencia principal de la familia (1337 N° 10 CC).

2.6. Regímenes matrimoniales

- Separación de bienes: Dentro de la separación de bienes, se modifica el artículo 155, incluyéndose dentro de las causales, si el marido incurre en alguna causal de separación judicial. Se reemplaza el artículo 159, que estaba referido a la mujer, haciéndolo extensivo a ambos cónyuges y disponiendo que “los cónyuges separados de bienes administran, con plena independencia el uno del otro, los bienes que tenían antes del matrimonio y los que adquieren durante éste, a cualquier título”. Agrega la norma: “Si los cónyuges se separaren de bienes durante el matrimonio, la administración separada comprende los bienes obtenidos como producto de la liquidación de la sociedad conyugal o del régimen de participación en los gananciales que hubiere existido entre ellos”.
- Se otorga la posibilidad de pactar régimen de participación en los gananciales de conformidad al artículo 1723, en el caso de separación convencional, o en el caso de reanudación de la vida en común, luego de decretada la separación judicial.
- La separación judicial trae consigo el término de la sociedad conyugal. En consecuencia, es una forma del marido de obtener la disolución de la sociedad conyugal, en circunstancias que tradicionalmente la acción para poner término a la sociedad conyugal sólo corresponde a la mujer. Antes se aplicaba al divorcio perpetuo, pero en éste había causal; ahora bastará el cese de la convivencia, de conformidad al artículo 27 de la Ley.

2.7. Prestaciones alimenticias

Se modifica el artículo 175 referido a las prestaciones alimenticias entre los cónyuges, manteniendo la obligación en caso de separación judicial (antes se refería al divorcio); el juez reglará la contribución teniendo en especial consideración la conducta que haya observado el alimentario antes del juicio respectivo, durante su desarrollo o con posterioridad a él.

2.8. Derecho sucesorio

En materia sucesoria, se modifica el artículo 994, en el sentido que el cónyuge separado judicialmente, que hubiere dado motivo a la separación por su culpa, no tendrá derecho a la herencia abintestato de su mujer o marido.

2.9. Donaciones

En el artículo 1790 se agrega un inciso que permite revocar las donaciones en caso de separación judicial o divorcio, respecto del cónyuge culpable.

2.10. Compraventa

Se reemplaza el artículo 1796 referido a la compraventa, el que permitía el contrato de venta entre cónyuges divorciados perpetuamente, lo que reemplaza: "Es nulo el contrato de compraventa entre cónyuges no separados judicialmente".

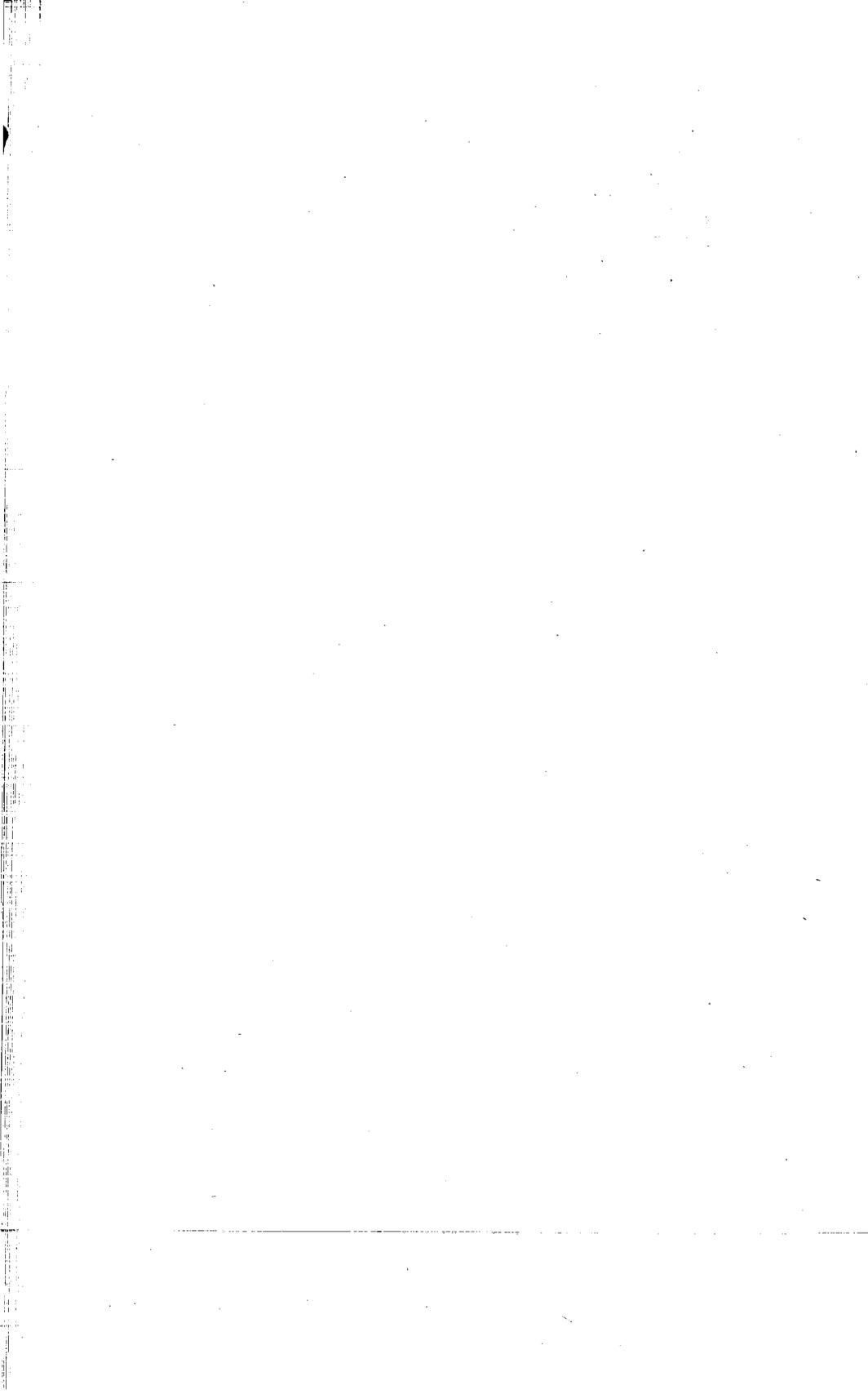
2.11. Prescripción

Se modifica el artículo 2509 referido a la prescripción: "No se suspende la prescripción en favor de la mujer separada judicialmente de su marido".

3. OTRAS MODIFICACIONES

1. Se adecuan las normas de la Ley 4.808 a la necesidad de inscribir el acta del matrimonio celebrado ante la entidad religiosa.
2. En materia de adopción, permite la adopción por parte de personas separadas judicialmente, en la medida que hubieren iniciado la tramitación antes de la sentencia de separación judicial.
3. En materia procesal, se hacen las adecuaciones correspondientes para que se puedan ventilar en un solo proceso todas las materias referidas a los acuerdos.
4. En materia penal, se reemplaza el artículo 383 por el siguiente: "El que engañare a una persona simulando la celebración de matrimonio con ella, sufrirá la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo".

Hay otras modificaciones referidas a la inscripción del matrimonio, su obstaculización o la inscripción de un matrimonio prohibido por la Ley. También para el ministro de culto que, con perjuicio de tercero, cometiere falsedad en el acta.



EL RÉGIMEN DE LOS REQUISITOS DEL MATRIMONIO Y DE LA NULIDAD EN LA NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL*

HERNÁN CORRAL TALCIANI

Doctor en Derecho (U. de Navarra)

Profesor de Derecho Civil

Universidad de los Andes

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. LA APLICABILIDAD DE LAS NOCIONES DE REQUISITOS Y NULIDAD

Las nociones técnicas de requisitos de validez y de nulidad aplicadas al matrimonio no son algo tan obvio como pudiera pensarse. En realidad, son derivaciones de una particular manera de concebir el consorcio matrimonial, de un concreto modelo legal de reconocimiento de la vida marital. Si el consorcio matrimonial, como entre los romanos, consiste en tratarse como marido y mujer con voluntad continuada, estamos más bien en el plano de las situaciones fácticas, aunque reconocidas legalmente (como la posesión), frente a las cuales no es posible hablar propiamente de requisitos de validez ni de nulidad¹. Sólo cuando la ciencia canónica descubra que el matrimonio

* El texto del trabajo ha sido compuesto teniendo como base lo que fuera originalmente la conferencia ofrecida por el autor el 30 de mayo de 2004, en el Seminario Nueva Ley de Matrimonio Civil, organizado por el Colegio de Abogados de Chile, reelaborada y adicionada con reflexiones posteriores para su exposición en el Seminario de la Academia Judicial los días 13 y 14 de octubre de 2004.

¹ Navarro-Valls, Rafael, *Matrimonio y Derecho*, Tecnos, 1994, p. 21, señala que si bien el derecho romano clásico no desconocía la categoría jurídica de la nulidad del matrimonio, "nunca acuñó una terminología rigurosa ni elaboró una teoría general de las causas

nace de un acto jurídico fundacional que es el consentimiento entre hombre y mujer hábiles para constituir una familia, será posible hablar de requisitos de validez del matrimonio y, por lógica consecuencia, deberá regularse un estatuto para la sanción que se producirá cuando se omitan dichos elementos constitutivos: nacerá así la institución de la declaración de nulidad matrimonial, cuyo conocimiento se atribuirá en esa época a los tribunales de derecho organizados al interior de la Iglesia Católica².

Los requisitos de validez del matrimonio se centraban en el principio, arduamente conquistado por la ciencia canónica, de que el consentimiento de los esposos es el que hace las nupcias: *consensus facit nuptias*. Por ello serán capítulos de nulidad los hechos que impidan que ese consentimiento sea eficaz, como el error, la fuerza o el dolo. Además, el consentimiento debía prestarse por personas capaces para consumar y asumir la vida matrimonial. Algunas personas son consideradas inhábiles para contraer ya sea absolutamente ya sea relativamente. Nacen entonces los impedimentos que, por anular el matrimonio, se dicen "dirimientes" (por oposición a los impeditentes, cuya trasgresión hace ilícito pero no inválido el matrimonio).

Muy tardíamente y sólo frente a los abusos y problemas que planteaban los llamados matrimonios clandestinos, celebrados por los esposos sin intervención formal de un sacerdote, el Concilio de Trento, mediante el decreto *Tametsi* (1563), exigió como requisito de validez del matrimonio que el consentimiento fuera recibido por un ministro de culto competente (párroco propio) y dos o tres testigos. Aparecen entonces las causales de nulidad por vicios en la forma³.

de nulidad". En el mismo sentido, Hanisch Spíndola, Hugo, "Notas sobre la historia de la doctrina y legislación del matrimonio", en *Revista de Derecho* (U. Católica de Valparaíso, III (1979), p. 43, afirma que si bien para los romanos era importante el consentimiento de los cónyuges el matrimonio se mantenía mientras durara la *afectio maritalis*, por lo que "el matrimonio constituía en sí un hecho social en que influyen todos los factores de la convivencia humana y no la expresión pura de un vínculo técnico-jurídico".

² Según Navarro-Valls, R., ob. cit., pp. 20 a 21, la elaboración doctrinal de la nulidad, como institución diversa de la separación o divorcio, con referencia a vicios consensuales y a incapacidades que se denominan dirimientes, es alcanzada por la ciencia canónica de los siglos XI-XII.

³ Cfr. Navarro-Valls, R., ob. cit., pp. 28 y ss.

2. LOS REQUISITOS DEL MATRIMONIO Y LA NULIDAD EN LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL DE 10 DE ENERO DE 1884

Con el proceso de secularización del siglo XIX la regulación matrimonial pasó de ser remitida al Derecho Canónico, a ser materia de competencia de la legislación estatal. Pero no hay un cambio de sustancia del concepto de matrimonio: se trata de un contrato institucional que compromete a los cónyuges de manera perdurable para fundar una familia. Sólo que ahora en vez de celebrarse ante el sacerdote se contrae ante un funcionario público. Y si bien se simplifican los impedimentos canónicos, que eran numerosos, la nulidad matrimonial siguió manteniendo más o menos las mismas características, ahora como materia de conocimiento de los tribunales civiles.

Así, sucede en el Código Civil francés de 1804. Entre nosotros, hubo que esperar hasta la ley de 10 de enero de 1884 para que se estableciera el matrimonio civil obligatorio. Como es sabido, dicha ley, a pesar de ser promovida por el laicismo liberal de la época y contra la férrea oposición de la jerarquía de la Iglesia chilena, innovó muy poco en lo relativo al contenido y naturaleza del matrimonio, dejando incólume la solemne definición de Andrés Bello del art. 102 del Código Civil y regulando únicamente los requisitos de validez, la nulidad y el divorcio no vincular (el único conocido por el derecho canónico de la época).

En materia de requisitos se restringieron los impedimentos canónicos a los de impubertad, vínculo matrimonial no disuelto, impotencia, demencia, sordomudez, parentesco en línea recta y en el segundo grado de la colateral consanguínea, homicidio y adulterio. Se reconocieron como vicios del consentimiento el error sobre la identidad, la fuerza y el rapto de la mujer. Finalmente, en materia de forma se reguló la formalización del matrimonio ante el funcionario público: el Oficial del Registro Civil, compuesta de tres etapas: la manifestación de la intención de contraer matrimonio por parte de los contrayentes, la información de dos testigos sobre la ausencia de impedimentos y la celebración propiamente tal también ante dos testigos hábiles. Después de ello debía firmarse un acta e inscribirse en el Registro. De todas estas formalidades, sólo se consideraron causales de nulidad (siguiendo la ley canónica de la época)⁴ la incompetencia del Oficial del Registro Civil y la falta de testigos hábiles en la celebración.

⁴ Cfr. Salinas Aranedo, Carlos, "Derecho Canónico, matrimonio y nulidad", en *Revista de Derecho* (Universidad Católica de Valparaíso), XV (1993-1994), pp. 603-604.

Como es bien sabido, la práctica forense daría una aplicación distorsionada a esta regulación bastante completa de la nulidad matrimonial. Una cierta presión social junto con una tolerancia o complicidad de alguna jurisprudencia permitió que la causal de incompetencia del Oficial del Registro Civil se utilizara para simular juicios de nulidad en los que existía previo concierto entre los cónyuges para extinguir sus compromisos conyugales y recuperar su libertad nupcial. La Corte Suprema, a contar de 1925, daría apoyo a la teoría, según la cual la prueba testimonial rendida en el juicio de nulidad podía prevalecer como prueba sobre las declaraciones de los mismos contrayentes y de los testigos de la información contenidas en el acta e inscripción del matrimonio⁵.

Las nulidades por incompetencia han sido una de las principales motivaciones o pretextos para dictar la nueva ley. Decimos pretexto, porque todos sabían que el fraude se podría haber eliminado por el simple expediente de suprimir la causal o restando valor a la prueba testimonial. Pero quienes abogaban por la supresión de la llamada "hipocresía" de las nulidades usaban ese argumento para pedir que se autorizara el divorcio vincular, y no ya por mutuo consentimiento (como era el que permitía el procedimiento abusivo de las nulidades), sino el unilateral.

3. LOS REQUISITOS Y LA NULIDAD EN LA DISCUSIÓN DE LA NUEVA LEY

Ya en el proyecto parlamentario con el que se que inició la discusión de lo que sería la Ley N° 19.947⁶, se contemplaba una nueva regulación de los requisitos de validez del matrimonio y de la nulidad del vínculo.

En términos generales, dos grandes ideas trasuntan toda la nueva normativa e incluso, a veces, se presentan en conflicto. Por una parte, se pretende terminar con los juicios fraudulentos de nulidad, ya sea mediante la eliminación de las causales formales o por medio de sujetarlas a plazos breves de prescripción. Pero, por otro lado, se estima necesario reformular algunas incapacidades o vicios del consentimiento para ponerlos al día con los avances de las ciencias de la

⁵ Cfr. C. Sup. 30 de julio de 1925, *RDJ* t. XXIII, sec. 1ª, p. 659. Curiosamente en este caso la nulidad no fue simulada, sino que hubo un proceso contradictorio. La nota aprobatoria de la sentencia por parte de don Arturo Alessandri Rodríguez haciendo ver que el Derecho debía a veces saltarse los principios para atender a los hechos sociales sin duda influirá en la aceptación posterior de esta doctrina incluso en casos en los que la simulación era manifiesta.

⁶ Cuando se mencionen artículos sin indicar su origen debe entenderse que pertenecen a la nueva Ley N° 19.497.

psicología y con los progresos jurídicos del mismo Derecho Canónico Matrimonial, que ha introducido nuevas causales de nulidad en el Código de 1983. Es cierto que la apertura de estas causales presenta el riesgo de que puedan ser utilizadas fraudulentamente. Por eso se intenta una redacción más precisa, e incluso una causal de nulidad canónica como la simulación es rechazada finalmente en la discusión final en la Sala del Senado⁷. La consagración de un divorcio por simple cese de la convivencia atenuó la preocupación parlamentaria por la introducción de nuevas causales de nulidad inspiradas en el Derecho canónico actual.

El mantenimiento del impedimento de impotencia perpetua e incurable fue otro de los puntos que generó controversia. Una visión del matrimonio como mera comunidad de afectos, basado más en la subjetividad de los consortes que en la objetividad de la complementariedad sexual que implica un concepto objetivo de la alianza conyugal, hacía antipático negar la posibilidad de casarse a quienes no podían realizar la cópula sexual. Sólo se admitía en caso de ocultamiento de esa condición por parte del cónyuge afectado y el engaño o error consiguiente del que contraía con él, pero en tal caso era posible subsumir esa situación en el vicio de error sobre las cualidades personales, de manera que finalmente se convino en la derogación de la impotencia como impedimento dirimente del matrimonio y causal de nulidad del mismo⁸.

II. LOS REQUISITOS DEL MATRIMONIO EN LA LEY N° 19.947

1. DISTINCIÓN NECESARIA: REQUISITOS DE EXISTENCIA Y DE VALIDEZ

La Ley N° 19.947 señala ya en su primer artículo que uno de sus objetos es regular “los requisitos para contraer matrimonio” así como “la forma de su celebración”. La misma distinción entre requisitos de validez y formalidades aparece en la división del capítulo II de la Ley. Sin embargo, el art. 4° asimila a la capacidad y al consentimiento

⁷ Cfr. sesión 24ª, ordinaria, de 7 de enero de 2004, p. 528 y ss.

⁸ Cfr. La discusión de la sala del Senado en sesión ordinaria 24ª, de 7 de enero de 2004, p. 498 y ss. El texto del 2° informe de la Comisión ya había relajado el impedimento exigiendo que fuera desconocido por el otro contrayente. Frente a ello, se observó que como tal la norma no era necesaria, ya que “si la potencia sexual del cónyuge fue determinante para los efectos de otorgar el consentimiento, y este hecho era desconocido, se aplicaría el mencionado número 2° del artículo 8 [es decir, el error sobre cualidad personal]” (Senador Sergio Fernández, en la señalada sesión, p. 503).

como requisitos de la celebración del matrimonio el hecho de "que se hayan cumplido las formalidades que establece la ley".

La ley se preocupa explícitamente sólo de los requisitos de validez, cuya ausencia castiga con la nulidad. Resulta manifiesto, sin embargo, que sigue manteniéndose la exigencia de requisitos constitutivos esenciales, cuya falta produce no nulidad (ya que la ley no ha previsto la causal específicamente) pero sí la inexistencia del acto matrimonial.

Deben distinguirse, en consecuencia, como hacía la mayor parte de la doctrina anterior a la Ley N° 19.947, entre los requisitos de existencia y los requisitos de validez⁹.

2. REQUISITOS DE EXISTENCIA

La doctrina tradicionalmente ha caracterizado tres requisitos de existencia del matrimonio¹⁰:

1º) El consentimiento matrimonial

La ley declara como causal de nulidad la presencia de un consentimiento viciado por error o fuerza, pero es menester hacerse cargo de la situación que sucede cuando no hay voluntad matrimonial en absoluto por parte de uno o ambos contrayentes. En estos casos, falta el presupuesto básico de todo matrimonio y éste no puede nacer a la vida del Derecho. Es inexistente.

La simulación, aunque no recogida como causal de nulidad, puede ser vista como una forma de inexistencia del matrimonio simulado por falta de consentimiento¹¹. Lo mismo sucederá si uno o ambos contra-

⁹ La doctrina tradicional ha seguido la división; Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Edit. Jurídica de Chile, reimp. de la 2ª edic., Santiago, 1992, t. I, N° 527, p. 292, quien remonta a Zachariae la aplicación de la distinción entre inexistencia y nulidad al matrimonio. En contra, Velasco Letelier, Eugenio, *De la disolución del matrimonio*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1973, pp. 72-74, sostiene que la única sanción que reconocía la anterior Ley de Matrimonio Civil era la nulidad. Los autores que escriben sobre la nueva ley también se pronuncian por el acogimiento implícito de los requisitos de existencia: así, Ramos, René, *Derecho de Familia*, Edit. Jurídica de Chile, 5ª edic., Santiago, 2005, t. I, N° 13, pp. 34-35; Court Murasso, Eduardo, *Nueva Ley de Matrimonio Civil*, Universidad Adolfo Ibáñez-Legis, Santiago, 2004, pp. 5-6; López Díaz, Carlos, *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*, Librotecnia, Santiago, 2005, pp. 147-148.

¹⁰ Claro Solar, L., ob. cit., t. I, N° 527, p. 292; Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho de Familia*, Nascimento, 2ª edic., Santiago, 1963, N° 15, p. 29.

¹¹ Como justificación para no incorporarla en el texto de la ley, se hizo ver que en caso de un matrimonio simulado se podrían aplicar las reglas generales de la simulación de los contratos: "Por otra parte, lo relativo a los contratos simulados se regula por ley. Por lo tanto, la víctima de una convención de tal naturaleza siempre podrá recurrir ante los tribunales para probarlo. ¿Quién tendría que ejercer la acción? El tercero que se sienta

yentes ponen condiciones o plazos, ya que el Código Civil exige que el consentimiento matrimonial sea "actual", es decir, no sujeto a modalidades¹².

2º) La heterosexualidad: la conservación de la definición de matrimonio del art. 102 como contrato entre hombre y mujer, conduce a mantener este requisito de existencia. Es más, el art. 80 de la Ley de Matrimonio Civil dispone que la ley chilena reconoce el matrimonio contraído en país extranjero, siempre "que se trate de la unión entre un hombre y una mujer".

3º) La celebración ante Oficial de Registro Civil o Ministro de Culto. Se mantiene el criterio aplicable bajo la normativa anterior que la presencia del Oficial del Registro Civil es un requisito de existencia del matrimonio. Pero ahora debe considerarse que la nueva ley permite la celebración ante un ministro de culto de una entidad religiosa con personalidad de derecho público, bajo la condición de que ese consentimiento se ratifique y se inscriba ante Oficial de Registro Civil. En tales casos el requisito no será la presencia del oficial, sino la del ministro de culto exigida por el art. 20 para su posterior ratificación e inscripción¹³.

4º) Falta de ratificación e inscripción del matrimonio religioso. Si el matrimonio religioso no se ratifica e inscribe en el plazo de 8 días previsto en el art. 20, "no producirá efecto civil alguno", es decir, civilmente se reputará inexistente¹⁴.

afectado por el mencionado contrato, pero puede impetrar las normas generales de la simulación, pues, obviamente, esto produce efectos patrimoniales". (Intervención del senador Espina: sesión 24ª, ordinaria, de 7 de enero de 2004, p. 530). Pero como señalan Barrientos Grandon, Javier y Novales Alquézar, Aránzazu, *Nuevo Derecho Matrimonial chileno*, LexisNexis, Santiago, 2004, pp. 119 y 120, la simulación matrimonial no es la misma que la de un contrato patrimonial. Hay simulación matrimonial no sólo cuando ambos cónyuges fingen el consentimiento, sino también cuando quien declara un consentimiento matrimonial que no es real es uno de los cónyuges. En tal caso, la acción no corresponderá a un tercero, sino al cónyuge afectado por la simulación. En todo caso, la actas dan fe de que los senadores pensaron que la norma era superflua por cuanto estaba contenida en la exigencia general de consentimiento para el matrimonio y su explicitación podía conducir a fraudes (cfr. intervención del senador Viera-Gallo, sesión 24ª, ordinaria, de 7 de enero de 2004, pp. 529 y 530).

¹² Otra solución proponen Barrientos, J. y Novales, A., ob. cit., p. 119. En su opinión, la condicionalidad podría dar origen a la incapacidad del Nº 4 del art. 5, es decir, constituir un caso de carencia de suficiente discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio.

¹³ En este sentido, López, C., ob. cit., p. 153.

¹⁴ Barrientos, J. y Novales, A., ob. cit., p. 191, estiman, a nuestro juicio acertadamente, que la posible declaración de nulidad de la inscripción (por falta de mención de los requisitos esenciales) no determinará la inexistencia del matrimonio religioso, si bien influirá en la prueba de su reconocimiento civil.

El plazo es muy breve por lo que hemos de admitir que el acto de ratificación e inscripción pueda ser realizado por un tercero mandado para ello por los cónyuges¹⁵.

Como queda dicho, se suprimió en la sala del Senado el impedimento de impotencia que indicaba la necesidad para que existiera matrimonio válido de que los cónyuges fueran capaces de realizar los actos propios de la procreación. Se estimó que, si había ocultamiento, el otro cónyuge podría pedir la nulidad por error en las cualidades personales. A nuestro juicio, incluso sin necesidad de ocultamiento, la capacidad para realizar la cópula sexual de un modo humano es un elemento esencial del matrimonio, que lo distingue nítidamente de otras asociaciones humanas que, por muy loables que sean (amistad, fraternidad, compañerismo, etc.), no cumplen el rol social específico del matrimonio. Este requisito está implícito en el art. 102 del Código Civil al indicar que los cónyuges se unen con el fin de procrear. Si por un impedimento absoluto e irreversible no pueden ni siquiera realizar los actos propios de la generación, son incapaces de formar verdadero matrimonio. Por ello, bien podría indicarse que la capacidad de realizar el acto sexual por parte de ambos cónyuges ha pasado a ser un requisito de existencia del matrimonio, cuya ausencia, constatada judicialmente, determinará su inexistencia¹⁶.

No es inocua la diferencia entre matrimonio nulo y matrimonio inexistente. Mientras el primero puede gozar del privilegio de producir efectos civiles en favor de los hijos o cuando es putativo en favor del cónyuge de buena fe, el segundo no puede producir efecto alguno en cuanto matrimonio. Además, la inexistencia opera *ipso iure*, no necesita declaración judicial, o más bien, si ésta es necesaria para precaver incertidumbres se limita a constatar que no existió matrimonio. Por lo mismo tal acción puede intentarla cualquier interesado (incluso moralmente) y sin límite de tiempo¹⁷.

¹⁵ Aunque la cuestión puede discutirse sobre la base del nuevo inciso 2º que la ley agrega al art. 15 de la Ley de Registro Civil, pensamos que tienen más peso los argumentos favorables a la procedencia de la representación en este caso, en cuanto ello facilita la aplicación práctica de una norma que si ha sido dictada es para que pueda operar y puesto que la ley permite que el mismo consentimiento matrimonial pueda manifestarse a través de mandatario (art. 103 CC). Sería absurdo que procediera el poder para contraer matrimonio ante el Oficial del Registro Civil, pero no para ratificar un consentimiento ya prestado en sede religiosa. Cfr. Corral Talciani, Hernán, "Una ley de paradojas. Comentario a la Nueva Ley de Matrimonio Civil", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2, 2004, pp. 260-261.

¹⁶ Así lo entendía ya Luis Claro Solar, que en su tratado señala la semejanza que existe entre el defecto de la homosexualidad con el de la impotencia (ob. cit., t. I, Nº 528, p. 223).

¹⁷ Cfr. Somarriva, M., ob. cit., Nº 16, p. 30.

3. LOS REQUISITOS DE VALIDEZ

3.1. Capacidad legal de los contrayentes

a) Regla general en materia de capacidad. *El ius conubii*

La capacidad matrimonial es una capacidad especial de las que trata el art. 1447 inciso final del Código Civil, pero la regla general es la misma: toda persona se reputa capaz, salvo aquéllas que la ley señale expresamente como incapaces. Esta regla, en materia matrimonial, se fortalece con el reconocimiento como un derecho fundamental de todo varón y toda mujer a contraer matrimonio: el llamado *ius conubii*. Reiterando lo que ya se señalaba en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (art. 17.2), la ley ha querido señalar expresamente que “la facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello” (art. 2 inc. 1°). Se prevé, además, que el juez, a petición de cualquier persona, puede tomar las providencias convenientes para posibilitar el ejercicio legítimo de este derecho, cuando por acto de un particular o de una autoridad sea negado o restringido arbitrariamente (art. 2 inc. 2°).

Es discutible si con ello quedan derogadas todas las disposiciones legales que pudieran restringir la facultad de casarse a ciertas personas integrantes de determinados oficios o profesiones. Parece claro que no será una privación arbitraria aquella que se funde en el no cumplimiento de los requisitos que el mismo Código o la Ley de Matrimonio Civil exigen para contraer matrimonio: así, la autorización de los padres para los menores de edad.

En todo caso, el estudio de la capacidad se traduce en los supuestos que, por excepción, la ley atribuye una incapacidad para contraer matrimonio. Son los que, por influencia canónica, se denominan “impedimentos matrimoniales”¹⁸. Estas incapacidades o impedimentos son los llamados “dirimentes”, o sea, las incapacidades que producen la nulidad del matrimonio contraído, y los “impedientes o prohibiciones”, que son las incapacidades cuya infracción no produce nulidad, pero sí otras sanciones civiles o penales.

¹⁸ Aunque la doctrina canónica suele hacer ver que son cosas diversas los impedimentos que afectan el derecho a contraer nupcias (*ius conubii*) y las incapacidades para emitir un consentimiento válido en el matrimonio como la incapacidad para formar la comunidad matrimonial o la carencia de suficiente juicio o discernimiento. Cfr. Salinas, C., *ob. cit.*, p. 602. La ley no ha distinguido y en verdad en ambos casos se trata de incapacidades para celebrar válidamente el matrimonio.

b) Incapacidades que producen la invalidez

Las incapacidades cuya concurrencia determina la nulidad del acto matrimonial (llamadas, por influencia de la canonística, impedimentos dirimentes) están reguladas en los arts. 5, 6 y 7. El primero se refiere a las incapacidades absolutas, que impiden el matrimonio con cualquiera persona, mientras los segundos contienen las llamadas incapacidades relativas, que sólo dirimen el matrimonio si se produce entre las personas afectadas por el impedimento.

b.1) Incapacidades absolutas

Las incapacidades absolutas son seis:

1º) Vínculo matrimonial no disuelto (art. 5 N° 1): No hay novedad en el requisito que ya existía en la ley de 1884. También se mantiene, con leves retoques, la norma de la ley anterior (art. 36), que dispone que si se deduce acción por esta causal, pero se alega nulidad del primer matrimonio en la que se funda, se deberá resolver primero la cuestión de validez de éste (art. 49)¹⁹.

2º) La falta de edad legal: La nueva ley eleva la edad mínima para contraer a 16 años tanto para varones como para mujeres (art. 5 N° 2). Cabe advertir, en todo caso, que los menores de 18 años seguirán requiriendo el asenso de los padres por aplicación de las reglas de los arts. 105 y ss. del Código Civil.

¹⁹ La ley no ha zanjado la discusión doctrinaria sobre si el matrimonio nulo putativo es eficaz para constituir el impedimento y, por tanto, determinar la validez de las nupcias subsecuentes a él. La doctrina tiende a pensar que si el segundo matrimonio se celebra mientras subsiste la buena fe que determina la putatividad del primero, el impedimento existirá y será nula la nueva unión (así, Somarriva, M., ob. cit., N° 24, pp. 36-37 y N° 86, pp. 106-107; Velasco, E., ob. cit., pp. 118-119); Ramos Pazos, R., ob. cit., t. I, N° 23, p. 39). Esta doctrina ha sido sustentada por un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 6 de julio de 1943, en *RDJ* t. XLI, sec. 2ª p. 17). No concordamos con esta doctrina que, a nuestro juicio, desorbita la eficacia mitigadora del matrimonio putativo. La finalidad de ésta es impedir los perjuicios en favor del cónyuge de buena fe, pero no provocar la nulidad de nuevas uniones. El matrimonio putativo es primeramente nulo, y siendo nulo no existe vínculo que impida contraer nuevas nupcias (en este sentido, C. Presidente Aguirre Cerda, 14 de mayo de 1996, *RDJ* t. XCIII, sec. 2ª, p. 51; C. Sup. 27 de mayo de 1986, *Fallos del Mes* N° 330, sent. 2, p. 264; C. Sup. 4 de noviembre de 1993, rol N° 17.141, consultado en jurisprudencia *on line* de LexisNexis con fecha 9 de agosto de 2004). Comentando la nueva ley, estiman que existen argumentos que podrían esgrimirse contra esta doctrina Barrientos, J.-y Novales, A., ob. cit., p. 446, pero ellos no nos parecen determinantes para abandonarla.

3º) La privación del uso de la razón (art. 5 Nº 3): Se trata de las patologías que constituyen enajenación mental. Podría tratarse de una privación de razón transitoria (por alcoholismo, ingestión de drogas, etc.) siempre que se presente al momento de prestarse el consentimiento.

4º) La incapacidad psíquica para constituir la comunidad matrimonial: El art. 5 Nº 3 declara incapaces a quienes padecen de "un trastorno o anomalía psíquica, fehacientemente diagnosticada, sean incapaces de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio". Estamos ante una nueva disposición que consagra una incapacidad de origen psíquico que impide asumir la comunidad vital en que consiste el matrimonio. La causal está tomada, con una redacción más circunscrita, del canon 1095 del Código de Derecho Canónico²⁰.

5º) La carencia de juicio o discernimiento mínimo para el matrimonio: La ley señala como incapaces para contraer a "los que carecieren de suficiente juicio o discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio" (art. 5 Nº 4). Nuevamente estamos ante una norma novedosa, tomada del Derecho canónico, que explicita que el juicio o discernimiento para contraer matrimonio exige una comprensión y volición mayor que el simple uso de razón o la capacidad de ejercicio de actos patrimoniales²¹.

²⁰ La causal está inspirada en el canon 1095 § 3 del Código de Derecho Canónico, que dispone que no pueden contraer matrimonio "quienes no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica". La norma civil precisa que se trata de una incapacidad absoluta para conformar la comunidad de vida que implica el matrimonio, y que tiene por causa una patología (trastorno o anomalía) psíquica. En los casos particulares, la doctrina y jurisprudencia canónicas podrán ayudar al juez civil a aplicar la causal. Así, Viladrich al comentar el c. 1095 § 3 ha destacado que en esta norma "el legislador acoge, como incapacidad consensual y causa de nulidad, una serie completa de anomalías psíquicas (entre las que destacan los trastornos psicosexuales, si bien los supuestos fácticos no se agotan en ellos) que afectan la estructura personal del sujeto, quizás sin privarle del suficiente uso de razón, ni impedirle directa y claramente su discreción de juicio o discernimiento acerca del objeto del consentimiento, aunque sí produciendo en él una imposibilidad psicopatológica de asumir, haciéndose cargo en forma realmente comprometida y responsable, las obligaciones esenciales del matrimonio" (Viladrich, P. J., en *Código de Derecho Canónico*, Universidad de Navarra, 5ª edic., Pamplona 1992, p. 657; con mayor extensión en *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, Eunsa, Pamplona, 3ª edic., 2002, p. 1215 y ss. Al respecto puede verse también López Alarcón, Mariano y Navarro-Valls, Rafael, *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado*, Tecnos, 5ª edic., Madrid, 1994, p. 162 y ss.).

²¹ La causal está tomada del canon 1095 § 2, del Código de Derecho Canónico, que dispone que son incapaces de contraer matrimonio "quienes tienen un grave defecto

6º) La incapacidad para expresar claramente la voluntad: No se requiere ya que se manifieste verbalmente o por escrito, como exigía la ley anterior, sino que se admite la expresión de la voluntad por el lenguaje de señas. Con esto, la Nueva Ley de Matrimonio Civil se complementa con la Ley N° 19.904, de 3 de octubre de 2003, que otorgó capacidad general de ejercicio a los sordomudos que pueden darse a entender claramente (cfr. art. 1447 CC).

b.2) Incapacidades relativas

Las incapacidades relativas se reducen a dos:

1º) Incapacidad por parentesco: Prácticamente no hay innovaciones en esta materia. Se prohíbe el matrimonio entre ascendientes y descendientes consanguíneos o afines en toda la línea recta y entre colaterales consanguíneos en el segundo grado (art. 6º) (se suprimió el inapropiado "inclusive" de la ley anterior)²². Respecto de la adopción la Ley N° 19.947 se remite a las leyes especiales que la regulan (art. 6 inc. 2º), es decir, a la Ley N° 19.620²³.

2º) Incapacidad por homicidio: Se declara la invalidez del matrimonio entre el cónyuge sobreviviente con el imputado contra el que se hubiere formalizado investigación o se hubiere condenado como

de discreción de juicio acerca de los derechos y deberes esenciales del matrimonio que mutuamente se han de dar y aceptar". Se trata entonces de que el objeto del consentimiento matrimonial necesita una capacidad de discernimiento o madurez psicológica mayor que la del simple uso de razón que basta para los negocios patrimoniales. Los comentadores del Código de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra apuntan que, "aunque el coeficiente de inteligencia y el nivel cultural influyen en el grado de discernimiento, la expresión 'discreción de juicio' no se refiere tanto a la riqueza cognoscitiva o percepción intelectual suficiente cuanto a aquel grado de madurez personal que permite al contrayente discernir para comprometerse acerca de los derechos y deberes matrimoniales esenciales" (*Código de Derecho Canónico* cit., p. 656). En este sentido, señalan López Alarcón, M. y Navarro Valls, R., ob. cit., p. 159, que la perturbación de la afectividad puede influir en la discreción de juicio o madurez psíquica del sujeto por lo que perturbaciones emocionales pueden llegar a destruir la libertad "no sólo cegando el intelecto e impidiendo la suficiente deliberación, sino que son susceptibles de influir directamente sobre la voluntad, obstruyendo la ejecución de sus mandatos y privando así al individuo de poder disponer libremente de su actividad volitiva o de la intelectiva".

²² La crítica ya en Somarriva, M., ob. cit., N° 30, p. 41.

²³ Confiriendo la adopción el estado civil de hijo de los adoptantes se aplicará el impedimento de parentesco señalado en la norma general del inciso 1º del art. 6 de la Ley de Matrimonio Civil entre el adoptado y la familia adoptiva. Hay que observar, sin embargo, que el adoptado continúa ligado a sus parientes biológicos en lo que se refiere a la aplicación de los **impedimentos matrimoniales derivados del parentesco** que, para este solo efecto, subsiste (art. 37 Ley N° 19.620).

autor, cómplice o encubridor del homicidio de su marido o mujer (art. 7). Se amplía la incapacidad al encubridor, que era excluido por la ley anterior que hablaba sólo del asesino o cómplice²⁴.

c) Incapacidades que no producen invalidez

Las incapacidades que no producen la invalidez, sino que generan otro tipo de sanciones civiles, siguen estando reguladas en el Código Civil, y son cuatro: la falta de autorización o asenso matrimonial para los mayores de 16 años y menores de 18 (arts. 105-115 CC); la falta de aprobación judicial de la rendición de cuentas para el guardador que intenta contraer matrimonio con el pupilo o pupila (art. 116 CC), la falta de inventario solemne del padre o madre que intenta volver a casarse (arts. 124-127 CC) y el no transcurso del plazo de espera (270 días) que la ley impone a la mujer para pasar a nuevas nupcias (arts. 128-130 CC).

3.2. Consentimiento libre y espontáneo

La nueva ley elimina el rapto de la mujer como vicio del consentimiento. Acepta únicamente el error y la fuerza, pero amplía la eficacia del error, aceptando dos de sus formas: el error sobre la identidad y el error sobre la cualidad.

a) Error que recae sobre la identidad del otro contrayente

El error debe versar sobre la identidad personal del otro contrayente (art. 8 N° 1). Al mantenerse el texto de la ley anterior, conserva vigencia la duda sobre si se trata únicamente de un error sobre la identidad física o se incluye también el error sobre la identidad jurídica.

b) Error sobre alguna cualidad del otro contrayente

Se trata de un supuesto de error que no estaba previsto en la legislación anterior. La norma exige que se trate de una cualidad "personal" y, además, que pueda juzgarse objetivamente que la consi-

²⁴ Además, al hablarse de homicidio no es posible la interpretación que restringía el impedimento anterior al homicidio calificado, por entender que a éste hacía referencia la ley al hablar de asesinato. Cfr. Ramos, R., ob. cit., t. I, N° 31, p. 45.

deración de esa cualidad “ha de ser estimada como determinante para otorgar el consentimiento”, atendida la naturaleza o los fines del matrimonio (art. 8 N° 2)²⁵. Consideramos que se trata de una cualidad inherente a la personalidad del cónyuge, de carácter permanente, y suficientemente grave como para ser objetivamente determinante para consentir en el matrimonio en consideración a su naturaleza o fines. El error sobre el patrimonio o posición social del contrayente no puede cubrir esas exigencias²⁶. En cambio, sí lo haría el error sobre la impotencia *coeundi* (imposibilidad de realizar el acto sexual), como entendieron los legisladores que suprimieron el impedimento²⁷.

c) Fuerza

La fuerza vicia el consentimiento matrimonial según las reglas generales de los arts. 1456 y 1457 del Código Civil (art. 8 N° 3). De acuerdo con estos artículos la fuerza puede provenir de cualquier persona y no sólo de la que es beneficiado por ella. No obstante, parece que se exige que hayan sido una o más personas las que han empleado la fuerza con el propósito de obtener el consentimiento (art. 1457 CC). La doctrina así parece entenderlo, de manera que no podrían ser anulados en razón de fuerza los actos celebrados por una persona que es víctima de un temor causado por una situación general de peligro y no por un acto intimidatorio atribuible a una persona determinada²⁸.

La nueva ley ha ampliado el ámbito de procedencia de la fuerza al declarar que ella puede ser ocasionada no por un acto de una persona determinada, sino también “por una circunstancia externa”. Si el consentimiento matrimonial es prestado por el miedo o temor que surgen

²⁵ El canon 1097 N° 2 CIC es un poco más estricto, porque precisa que el error acerca de una cualidad de la persona, aunque sea causa del contrato, no dirime el matrimonio, a no ser que se pretenda esta cualidad directa y principalmente.

²⁶ Así lo ha establecido la jurisprudencia española interpretando un precepto incluso más abierto que el nuestro (error en las cualidades personales que por su entidad hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento: art. 73 N° 2). Cfr. Romero Coloma, Aurelia María, *La nulidad matrimonial: análisis jurídico*, Civitas, p. 57 y ss.; en especial pp. 73 sobre el error de “fortuna”.

²⁷ Cfr. Discusión en sala del Senado, sesión ordinaria 24ª, de 7 de enero de 2004, p. 498 y ss.

²⁸ En este sentido el *Tratado de Derecho Civil. Parte Preliminar y General*, basado en las explicaciones de clases de Arturo Alessandri y Manuel Somarriva redactadas ampliadas y actualizadas por Antonio Vodanovic, Edit. Jurídica de Chile, 6ª edic., Santiago, 1998, t. II, N° 1030, pp. 233-236. En contra, Ducci Claro, Carlos, *Derecho Civil. Parte General*, Edit. Jurídica de Chile, 4ª edic., Santiago, 2002, p. 274, para quien el art. 1457 no excluye que el temor tenga otro origen.

como resultado no de un acto personal, sino de una situación de peligro o riesgo que impele a contraer matrimonio, podrá declararse la nulidad.

Pero sea que la fuerza provenga de una persona o de las circunstancias externas, es necesario que la fuerza haya sido determinante para contraer el vínculo matrimonial (art. 8 N° 3)²⁹. Volvemos así al criterio que es pacífico y unánime en la doctrina al interpretar los arts. 1456 y 1457 del Código Civil.

Por aplicación del art. 1456 inc. 2° del Código Civil no es suficiente el llamado temor reverencial.

4. FORMALIDADES

La ley mantiene las formalidades del matrimonio civil de la legislación anterior. Así, se exigen los trámites de manifestación (arts. 9 y 12), información de dos testigos (art. 14), y celebración ante el Oficial del Registro Civil que intervino en la manifestación e información y dos testigos hábiles (arts. 17 y 18). Luego se levanta un acta de la celebración, firmada por el Oficial, los testigos y los contrayentes, y finalmente se practica la inscripción del matrimonio en el Registro Civil (art. 19).

La ley presenta cuatro innovaciones importantes en materia de formalidades:

1°) Se elimina la competencia territorial del Oficial de Registro Civil, de manera que todo Oficial es competente para celebrar matrimonios.

2°) Se incorpora la exigencia relativa de realizar cursos de preparación para el matrimonio (arts. 10 y 11). Es una exigencia relativa por cuanto los contrayentes pueden prescindir de ellos, si de común acuerdo declaran conocer los derechos y deberes del estado matrimonial (art. 10 inc. 3°).

3°) Se posibilita la celebración del matrimonio en la lengua de una etnia indígena, así como la de personas que no conocen el idioma castellano o fueren sordomudos que no pudieren expresarse por escrito (art. 13).

²⁹ La coma que precede a la palabra "externa" se introdujo para aclarar que la determinación era aplicable a todo tipo de fuerza y no únicamente a la presión por circunstancias. Cfr. 2° Informe de la Comisión de Constitución del Senado, de 15 de diciembre de 2003.

4º) Se reconoce el matrimonio celebrado ante una entidad religiosa con personalidad de derecho público, siempre que los contrayentes presenten el acta de la celebración religiosa, ratifiquen el consentimiento ya prestado ante el ministro de culto y se inscriba el matrimonio en el Registro Civil, todo ello en el plazo de ocho días (art. 20).

Habiéndose suprimido el requisito de la competencia del Oficial del Registro Civil, sólo la presencia de testigos hábiles en la celebración es una solemnidad de validez del matrimonio, ya que su falta produce la nulidad del vínculo.

De acuerdo con el art. 45, adolece de nulidad el matrimonio que no se celebre ante el número de testigos hábiles determinados en el art. 17, es decir, a lo menos dos, parientes o extraños. La exigencia es aplicable igualmente a los matrimonios celebrados en forma religiosa³⁰.

La ley precavó la mala utilización de esta causal de nulidad formal por medio del establecimiento de un plazo de prescripción de corto tiempo.

III. ALGUNOS PRINCIPIOS GENERALES SOBRE EL RÉGIMEN DE NULIDAD

1. SINGULARIDAD DEL RÉGIMEN

No hay duda que el régimen de nulidad del acto jurídico en que consiste el matrimonio no puede ceñirse a las reglas comunes del título XX del libro IV, que se refieren más propiamente a la nulidad de las obligaciones o contratos patrimoniales.

La nulidad matrimonial presenta singularidades en cuanto a las causales, a la titularidad o legitimación procesal de las acciones y al saneamiento. Los plazos de prescripción son distintos. No se aplica, según la opinión común, la convalidación. Por eso, y contra la opinión de Claro Solar³¹, se ha afirmado la idea de que en materia de

³⁰ El art. 20 señala que tales matrimonios deben cumplir con los requisitos establecidos en la ley, especialmente en el capítulo de la celebración del matrimonio, donde se encuentra el art. 17 y, además, ordena que el acta en que conste el consentimiento mencione el nombre y la edad de los contrayentes y de los testigos. Los arts. 40 bis y 40 ter incorporados por la Ley Nº 19.497 a la Ley de Registro Civil se refieren también a los testigos de la celebración religiosa. En el mismo sentido, Barrientos, J. y Novales, A., ob. cit., p. 244.

³¹ Claro Solar, L., ob. cit., t. I, Nº 741, p. 414. El fallo de C. Stgo. 27 de noviembre de 1997, *RDJ* t. XCIV, sec. 2ª, p. 148, sostiene también la aplicación de la distinción entre absoluta y relativa de la nulidad matrimonial.

nulidad matrimonial no tiene sentido distinguir entre nulidad absoluta o relativa³².

Se ha discutido también la posible aplicación de la prohibición del art. 1683 del Código Civil que impide alegar la nulidad a quien ha contraído, sabiendo o debiendo saber, el vicio de nulidad. La opinión mayoritaria de la doctrina considera improcedente aplicar la sanción por prevalecer el interés público envuelto en la nulidad del matrimonio³³. La jurisprudencia más reciente se inclina también por esta opinión³⁴.

Algunas de estas particularidades merecen comentario especial. En primer lugar, el principio de "no hay nulidad sin texto".

2. EL PRINCIPIO "NO HAY NULIDAD SIN TEXTO"

Es comprensible que el legislador sea más estricto con las nulidades matrimoniales que con la de los contratos patrimoniales. El matrimonio implica toda una familia, hijos, parientes, bienes, etc., que se verán afectados por la nulidad. Al legislador le interesa la subsistencia de la institución por lo que sólo se resigna a sancionar con la nulidad cuando se trasgreden causales estrictas y taxativamente mencionadas en la ley como tales. Es el principio francés de "*Pas de nullité de*

³² Somarriva, M., ob. cit., N° 66, p. 78; Velasco, E., ob. cit., pp. 79-81.

³³ Cfr. Claro Solar, L., ob. cit., t. I, N° 742, p. 414, siguiendo el parecer de Pothier. Véase también Ramos, R., ob. cit., t. I, N° 93, pp. 81-82, donde se cita jurisprudencia que consagra esta doctrina.

³⁴ La cuestión ha sido controvertida. Existen varios fallos de la Corte de Apelaciones de Santiago que estiman que deben aplicarse a la nulidad matrimonial las reglas comunes del Código Civil y entre ellas la distinción entre nulidad absoluta y relativa y la prohibición de alegar la nulidad al que contrajo, sabiendo o debiendo saber, el vicio de nulidad contenido en el art. 1683: Así, C. Stgo, 8 de junio de 1988, *GJ* N° 97, p. 33; C. Stgo. 19 de octubre de 1988, con casación en el fondo rechazada por sentencia de la C. Suprema de 30 de julio de 1990, *GJ* N° 123, p. 15; C. Stgo. 19 de abril de 1995, con casación en el fondo rechazada por la C. Suprema por sentencia de 2 de julio de 1996 (rol N° 32041-95). Sin embargo, en la última década la Corte Suprema comenzó a ejercer el control de casación de las sentencias de apelación que consideran aplicable el art. 1683. Según el criterio del máximo tribunal, la norma referida está concebida para materias patrimoniales y la legitimación activa en la nulidad matrimonial tiene reglas especiales que deben prevalecer: C. Sup. 5 de mayo de 1994, *GJ* N° 174, p. 34; C. Sup. 5 de mayo de 1999, rol 316-98, que anula la sentencia de la Corte de Santiago de 27 de noviembre de 1997, *RDJ* t. XCIV, sec. 2ª, p. 148 y en *GJ* N° 209, p. 111. De esta forma, la C. de Santiago parece acoger la teoría de la inaplicabilidad del art. 1683: C. Stgo. 30 de julio de 2002, *GJ* N° 265, p. 96. La Corte Suprema ha reafirmado esta doctrina en sentencia que rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto por la demandada que invocaba la trasgresión por parte de la sentencia de apelación del precepto del art. 1683 de Código Civil: C. Sup. 1 de julio de 2003, *GJ* N° 277, p. 67. Las sentencias que se citan sin datos de publicación han sido consultadas de la base de datos de jurisprudencia *on line* de LexisNexis (consulta 9 de agosto de 2004).

mariage sans un texte qui la prononce expressement". La nueva ley mantiene este principio al establecer claramente que "el matrimonio sólo podrá ser declarado nulo por algunas de las siguientes causales". (art. 44), agregando el art. 45 una nueva causal de nulidad con la expresión: "Es nulo el matrimonio que no se celebre".

Este principio tiene como consecuencia que las causales de nulidad matrimonial son de derecho estricto y no admiten interpretación analógica. Con mayor razón, ha de señalarse esto respecto de las incapacidades para contraer contenidas en los arts. 5 a 7, ya que se reconoce el *ius conubii* como un derecho natural, anterior a la legislación positiva: "La facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si tiene edad para ello" (art. 2 inc. 1º).

3. DISTINCIÓN ENTRE REQUISITOS DE EXISTENCIA Y DE INVALIDEZ

El principio de la nulidad sin texto produce una consecuencia insospechada cuando se constata que la omisión de ciertos elementos esenciales del matrimonio no ha sido sancionada expresamente por la ley con la nulidad. Es lo que sucede con el consentimiento o la heterosexualidad de la relación. Como es notorio que, al menos desde la definición del art. 102 del Código Civil, no puede haber matrimonio sin que el hombre y la mujer hayan consentido en recibirse como cónyuges, y, después de la ley de 1884, sin la presencia del Oficial del Registro Civil, la doctrina y la jurisprudencia han acuñado la figura de los requisitos de existencia del matrimonio, cuya omisión conduce no a la nulidad, pero sí a su inexistencia, constatable judicialmente en caso de que haya apariencia de acto matrimonial³⁵.

Nos parece que la nueva ley no ha innovado en la materia, por lo que a las causales de nulidad es necesario agregar los requisitos de existencia cuya falta conduce no al régimen rescisorio, pero sí a la constatación de la inexistencia del matrimonio.

4. LAS CAUSALES DE NULIDAD SE APRECIAN AL MOMENTO DE LA CELEBRACIÓN

La nulidad es la sanción establecida por la ley por la omisión de requisitos que se exigen para celebrar el matrimonio, de manera que no puede haber nulidades fundadas en hechos sobrevinientes. La Ley Nº 19.947 declara expresamente que las causales que permiten pedir

³⁵ Cfr. *supra* II, 1.

la nulidad de un matrimonio "deben haber existido al tiempo de su celebración" (art. 44).

Es cierto que esta característica no es exclusiva del régimen de la nulidad del matrimonio, porque sucede igual cosa respecto de la nulidad de todo contrato. Lo singular es que aquí la ley insiste y enfatiza esta característica, porque el matrimonio no sólo es el pacto conyugal, sino también la relación que se establece entre los cónyuges y queda sujeta a las múltiples vicisitudes de la vida. Una demencia sobrevenida o un error sobre una cualidad personal en que se incurre con posterioridad a la celebración no pueden invocarse como causales de nulidad. En esto se diferencia claramente la nulidad matrimonial del divorcio, que consiste justamente en la disolución de un matrimonio que es válido, pero al que se priva de efectos civiles por hechos posteriores a su celebración.

A nuestro juicio, tratándose de matrimonios celebrados ante entidades religiosas que gocen de personalidad jurídica de derecho público y que son reconocidas civilmente en virtud de la ratificación e inscripción previstas en el art. 20 de la nueva ley, la época de la celebración es la de la ceremonia religiosa y no la del acto ratificatorio³⁶.

5. LA EFICACIA MITIGADA DE LA NULIDAD MATRIMONIAL

Otras de las especialidades del régimen de la nulidad del matrimonio se refiere a los efectos. La retroactividad típica de las prestaciones contractuales no es aplicable sin dificultades entre quienes han desarrollado una vida en común y han generado hijos. Surgen entonces limitaciones a la retroactividad de la eficacia de la nulidad, fundamentalmente en beneficio de los hijos y del cónyuge que contrae de buena fe. Es la institución del matrimonio putativo.

³⁶ Así también Ramos, R., ob. cit., t. I, N° 70, pp. 65-66. En contra Barrientos, J. y Novales, A., ob. cit., pp. 276-279 y 442, sostienen que la fecha de celebración es la de la ratificación. Se fundan básicamente en antecedentes de la historia legislativa que revelan que se suprimió una norma que declaraba expresamente la retroactividad del reconocimiento. Pero más allá de esta supresión y de las expresiones que hayan emitido los parlamentarios, lo cierto es que la norma habla de matrimonios "celebrados" ante entidades religiosas y que luego no son "recelebrados" ante el Oficial del Registro Civil, sino ratificados. Como es sabido, la ratificación por aplicación de los principios generales opera con efecto retroactivo, por lo que el matrimonio es reconocido civilmente como celebrado en la fecha en la que se emitió el consentimiento matrimonial, es decir, en la ceremonia religiosa.

IV. LAS CAUSALES DE NULIDAD MATRIMONIAL

1. ESPECIFICIDAD DE LAS CAUSALES DE NULIDAD

Como ya se ha señalado, a diferencia de lo que ocurre en los actos jurídicos patrimoniales, las causales de nulidad matrimonial no pueden deducirse de normas abiertas o conceptos indeterminados, como moral, buenas costumbres u orden público. El interés por conservar el negocio jurídico llega a su más alto nivel cuando se trata del acto fundacional de la familia. Las causales de nulidad deben estar expresa y específicamente determinadas por la ley.

Así lo entiende la nueva ley, y en su art. 44 dispone que "el matrimonio sólo podrá ser declarado nulo por algunas de las siguientes causales". Se añade en el art. 45 que "es nulo" el matrimonio que no se celebre ante los testigos hábiles legalmente requeridos³⁷.

2. NULIDAD POR INCAPACIDAD DE UNO O AMBOS CONTRAYENTES

Según el art. 44, la primera causal de nulidad matrimonial ocurre "cuando uno de los contrayentes tuviere alguna de las incapacidades señaladas en los arts. 5º, 6º ó 7º de esta ley".

Se remite así a los artículos que establecen las incapacidades que producen la invalidez del vínculo y que hemos estudiado (cfr. *supra* II, 3, 3.1, b).

3. NULIDAD POR VICIOS DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL

La segunda de las causales precisadas en el art. 44 de la ley se produce "cuando el consentimiento no hubiere sido libre y espontáneo en los términos expresados en el artículo 8º".

Se remite, en este caso la norma, a los vicios del consentimiento matrimonial, esto es, el error en la identidad de la persona, el error en las cualidades personales y la fuerza. También hemos ya estudiado estos defectos de la voluntad (cfr. *supra* II, 3.2).

³⁷ La expresión que usa el art. 45: "es nulo el matrimonio", es menos correcta que la del art. 44 que alude al matrimonio que puede ser declarado nulo. Pero como veremos la diferencia no tiene mayor importancia, porque ambos tipos de causales necesitan ser declaradas judiciales a petición de parte legitimada. Al parecer el giro verbal del art. 45 proviene del art. 31 de la ley de 1884 que contenía la misma causal junto con la de incompetencia del Oficial del Registro Civil, diciendo que "es también nulo el matrimonio".

4. NULIDAD POR FALTA DE TESTIGOS HÁBILES DE LA CELEBRACIÓN

El art. 45 declara que es causal de nulidad del matrimonio el hecho de que no se celebre ante el número de testigos hábiles determinados en el art. 17, es decir, de los dos testigos que se exigen para la celebración del matrimonio. Aunque la norma se remite a la celebración civil, entendemos que la causal se extiende a la celebración religiosa que también requiere de dos testigos (art. 20 y art. 40 bis N° 8 Ley de Registro Civil).

V. TITULARES DE LA ACCIÓN DE NULIDAD

1. REGLA GENERAL Y EXCEPCIONES

La legitimación activa de la acción para pedir la declaración de nulidad del matrimonio ha sido restringida por regla general a cualquiera de los presuntos cónyuges. Además, se permite que el cónyuge menor de edad o el interdicto por disipación puedan ejercer personalmente la acción sin intervención o autorización de sus representantes legales (art. 46, inc. final)³⁸.

La regla que atribuye a cualquiera de los presuntos cónyuges la titularidad de la acción sufre excepciones que la restringen y otras que la amplían.

2. TITULARIDAD RESTRINGIDA A UNO DE LOS CÓNYUGES

La titularidad de la acción se restringe a uno sólo de los cónyuges, en el caso de nulidad fundada en error o fuerza. En tal evento, la acción corresponde únicamente al cónyuge que hubiere padecido dicho error o fuerza (art. 46 letra b). No hay innovaciones en esto respecto de la ley anterior.

3. AMPLIACIÓN DE LA TITULARIDAD A OTROS SUJETOS DIVERSOS DE LOS CÓNYUGES

La titularidad de la acción de nulidad se abre para otros sujetos en algunos casos señalados expresamente por la ley:

³⁸ De la norma se deduce, a *contrario sensu*, que es posible ejercer la acción por medio de un representante, ya sea legal o voluntario. Según Ramos, R., ob. cit., t. I, N° 100, p. 85, el mandato debería cumplir las mismas solemnidades que el mandato para contraer matrimonio.

1º) La nulidad por falta de edad mínima para contraer puede ser ejercida por cualquiera de los presuntos cónyuges y, además, por alguno de sus ascendientes. No obstante, la acción de los ascendientes caduca de pleno derecho desde que ambos contrayentes alcanzan los 16 años, caso en el cual la acción pertenece únicamente al que contrajo sin la edad requerida (art. 46 letra a).

2º) Si se trata de la nulidad de un matrimonio celebrado en artículo de muerte, la acción corresponde al cónyuge sobreviviente, pero también a los demás herederos que pueda tener el cónyuge difunto (art. 46 letra c).

3º) En caso de vínculo matrimonial no disuelto, además de los presuntos cónyuges puede demandar la nulidad el cónyuge del matrimonio anterior o sus herederos (art. 46 letra d).

4º) En los supuestos de violación del impedimento de parentesco o de homicidio, la acción se abre a cualquier persona, que puede solicitar la nulidad invocando únicamente el interés de la moral o la ley (art. 46 e). A esta solución se tuvo que llegar frente a la inexistencia del ministerio público en primera instancia.

VI. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN

La acción de nulidad se extingue, en general, por la muerte de uno de los cónyuges, ya que no tiene sentido declarar inválido un matrimonio que en todo caso se ha disuelto. Mientras vivan ambos cónyuges la acción no está sujeta a plazo y es, por tanto, imprescriptible. De nuevo se trata de una regla general, que reconoce excepciones. Corresponde, en consecuencia, analizar ambos supuestos de extinción: por muerte y por prescripción.

1. POR MUERTE DE UNO DE LOS CÓNYUGES

La acción de nulidad debe intentarse en vida de ambos cónyuges, ya que la muerte de uno de ellos extingue la acción (art. 47)³⁹. Se hace excepción en dos casos:

³⁹ La ley mantiene la expresión "intentarse" del anterior art. 34 de la ley de 1884. De esta manera pareciera que la acción debe ser declarada inadmisibile por el juez sin entrar al fondo del proceso. Así lo sostiene Claro Solar para el precepto anterior: "La ley habla

1º) Si se trata de matrimonio en *artículo mortis*, se permite ejercer la acción con posterioridad a la muerte del cónyuge enfermo pero en el plazo de un año contado desde su fallecimiento (art. 48 letra c).

2º) Si se invoca el impedimento de vínculo matrimonial no disuelto, para evitar la subsistencia de dos matrimonios civilmente vigentes, se permite el ejercicio de la acción con posterioridad a la muerte de uno de los cónyuges del matrimonio nulo pero también dentro del año siguiente a su fallecimiento (art. 48 letra d)⁴⁰.

2. POR PRESCRIPCIÓN (CADUCIDAD) EN CIERTOS CASOS

La acción de nulidad es imprescriptible, de acuerdo con lo que dispone el art. 48 en su encabezado. Pero la regla contiene varias excepciones que en verdad son técnicamente caducidades más que prescripciones⁴¹:

1º) La acción de nulidad fundada en la falta de edad mínima para contraer se extingue en un año contado desde la fecha en que el cónyuge inhábil hubiere "adquirido la mayoría de edad" (art. 48 letra a). El plazo se cuenta, por tanto, no desde que llegue a la edad hábil para contraer (16 años) sino desde que alcanza la mayoría de edad según el art. 26 del Código Civil, esto es, desde que cumple los 18 años⁴².

2º) La nulidad por fuerza o error puede pedirse en el término de tres años contados desde que hubiere desaparecido el hecho que origina el vicio de error o fuerza (art. 48 letra b). Aquí la ley nueva ha ampliado el plazo de la anterior que era sólo de un año.

de que la acción no puede intentarse, es decir, que no es admisible siquiera a discusión; de modo que constituye una limitación, una excepción perentoria que opuesta *in limine litis* hará que se paralice todo el procedimiento" (ob. cit., t. I, N° 747, pp. 416-417). Sin embargo, un fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel, 26 de marzo de 1986, *GJ* 69, p. 32, estima que la expresión "intentarse" del equivalente art. 34 de la ley de 1884 debe entenderse como entablar y notificar legalmente la acción de nulidad.

⁴⁰ Ramos, R., ob. cit., t. I, N° 102, pp. 87-88, sostiene, con buenos argumentos, que si el segundo matrimonio se contrae en el extranjero el plazo comienza a contarse desde que éste se inscribe en el Registro Civil chileno, aunque la muerte haya ocurrido antes.

⁴¹ En contra Somarriva, M., ob. cit., N° 74, p. 96, quien piensa que se aplican las reglas generales de los arts. 2493 y 2494 del Código Civil, por lo que la prescripción debe ser alegada. Por nuestra parte, nos parece que se trata de una caducidad que opera de pleno derecho y que, en consecuencia, puede ser declarada de oficio por el juez.

⁴² En el mismo sentido, Barrientos, J. y Novales, A., ob. cit., p. 460.

3º) Si se invoca la falta de testigos hábiles, el plazo de prescripción o caducidad es de un año contado desde la celebración del matrimonio (art. 48 letra e)⁴³.

A diferencia de la ley anterior, no prescribe la acción de nulidad por el impedimento de demencia (ahora privación de razón) o por la imposibilidad de expresar claramente la voluntad. En el régimen antiguo la acción debía hacerse valer dentro del año siguiente al desaparecimiento del hecho que originaba la incapacidad. Las nuevas causas consistentes en la incapacidad para formar la comunidad de vida matrimonial o el defecto de juicio o discernimiento no se sujetan a plazos de prescripción o caducidad y podrán hacerse valer en tanto vivan ambos cónyuges.

3. ¿POR RATIFICACIÓN DE QUIÉN TENÍA DERECHO A ALEGAR LA NULIDAD?

Interpretando la ley de 1884, Luis Claro Solar consideraba procedente el saneamiento del matrimonio nulo por ratificación o confirmación en los supuestos de vicios del consentimiento. Si la ley piensa que al no ejercerse la acción en el plazo legal (ahora tres años), en verdad se está confirmando tácitamente el consentimiento originalmente viciado, no hay razones para negar que sea eficaz una ratificación expresa realizada antes de cumplirse el plazo. En el fondo se trataría de una renuncia a la acción de nulidad por parte del único que puede ejercerla⁴⁴. Los argumentos de Claro Solar mantienen su validez con los nuevos textos, ya que la ley no ha declarado irrenunciable la acción de nulidad (como sí lo ha hecho respecto de la de separación: art. 28, y de la de divorcio: art. 57). Pero al no haber norma especial debería regir el art. 1694 del Código Civil que impone que el acto ratificatorio cumpla con las mismas solemnidades que el acto que se ratifica, por lo que prácticamente debería celebrarse el matrimonio nuevamente. La diferencia estribaría en el efecto retroactivo que tendría la ratificación en cuanto saneamiento del matrimonio originariamente viciado.

⁴³ Si se trata de matrimonio religioso reconocido civilmente, el plazo se cuenta desde la celebración y no desde la ratificación e inscripción en el Registro Civil. En contra, Barrientos, J. y Novales, A., *ob. cit.*, p. 462.

⁴⁴ Claro Solar, L., *ob. cit.*, t. I, N° 752, p. 420.

VII. LEGITIMACIÓN PASIVA

Si quien demanda la nulidad es uno de los presuntos cónyuges, la legitimación procesal pasiva corresponderá al otro cónyuge o a sus herederos, en los casos en que les corresponda intervenir a éstos.

Si la acción la interpone un tercero como un ascendiente en el caso de falta de edad mínima para contraer o cualquier persona que denuncia la violación de los impedimentos de parentesco u homicidio, la demanda deberá dirigirse conjuntamente contra ambos cónyuges. Se tratará de un litis consorcio pasivo necesario impuesto por la indivisibilidad del estado civil.

VIII. EL JUICIO DE NULIDAD MATRIMONIAL

La ley en sus artículos permanentes dispone que la nulidad de matrimonio sea conocida por el juzgado de familia del domicilio del demandado y conforme al procedimiento que señale la Ley de Tribunales de Familia (arts. 87 y 88).

Entrada en vigor la Ley N° 19.968, de 2004, el día 1° de octubre de 2005, se ha extinguido la aplicación de las normas provisionales sobre procedimientos que estableció la ley para el tiempo intermedio (art. 1° transitorio). El art. 8 N° 16, de la ley N° 19.968, ratifica que es competencia de los tribunales de familia el conocimiento de las acciones de separación, nulidad y divorcio reguladas en la Ley de Matrimonio Civil. Se aplicará el procedimiento ordinario previsto en los arts. 55 y ss. de la Ley de Tribunales de Familia, con las modificaciones que resulten de los arts. 89 a 92 de la Ley N° 19.947 (art. 88 inc. 2°).

El juicio de nulidad podrá iniciarse mediante la interposición de la correspondiente demanda, pero también por la vía reconvenzional, si se ha demandado el divorcio. En tal caso, el juez debe resolver primeramente la cuestión de nulidad y sólo desechada ésta, conocer de la de divorcio. Así se desprende de lo que dispone el art. 91 de la ley, que ordena al juez que, conociendo un juicio de divorcio, advierte "antecedentes que revelen que el matrimonio podría estar afectado en su origen por un defecto de validez", hacerlos saber a los cónyuges, aunque "sin emitir opinión"⁴⁵. En tal caso cualquiera de los cónyuges, siendo hábil para interponer la acción, podrá deducirla en la audiencia de conciliación o dentro de los treinta días siguientes, con lo que el

⁴⁵ En el mismo sentido, López, C., ob. cit., p. 239.

proceso versará sobre ambas materias, divorcio y nulidad; pero agrega la ley: “el juez, en la sentencia definitiva, se pronunciará primero sobre la nulidad” (art. 91).

Aunque del art. 67 se desprende que el llamado a conciliación sólo procede en los juicios de separación o divorcio y no en los procesos de nulidad, lo cierto es que si se tratan materias concurrentes, como alimentos o cuidado de los hijos, no se ve razón para no aplicar la necesidad de que el juez llame a conciliación a las partes respecto de ellas⁴⁶.

En cuanto a la mediación, parece claro que ella puede proceder respecto de los procesos anexos o concurrentes (cuidado personal de los hijos, compensación económica, etc.), pero no respecto de la existencia o no de la causal de nulidad: “En todo caso, no procederá mediación en relación a las causales de nulidad”, señala el inc. 1° del art. 71. A estos asuntos concurrentes debe referirse el N° 2 de la disposición 3ª del art. 1° transitorio, cuando señala el plazo para presentar la contestación o reconvenición desde la “resolución que aprueba el acta de mediación en la cual no se obtuvo acuerdo sobre la nulidad, la separación o el divorcio, o que tiene por acompañada al proceso el acta de término de la mediación fracasada, respectivamente”.

La inadmisibilidad de la conciliación y de la mediación en relación con las causales de nulidad es una consecuencia de la indisponibilidad del estado civil, sobre el cual no es posible la transacción (art. 2450 del Código Civil). Pero no vemos inconveniente en que el juez pueda adoptar medidas para efectuar una conciliación o mediación con miras no a demostrar la veracidad o no de la causal de nulidad, sino a la reanudación de la vida común quebrantada, si la acción ha sido interpuesta por alguno de los cónyuges. Ello conforme a lo establecido en art. 3 de la nueva ley (“el juez procurará preservar y recomponer la vida en común en la unión matrimonial válidamente contraída, cuando ésta se vea amenazada, dificultada o quebrantada”), reafirmado por el art. 85 que otorga facultades al juez, en cualquier momento del proceso, para adoptar de oficio las medidas que crea convenientes “para solucionar de la mejor manera posible las rupturas o conflictos matrimoniales”.

⁴⁶ En el Informe de Comisión se permitía que hubiera llamado a conciliación respecto de ciertas causales de nulidad: falta de edad, vicio de error o fuerza y falta de testigos hábiles. Sin embargo, en la discusión en Sala del Senado se consideró que era impropio de la nulidad el llamado a conciliación y se suprimió tal mención del actual art. 67. Cfr. Sesión 33ª, ordinaria, de 21 de enero de 2004, p. 727 y ss.

Respecto de la prueba de las causales de nulidad no hay restricciones a la prueba testimonial. Sólo hay una referencia en los artículos transitorios a la conformación de una nómina de peritos interesados en actuar en los asuntos a los que se refiere la Ley de Matrimonio Civil (art. 1° trans., regla 3, N° 8). Entendemos que se trata de peritos que podrán informar sobre la verificación de las causales relativas a incapacidades consensuales de naturaleza psíquica, con lo que de alguna manera se pretende precaver el fraude, al contar el juez con un informe de un experto no comprometido con alguna de las partes. Lo curioso es que sólo se contempló para el período anterior a la entrada en funcionamiento de los Tribunales de Familia y no en los procedimientos permanentes. En cualquier caso, por lo general será de rigor la prueba pericial tratándose de causales de nulidad que se refieren a anomalías o patologías psíquicas.

La sentencia definitiva debe pronunciarse sobre la nulidad y, además, sobre las materias concurrentes. Si no fuere apelada debe elevarse en consulta (art. 92).

La sentencia que declara la nulidad matrimonial una vez ejecutoriada debe subinscribirse al margen de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil. Esta subinscripción la hace oponible a terceros (art. 50 inc. 2°).

IX. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE LA INVALIDEZ DEL MATRIMONIO

1. REGLA GENERAL

La declaración judicial de la nulidad del matrimonio produce, en principio, los mismos efectos que para la nulidad de los contratos establece el art. 1687 del Código Civil, es decir, se tiene como no celebrado y se retrotrae a las partes al estado anterior a su celebración. El art. 50 de la ley señala expresamente que, si bien los efectos de la nulidad se producen desde que queda ejecutoriada la sentencia que la declara, ellos operan con efecto retroactivo: "retrotrayéndose las partes al estado en que se encontraban al momento de contraer el vínculo matrimonial" (art. 50 inc. 1°). Es decir, los presuntos cónyuges recuperan el estado civil que tenían al momento de casarse: solteros, viudos o divorciados.

El matrimonio se tiene como no celebrado para todos los efectos legales. Aunque la nulidad no puede oponerse a terceros mientras la sentencia no haya sido subinscrita al margen de la inscripción matrimonial (art. 50 inc. 2°).

2. MODERACIÓN DE LA RETROACTIVIDAD DE LA NULIDAD. FILIACIÓN Y MATRIMONIO PUTATIVO

El efecto retroactivo de la nulidad matrimonial tiene una gran excepción: la institución del matrimonio putativo, creación propia del Derecho Canónico y que ha llegado a todas las leyes civiles, y que la Ley N° 19.947 suprime en el tradicional art. 122 del Código Civil (art. 3 N° 2) para recogerlo en el art. 51 del nuevo cuerpo legal. En homenaje a la buena fe de los contrayentes y sobre todo para no perjudicar a los hijos nacidos durante la vida del matrimonio nulo, la ley limita los efectos de la nulidad y reputa válido el vínculo.

En general, los requisitos del matrimonio putativo son: 1° Que haya sido celebrado o ratificado (en caso de matrimonio religioso) ante el Oficial del Registro Civil; 2° que haya sido declarado nulo; 3° que haya sido celebrado de buena fe por parte de al menos uno de los cónyuges; 4° que la buena fe se funde en una causa justa de error (art. 51 inc. 1°)⁴⁷.

Frente a los hijos la institución del matrimonio putativo no se basa en la buena fe de los cónyuges: "Con todo, la nulidad no afectará la filiación ya determinada de los hijos, aunque no haya habido buena fe ni justa de causa de error por parte de ninguno de los cónyuges" (art. 51 inc. final). La filiación a la que se refiere la norma es la filiación matrimonial, ya sea por tratarse de un hijo nacido o concebido en matrimonio o por tratarse de un hijo nacido con anterioridad, pero cuyos padres se casan y "matrimonializan" así la filiación (cfr. art. 180 CC).

En cambio para los cónyuges, el matrimonio putativo sólo favorece al que contrae de buena fe y con justa causa de error y mientras permanezca en dicho estado. Durante este tiempo el matrimonio putativo produce los mismos efectos civiles que el válido. Por eso el cónyuge de buena fe tiene derecho para retener las donaciones que por causa de matrimonio le haya hecho el otro cónyuge (art. 51 inc. 3° y art. 1790 CC).

El nuevo precepto ha innovado en dos temas. En primer lugar, ha zanjado el problema de la existencia o no del régimen patrimonial del matrimonio, si la buena fe sólo beneficiaba a uno de los cónyuges. La ley otorga en este caso al cónyuge que contrae de buena fe la opción para, o bien, reclamar la disolución o liquidación del régimen de bienes que hubiere existido en el matrimonio de ser válido, o bien,

⁴⁷ Somarriva, M., ob. cit., N° 78, pp. 100-101.

someterse a las reglas generales de la comunidad, que se aplicarían de considerarse nulo el matrimonio. En todo caso las reglas elegidas se aplican a ambos cónyuges (la solución era propiciada por parte autorizada de la doctrina)⁴⁸.

La segunda innovación pretende otorgar certidumbre sobre la carga y la oportunidad de la prueba de la buena fe para el matrimonio putativo. La Ley señala que se presume que los cónyuges han contraído 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 (art. 52). Da la impresión que la presunción es de derecho, por lo que no se admitiría la prueba de la mala fe en un juicio diverso. Lo que sí podrá discutirse es hasta dónde se extendió la buena fe, ya que ello marca el cese de los efectos civiles.

3. LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Otro efecto de la declaración de nulidad es que da derecho a la compensación económica contemplada por el art. 61 y ss., en cuya regulación el juez ha de tener en cuenta la buena o mala fe de los cónyuges (art. 62). Es importante que se haya incorporado este efecto a la declaración de nulidad, ya que de lo contrario se induciría indebidamente a los cónyuges que han contraído inválidamente a no acogerse al régimen de la nulidad, sino al de divorcio, por el incentivo que representaría la compensación económica. De esta forma, los presuntos cónyuges de un matrimonio nulo (que, además, han obtenido la nulidad canónica de su matrimonio religioso) podrán recurrir a la vía de la nulidad sin temor a no gozar de este beneficio.

X. NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN MATERIA DE NULIDAD

1. DECLARACIÓN DE NULIDAD DE MATRIMONIOS CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO

El art. 80 reproduce sustancialmente el anterior inciso primero del art. 15 de la ley de 1884, pero como una consecuencia de una regla

⁴⁸ Somarriva, M., ob. cit., N° 86, p. 107; Alessandri Rodríguez, Arturo, *Tratado Práctico de las Capitulaciones Matrimoniales, de la Sociedad Conyugal y de los Bienes Reservados de la Mujer Casada*, Imprenta Universitaria, 1935, N° 767, p. 480; Ramos, R., ob. cit., t. I, N° 117, p. 98. En contra, Rossel, Enrique, *Manual de Derecho de Familia*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 7ª edic., Santiago, 1994, N° 80, p. 60, quien sostiene que se produce la sociedad conyugal incluso en favor del cónyuge de mala fe.

general: "Los requisitos de forma y de fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración. Así 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". Se innova al agregar una condición especial que se encontraba implícita en el anterior precepto, pero que la observación de la evolución de ciertas leyes extranjeras aconsejaba ahora dejar expresado: se reconoce únicamente el matrimonio heterosexual: "siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer" (art. 80 inc. 1°).

De esta manera, la nulidad del matrimonio celebrado en país extranjero se rige, en materia de causales, por la ley del lugar de celebración, con lo que se mantiene el criterio de la doctrina sobre el anterior precepto del art. 15⁴⁹. Tampoco se innova realmente sobre el no reconocimiento del matrimonio homosexual, porque ya la doctrina había establecido que para que pueda declararse la nulidad de un matrimonio en Chile debía tratarse de un matrimonio que reúne los requisitos de existencia. La nueva ley aquí no ha hecho más que explicitar, por razones contingentes respecto de lo que ocurre hoy en otros ámbitos, que no se reconoce para ningún efecto, ni siquiera para los que provendrían de la declaración de nulidad, una unión que ni siquiera existe como matrimonio, según el concepto del art. 102 del Código Civil. Lo mismo se aplicará si se trata de falta de consentimiento o incluso si no hay formalidad ninguna⁵⁰.

Si nos atenemos ahora al matrimonio que cumple con los requisitos de existencia mínimos, deberemos decir que, atendiendo al inciso primero del art. 80, en principio sólo podrá considerarse nulo aquel matrimonio celebrado en el extranjero con infracción a algún requisito de validez ya sea de fondo o de forma establecido en la ley extranjera.

⁴⁹ Probablemente se mantendrá la duda sobre la aceptación o no en este caso del reenvío, es decir, si la ley del lugar de celebración declara que los requisitos del matrimonio son regulados por otra ley, por ejemplo, la de la nacionalidad de los contrayentes. En favor del reenvío se pronunciaba para el anterior art 15 de la ley de 1884, Guzmán Latorre, Diego, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Edit. Jurídica de Chile, 2ª edic., 1989, p. 468. De esta forma cuando el nuevo precepto señala que se aplica la "ley del lugar de su celebración" no se refiere al derecho matrimonial interno, sino a la ley que, según el derecho vigente en ese lugar, le sería aplicable a ese concreto matrimonio.

⁵⁰ Guzmán, D., ob. cit., p. 463, observaba bajo la legislación anterior que no podría reconocerse en Chile un matrimonio meramente consensual, aun cuando la *lex loci* lo contemplara como válido. Se funda en que el art. 102 del Código Civil exige que se trate de un contrato solemne. También sostiene que no podría reconocerse en Chile si se celebra un matrimonio en que la esposa es forzada por sus padres a casarse (Guzmán, D., ob. cit., p. 467).

Es decir, el matrimonio puede ser válido en conformidad con la ley chilena, pero si es nulo de acuerdo con la ley del lugar de celebración, los tribunales chilenos, en caso de ser competentes, deben aplicar la ley extranjera y declarar la invalidez de la unión⁵¹. La excepción estaría dada por el control que puede tener el tribunal chileno para resguardar el orden público chileno⁵².

No obstante, los incisos 2° y 3° de la norma establecen que el matrimonio celebrado en país extranjero, aunque válido de acuerdo al derecho del lugar donde se celebró, no lo será si ha sido contraído en contravención a lo dispuesto en los arts. 5, 6 y 7 de esta ley (es decir, las incapacidades o impedimentos dirimientes) o sin el consentimiento libre y espontáneo de los contrayentes (es decir, si el consentimiento ha estado afectado por error o fuerza de acuerdo con lo que dispone el art. 8 de la ley). La aplicación extraterritorial de la ley matrimonial chilena es más amplia, según este precepto, que como lo era en el art. 15 de la ley anterior, ya que esta última disposición restringía la aplicación de la ley chilena sólo al supuesto en que uno de los contrayentes fuera chileno y que la contravención se produjera respecto de los impedimentos.

Ahora, la disposición se aplica a todo matrimonio contraído en el extranjero, cualquiera sea la nacionalidad de los contrayentes, y no sólo puede ser declarado nulo por contravenir las normas sobre incapacidades, sino por adolecer de un vicio del consentimiento⁵³.

En suma, el matrimonio contraído en el extranjero, por cónyuge de cualquier nacionalidad, puede ser declarado nulo por un tribunal chileno, supuesta su competencia, sea por las causales de fondo o de

⁵¹ Así, lo señalaba Guzmán, D., ob. cit., p. 477. Esta conclusión parece ahora más segura, en vista de la derogación del art. 121 del Código Civil que disponía que "el matrimonio que, según las leyes del país en que se contrajo, pudiera disolverse en él, no podrá, sin embargo, disolverse en Chile, sino en conformidad a las leyes chilenas" (derogado por el art. 3, N° 1, de la nueva ley). Algunos, en atención a que el art. 37 de la ley de 1884 consideraba la nulidad como causa de disolución del matrimonio, aplicaban el art. 121 Código no sólo al divorcio vincular, sino también a la nulidad. Llegaban, así, a la conclusión de que el matrimonio sólo podía anularse en Chile, si la causal establecida por la ley extranjera también era contemplada en la ley chilena (así, Bulnes R., Francisco, en Eduardo Hamilton (dir.), *Solución de conflictos de leyes y jurisdicción en Chile*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1966, p. 129, Rossel, E., ob. cit., N° 72, p. 55).

⁵² Según Guzmán, D., ob. cit., p. 467, el orden público puede operar para estimar válidos matrimonios que, según la *lex loci*, son nulos, como sería si la ley del lugar estableciera la nulidad del matrimonio por pertenecer los cónyuges a razas diferentes.

⁵³ Según Guzmán, D., ob. cit., p. 467, incluso bajo el anterior art. 15 de la Ley de Matrimonio Civil los tribunales podrían considerar nulo un matrimonio aplicando la ley nacional, por razón de orden público, ya que "en líneas generales, puede decirse que todas las prohibiciones e impedimentos que establece la ley chilena son de orden público".

forma que establezca la ley del lugar de su celebración (salvo que ello se oponga al orden público chileno), y por las causales de los arts. 5, 6, 7 y 8 de la ley chilena. La ley de las causales de nulidad será la que se aplique a la titularidad, forma de ejercicio de la acción, caducidad o prescripción, etc.

Sobre la aplicación o no de los llamados impedimentos impeditivos contenidos en el art. 105 y siguientes del Código Civil (menor edad, guarda y segundas nupcias), la nueva ley, al igual que la anterior, ha guardado silencio. Estimamos que las normas son aplicables si la contravención la realiza un chileno, por aplicación del art. 15 N° 1 del Código Civil⁵⁴. Pero recuérdese que la violación de estos impedimentos no produce la nulidad del matrimonio contraído.

2. RECEPCIÓN DE SENTENCIAS DE NULIDAD PRONUNCIADAS POR TRIBUNALES EXTRANJEROS

De acuerdo con el art. 83 inc. 2°, las sentencias de nulidad dictadas por tribunales extranjeros serán reconocidas en Chile conforme a las reglas generales que establece el Código de Procedimiento Civil, es decir, deben ser sometidas al trámite del exequátur (art. 242 y ss. CPC).

Las sentencias se reconocerán de acuerdo a los tratados⁵⁵, al criterio de la reciprocidad y finalmente a los requisitos mínimos que establece el art. 245 CPC, entre los que destacamos que no se opongan a la jurisdicción nacional y que "no contengan nada contrario a las leyes de la República", expresión que no debe entenderse literalmente, sino en el sentido de que no se opongan a principios o reglas consideradas de orden público nacional⁵⁶. No puede aplicarse ya la teoría que postulaba que sólo podían reconocerse las sentencias de nulidad de matrimonios celebrados en el extranjero cuando la causal de fondo estuviere prevista, tanto en la ley del lugar de celebración como en la ley chilena, por entender que los arts. 120 y 121 del Código Civil al limitar la disolución del matrimonio hacían referencia también a la nulidad⁵⁷. Derogadas estas disposiciones, tal teoría no

⁵⁴ Así, Claro Solar, L., ob. cit., t. I, N° 709, p. 397; Guzmán, D., ob. cit., p. 469. En contra, Somarriva, M., ob. cit., p. 72; Bulnes, F., ob. cit., pp. 101-102, que sostienen que por el criterio de la especialidad la norma de la Ley de Matrimonio Civil prevalece sobre el art. 15 N° 1 del Código Civil.

⁵⁵ Entre países que han ratificado el Código Bustamante regirán las disposiciones de los arts. 423 a 431 de dicho tratado.

⁵⁶ Guzmán, D., ob. cit., p. 583.

⁵⁷ Bulnes, F., ob. cit., p. 130.

puede ya sustentarse, por lo que podrá reconocerse la sentencia de nulidad fundada en una causal de fondo que sólo esté prevista en la ley extranjera (salvo la posible oposición al orden público).

3. LEY QUE RIGE LOS EFECTOS DE LA NULIDAD

El art. 84 dispone que “la ley que rija el divorcio y la nulidad del matrimonio se aplicará también a sus efectos”. En cuanto al divorcio la ley aplicable está claramente designada en el art. 83 inc. 1º: es la ley aplicable a la relación matrimonial al momento de interponerse la acción. No ha dicho, en cambio, el legislador cuál es la ley aplicable a la nulidad⁵⁸, y surge la interrogante sobre cómo interpretar la norma.

Por los antecedentes que la originaron hay que entender que por “ley que rige la nulidad” se designa la ley que establece la causal conforme a la cual ella se declara⁵⁹. Si la ley es extranjera, los efectos de la nulidad declarada serán los que prevea esa legislación (con la salvedad de respeto del orden público).

Si la ley que se aplicó para declarar nulo el matrimonio celebrado en el extranjero fue la chilena, ésta regulará sus efectos. Lo mismo pensamos sucederá si se anula el matrimonio por causales coincidentes entre la ley extranjera y la ley chilena. Recuérdese que en general

⁵⁸ En general todas estas normas quedaron con un tenor difícil de explicar, porque la Sala del Senado suprimió una norma que había aprobado la Comisión, a sugerencia del profesor Enrique Barros, que fijaba la ley aplicable a la relación matrimonial: se aplicaba la ley del domicilio común de los cónyuges, en su defecto la de la nacionalidad común y finalmente la ley del país con el que estén o hayan estado más conectados los cónyuges a juicio prudencial del tribunal (art. 82 del proyecto aprobado por la Comisión en su 2º informe de 15 de diciembre de 2003). En la Sala esta norma despertó todo tipo de dudas y complicaciones, y finalmente se aprobó su eliminación (sesión 33, de 21 de enero de 2004, p. 753 y ss.). La indicación para suprimirla fue propuesta por el senador Jovino Novoa por entender que los efectos de los matrimonios celebrados en el extranjero debían regirse por la ley chilena. Pero los legisladores olvidaron adaptar el art. 83 que habla de ley aplicable a la relación matrimonial y el art. 84 que regula la ley aplicable a los efectos de la nulidad y el divorcio.

⁵⁹ Existe un antecedente histórico que avala esta interpretación. En la minuta presentada por el profesor Enrique Barros a la Comisión de Constitución del Senado de fecha 5 de diciembre de 2002, donde ya aparece en sustancia lo que sería el tenor del actual art. 84, se hace una expresa mención al criterio diferente que se aplica para determinar la ley aplicable a los efectos del divorcio y la ley que regirá los efectos de la nulidad. Para el divorcio se aplica la ley que rige los efectos del matrimonio, mientras que la nulidad, leemos en la minuta, “queda sujeta a la ley del lugar de celebración del matrimonio”. Prosigue señalando el profesor Barros que existen razones que explican la diferencia, ya que “mientras la nulidad se refiere a la ley que rigió los requisitos de forma y fondo de su celebración, el divorcio tiene su fundamento en circunstancias sobrevinientes. Esta diferencia justifica que la nulidad se rija por la ley de la celebración, con las reservas de orden público internacional referidas en el art. 1º [equivalente al actual art. 80]”.

el art. 16 del Código Civil sienta el principio que los efectos de los actos jurídicos para cumplirse en Chile deben arreglarse a la ley chilena.

XI. RÉGIMEN TRANSITORIO

1. LA APLICACIÓN DE LA LEY A LOS MATRIMONIOS CONTRAÍDOS CON ANTERIORIDAD A SU ENTRADA EN VIGOR

La Nueva Ley de Matrimonio Civil contempla un plazo de *vacatio legis*. Según el artículo final, ella entrará en vigencia seis meses después de su publicación en el Diario Oficial. Los seis meses se cumplieron el día 17 de noviembre de 2004 (la publicación se produjo el 17 de mayo), por lo que la ley entró en vigor al día siguiente: el 18 de noviembre de 2004.

En los artículos transitorios el legislador ha contemplado la situación de los matrimonios contraídos y los procesos judiciales iniciados antes de la entrada en vigor de la nueva regulación.

En lo que se refiere a los matrimonios, la Ley N° 19.947 no ha respetado el principio previsto en el art. 3 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes en el sentido de que el estado civil adquirido (y, por lo tanto, las causales de su extinción) se rigen por la ley vigente a la fecha de su constitución y no por la nueva ley. En cambio, según el art. 2° transitorio de la Ley N° 19.947, tanto el régimen de separación como el de nulidad y divorcio previstos en ella, se aplicarán a todos los matrimonios que fueron contraídos bajo el imperio de la ley anterior⁶⁰.

En lo que concierne a nuestro tema, se aplica a los matrimonios anteriores todo el régimen de nulidad, en cuanto a causales, titularidad, plazos de caducidad, pero con una excepción contenida en el inc. 2° del art. 2° transitorio: se mantienen las causales de nulidad fundadas en la omisión de formalidades exigidas por la ley anterior. Esto podría inducir a pensar que se mantuvo para estos matrimonios la causal de incompetencia del Oficial del Registro Civil, pero curiosamente el mismo precepto lo niega al señalar que "los cónyuges no podrán hacer valer la causal de nulidad por incompetencia del Oficial

⁶⁰ Esta retroactividad es impugnabile por inconstitucional sobre todo tratándose de las causas de divorcio que cambien el estatuto bajo el cual los cónyuges contrajeron nupcias. Cfr. Barrientos, J. y Novales, A., ob. cit., p. 357-358.

del Registro Civil prevista en el artículo 31 de la Ley de Matrimonio Civil del 10 de enero de 1884” (art. 2º trans. inc. 2º). Con lo cual la conservación parece sólo restringirse a la falta de testigos hábiles, que es la otra formalidad que era requerida como requisito de validez por la ley anterior. Si bien esta causal también es recogida por la nueva ley, la excepción podría justificarse, ya que en la ley anterior la nulidad en este caso es considerada imprescriptible.

2. LOS JUICIOS YA INICIADOS

Los juicios de nulidad ya iniciados al momento de la entrada en vigencia de la ley (18 de noviembre de 2004) continúan sustanciándose conforme al procedimiento anterior, salvo que las partes pidan la aplicación del nuevo procedimiento. La legislación de fondo que se les aplica es la ley de 1884. Así lo dispone el art. 3 transitorio en su inciso 2º: “En dicho caso, se aplicará a la nulidad del matrimonio la legislación vigente al momento de contraerse el vínculo”.

La expresión “En dicho caso” podría entenderse restringida sólo al caso de excepción en que los litigantes piden la conversión del procedimiento⁶¹. Tal interpretación debe rechazarse, porque se daría el absurdo de que el juicio se sustanciara conforme a la nueva ley y se rigiera en el fondo por la antigua y, a la inversa, que el juicio tramitado conforme a la antigua ley tendría que obligatoriamente ceñirse a la legislación de fondo nueva. La expresión “En dicho caso”, debe entenderse referida a todo el supuesto previsto en el inciso primero del art. 3º transitorio, es decir, a todos los juicios de nulidad ya iniciados.

Deben entenderse ya “iniciados” los juicios desde el momento en que se haya trabado la *litis*, es decir, desde la notificación legal de la demanda de nulidad.

La ley aclara que la prosecución del juicio de nulidad no impide que una vez terminado, por sentencia judicial ejecutoriada (debe entenderse rechazando la nulidad del matrimonio), se ejerzan las acciones previstas en la Nueva Ley, sin perjuicio de la excepción de cosa juzgada que pudiere corresponder (art. 5º transitorio). Así, el que se haya rechazado la nulidad por la causal de incompetencia del Oficial del Registro Civil no impediría que se ejerciera la acción por alguna de las nuevas causales que establece la Ley Nº 19.947. La excepción de cosa juzgada impedirá que se renueve el juicio sobre causales que son sustancialmente idénticas (por ejemplo, demencia y privación de uso

⁶¹ Así parecen entenderlo Barrientos, J. y Novales, A., ob. cit., p. 464.

de la razón). Habrá también que considerar si la nueva acción de nulidad que se pretende ejercer no está extinguida por la muerte de uno de los cónyuges o por la prescripción.

3. ADAPTACIÓN AL NUEVO PROCESO PENAL

Como hemos dicho, el impedimento de homicidio está concebido en los términos de la reforma procesal penal de manera que rige desde que se hubiere formalizado la investigación en contra del culpable. El art. 7 transitorio soluciona el problema que se dará para los casos en los que no se aplica la reforma por tratarse de hechos acontecidos con anterioridad a su entrada en vigor. En tal caso, la inhabilidad afecta a los que tengan la calidad de procesados como autor, cómplice o encubridor del homicidio de la mujer o marido.

XII. UNA EVALUACIÓN PROVISIONAL

En general, el régimen de requisitos matrimoniales y de nulidad diseñado por la ley nos parece razonable y acorde con las tendencias más modernas que, en la materia, están reflejadas por la jurisprudencia y la doctrina canónicas.

Se podría criticar la incorporación de nuevas causales de incapacidades consensuales de carácter psíquico, tomadas del actual Código de Derecho Canónico, ya que al introducirlas en un entorno procesal muy distinto al proceso canónico, podrían prestarse para revivir por otra vía los juicios de nulidad fraudulentos. Pensamos que ello difícilmente sucederá. Primero, porque la consagración de un divorcio por mero cese de la convivencia en plazos brevísimos (un año si hay mutuo acuerdo) hace muy improbable que se prefiera la vía del fraude de una causal de nulidad compleja de apreciar, que requiere peritajes, testigos, etc., para obtener la libertad nupcial que se pretende. Por otra parte, la redacción de las causales ha sido, a mi juicio, suficientemente específica para orientar al juez para apreciar si hubo incapacidad para consentir o no respecto del matrimonio. Cierto es que se ocupan términos de textura abierta, como "comunidad de vida", "naturalidad y fines del matrimonio", etc., que necesitan una concreción por parte de la jurisprudencia. Pero ello es inevitable. En el ámbito patrimonial, operan como causales de nulidad términos igual o más amplios: buenas costumbres, orden público, contravención al Derecho público chileno, etc., y nadie ha sostenido que deba suprimirse la ilicitud del objeto o de la causa por el riesgo de que puedan prestarse

para obtener nulidades fraudulentas de un contrato. Por último, la previsión de peritos especiales para juzgar estas materias y el trámite de la consulta a falta de apelación de la sentencia definitiva son elementos que deberían también operar en favor de un uso correcto y razonable de la normativa.

En todo caso los peligros de utilización fraudulenta parecen compensados ampliamente por las ventajas que proporciona esta modernización de las causales de nulidad matrimonial. Una de ellas es que efectivamente hay matrimonios que son nulos por este tipo de incapacidades y los contrayentes tienen el derecho a que se reconozca que su matrimonio fue inválidamente celebrado y no se les presione para recurrir al expediente del divorcio. Además, la consagración de causales de nulidad sustancialmente coincidentes con las del Derecho Canónico hará posible que los matrimonios religiosos declarados nulos por los tribunales eclesiásticos puedan obtener la nulidad en sede civil aportando las pruebas que ya se han tenido en cuenta en el proceso canónico, sin que tengan que recurrir al proceso de divorcio, que contravendría sus convicciones morales y religiosas. Aunque la nueva ley no lo dice, parece evidente que entre el expediente canónico de nulidad, con sus informes y deposiciones, será un elemento probatorio que tendrá especial fuerza para que el juez civil forme su propia convicción sobre la existencia de las incapacidades psíquicas o error en la cualidad personal de que habla la nueva ley.

Nos hemos ceñido a evaluar el régimen de nulidad en sí mismo, pero corresponde decir algo sobre el contexto de la regulación en la cual se encuentra inserto: es decir, el texto completo de la Ley de Matrimonio Civil⁶². Si miramos la ley en su conjunto, podemos con cierta facilidad ver que se trata de un texto legal que padece de una cierta "esquizofrenia" o contradicción esencial en cuanto a lo fundamental; la institución que se está regulando: el matrimonio. Por una parte, la ley mantiene la definición del art. 102 del Código Civil, exige requisitos y formalidades para la celebración, consagra un completo régimen para verificar la validez o invalidez del vínculo, todo lo cual resulta congruente con una concepción concreta del matrimonio: el matrimonio como acto jurídico, como contrato institucional, que es indisponible y trasciende la voluntad de los contrayentes. Pero, por otro lado, el mismo legislador dispone que ese acto con tantos requisitos y causales de nulidad tan refinadas puede ser suprimido en su

⁶² Para una visión panorámica, véase nuestro trabajo "Una ley de paradojas" cit., pp. 259-272.

eficacia por el cese de la convivencia y la voluntad incluso unilateral de uno de los cónyuges (arts. 55, 56 y ss.). En esta parte, el concepto de matrimonio muda al de mera situación de hecho con efectos jurídicos, que se mantienen mientras dure la voluntad de vida común de los partícipes. Si el matrimonio es un hecho jurídico, y no un contrato o negocio jurídico, la nulidad tiene bien poco que hacer. Los hechos no se declaran nulos, dejan de producirse y punto. El divorcio, en este sentido, no es más que la constatación revestida de la autoridad del poder judicial, de la extinción de un hecho: la convivencia.

Pero el problema no es sólo que la ley haya recogido dos modelos antitéticos de matrimonio: el del art. 102 del Código Civil y el de los arts. 55 y 56 de la ley, sino que en la práctica, al hacer irrenunciable el modelo divorcista (art. 57), parece haber impuesto éste al primero⁶³. No obstante, pensamos que ante tamaña antinomia, una interpretación de la ley que considere el conjunto de sus disposiciones y que contemple su inserción bajo las normas y principios constitucionales que favorecen la estabilidad de la familia matrimonial, debería conducir a restringir las causales de divorcio, a morigerar su impacto en la familia, ya sea por medio de la doctrina del abuso del derecho o de la buena fe, y en todo caso a excluir la idea de que se haya consagrado entre nosotros el divorcio como un derecho individual y absoluto a desahuciar el matrimonio.

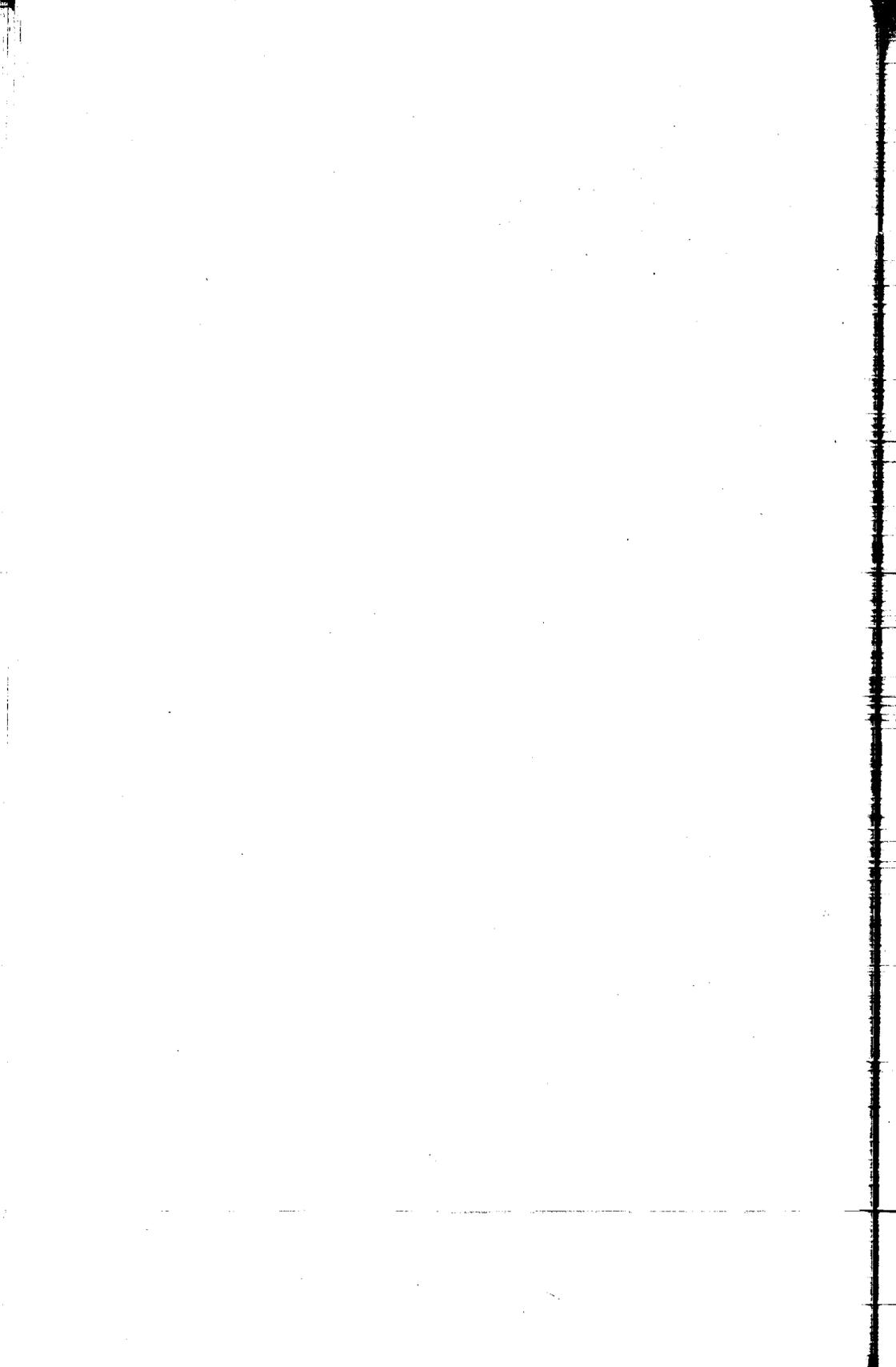
Aun así, propiciando esta interpretación "profamilia" de la nueva ley, es muy probable, que, como ha sucedido en experiencias extranjeras, el régimen de la nulidad sea apenas ocupado, mientras proliferan los procesos de divorcio, en una espiral que no se detiene en los años iniciales de aplicación del texto legal, sino que se alimenta a sí misma. El divorcio, por restringido que sea, debilita la imagen legal del matrimonio y los deberes de solidaridad que de él emanan y engendra mayor proporción de rupturas que se radicalizan hasta hacer irreversible la separación. Si el matrimonio es apreciado como una relación de hecho, se disuelve eliminado el hecho que la produce: la convivencia. La nulidad del pacto conyugal, en esta visión, no es más que parafernalia inútil.

Los resultados de la aplicación práctica de este modelo matrimonial y la introducción de la llamada "cultura del divorcio" son suficiente-

⁶³ Lo que, a nuestro juicio, constituye un vicio de inconstitucionalidad, ya que se ha marginado del sistema legal civil a los que quieren contraer matrimonio indisoluble y el Estado ha faltado a su deber de proteger y fortalecer la familia. Por el contrario, les impone a todos un modelo de matrimonio más volátil y menos perdurable en el tiempo.

mente conocidos⁶⁴. Sería raro que nos viéramos inmunes a ellos. Para paliarlos me parece, en todo caso, que las partes de la ley que se basan en el matrimonio como compromiso jurídico indisponible deben ser utilizadas para interpretar restrictivamente el régimen de divorcio. Esperamos además que, ante los primeros indicios de los estragos sociales que puede causar una legislación de esta naturaleza, se reforme la ley, al menos para permitir que la opción del matrimonio indisoluble sea reconocida efectivamente para aquéllos que quieren unirse, no en una mera convivencia o relación de pareja, sino en una comunidad que une para siempre, en lo favorable y en lo adverso, en salud o enfermedad, por "todos los días de la vida".

⁶⁴ Cfr. *Informe sobre el divorcio. La evidencia empírica internacional*, Universidad de los Andes, Santiago, 2002, donde se sistematiza y recopila la información estadística que proporcionan múltiples estudios, sobre todo en Estados Unidos, que es donde más se ha trabajado el tema. Con el método del seguimiento de casos de hijos de divorciados, puede verse el estudio de Wallerstein, Judith S.; Lewis, Julia M. y Blakeslee, Sandra, *El inesperado legado del divorcio*, trad. Graciela Jáuregui, Atlántida. México-Buenos Aires, 2001. Sobre la necesidad de dismantelar la verdadera cultura del divorcio, es muy revelador el estudio de Whitehead, Barbara Dafoe, *The divorce culture*, Alfred A. Knopf, New York, 1997.



EL RECONOCIMIENTO CIVIL DEL MATRIMONIO RELIGIOSO

ANASTASÍA ASSIMAKÓPULOS FIGUEROA

*Licenciada en Derecho Canónico
(Pontificia Universidad de la Santa Cruz, Roma)
Profesora de Derecho Canónico
Universidad de los Andes*

I. LA UNIDAD DEL PACTO CONYUGAL: LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL ES ÚNICA

La novedad del reconocimiento del matrimonio religioso en la nueva Ley de Matrimonio Civil no se refiere sólo a la posibilidad de celebrar las nupcias bajo las creencias de los contrayentes, sino en un sentido más profundo muestra la unidad del pacto conyugal, es decir, la existencia de un solo matrimonio.

Uno de los aportes más importantes de la ciencia canónica en el ámbito del Derecho Matrimonial es el descubrimiento de la centralidad del pacto conyugal como causa eficiente de la unión conyugal. Este pacto consiste en el consentimiento matrimonial —es decir, de la entrega y aceptación recíproca de los cónyuges—, revestido de ciertos elementos jurídicos, que se refieren a la capacidad, el contenido del consentimiento y la forma de manifestarlo¹.

En definitiva, la prestación del consentimiento matrimonial es un único acto que requiere dos voluntades y que crea el vínculo conyugal, se realiza una sola vez, por lo tanto, existe un solo matrimonio.

¹ Código de Derecho Canónico, canon 1057: "§ 1. El matrimonio lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles, consentimiento que ningún poder humano puede suplir.

§ 2. El consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio".

En nuestra cultura la unidad del pacto conyugal se ha difuminado por la existencia del matrimonio civil como única forma de unión conyugal reconocida por el Estado de Chile. Tenemos la impresión que las personas se casan dos veces, aunque para la gran mayoría de los chilenos una celebración es la verdadera: la religiosa.

El Estado se ha reservado la jurisdicción sobre los matrimonios, y quizás, por eso, nos parece algo especial el reconocimiento del matrimonio religioso en nuestro país. Sin embargo, en el Derecho comparado encontramos esta figura como una práctica común².

II. RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO RELIGIOSO EN EL CONTEXTO DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA

“El derecho de libertad religiosa tiene por objeto la fe [conjunto de creencias], como acto, y la fe, como contenido de dicho acto, así como la práctica de la religión en todas sus manifestaciones individuales, asociativas o institucionales, tanto públicas como privadas”³. En este contexto, debemos recordar que la Constitución de la República de Chile, en el artículo 19 N° 6 del Capítulo III que trata “De los derechos y deberes constitucionales”, señala:

Artículo 19 N° 6. La Constitución asegura a todas las personas: La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.

Por otra parte la Ley N° 19.638, que “Establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas”, señala en los tres primeros artículos:

Art. 1. El Estado garantiza la libertad religiosa y de culto en los términos de la Constitución Política de la República.

Art. 2. Ninguna persona podrá ser discriminada en virtud de sus creencias religiosas, ni tampoco podrán éstas invocarse como motivo para suprimir, restringir o afectar la igualdad consagrada en la Constitución y la ley.

² Por ejemplo, Italia, a través del Acuerdo italiano entre la Santa Sede y la República italiana, de 2 de febrero de 1984; y España, fruto del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, del 3 de enero de 1979.

³ Viladrich, Pedro - Juan y Ferrer Ortiz, Javier, “Los principios informadores del Derecho Eclesiástico Español”, en AA.VV., *Derecho Eclesiástico del Estado español*, 4ª edic., Pamplona, 1996, p. 189.

Art. 3. El Estado garantiza que las personas desarrollen libremente sus actividades religiosas y la libertad de las iglesias, confesiones y entidades religiosas.

El capítulo siguiente establece:

Art. 6. La libertad religiosa y de culto, con la correspondiente autonomía e inmunidad de coacción, significan para toda persona, a lo menos, las facultades de: b) Practicar en público o en privado, individual o colectivamente, actos de oración o de culto; [...]; celebrar sus ritos.

En este sentido, la celebración del matrimonio religioso y su reconocimiento por parte del Estado es una forma de manifestación de las creencias de los contrayentes, ejercicio de la libertad de conciencia, concreción de la garantía que el Estado ofrece a los miembros de la sociedad chilena de desarrollar libremente sus actividades religiosas.

III. EXPOSICIÓN DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL⁴

1. ENTIDADES RELIGIOSAS

El artículo 20 de la Ley de Matrimonio Civil trata de los matrimonios celebrados ante entidades religiosas que gocen de personalidad jurídica de derecho público, por tanto, se debe mencionar brevemente qué instituciones son éstas.

⁴ Ley 19.947, artículo 20: "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, en especial lo prescrito en este Capítulo, desde su inscripción ante un Oficial del Registro Civil.

El acta que otorgue la entidad religiosa en que se acredite la celebración del matrimonio y el cumplimiento de las exigencias que la ley establece para su validez, como el nombre y la edad de los contrayentes y los testigos, y la fecha de su celebración, deberá ser presentada por aquéllos 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.

El Oficial del Registro Civil verificará el cumplimiento de los requisitos legales y dará a conocer a los requerientes de la inscripción los derechos y deberes que corresponden a los cónyuges de acuerdo a esta ley. Los comparecientes deberán ratificar el consentimiento prestado ante el ministro de culto de su confesión. De todo lo anterior quedará constancia en la inscripción respectiva, que también será suscrita por ambos contrayentes.

Sólo podrá denegarse la inscripción si resulta evidente que el matrimonio no cumple con alguno de los requisitos exigidos por la ley. De la negativa se podrá reclamar ante la respectiva Corte de Apelaciones.

Los efectos del matrimonio así inscrito se registrarán, en todo, por lo prescrito en esta ley y en los demás cuerpos legales que se refieren a la materia"

La Ley N° 19.638, comúnmente llamada "Ley de culto", contiene la normativa que regula la constitución y la adquisición de personalidad jurídica de las colectividades religiosas, que define como "entidades integradas por personas naturales que profesen una determinada fe"⁵, que se concretan en iglesias, confesiones e instituciones religiosas de cualquier culto⁶.

La norma reconoce el derecho de las entidades religiosas a organizarse de acuerdo a su propia naturaleza, a través de la posibilidad de crear personas jurídicas de conformidad a la legislación estatal vigente. La ley contempla un procedimiento para que dichas colectividades adquieran personalidad jurídica en Chile.

Por otra parte, el artículo 20 de la ley mencionada dispone:

Art. 20. El Estado reconoce el ordenamiento, la personalidad jurídica, sea ésta de derecho público o de derecho privado, y la plena capacidad de goce y ejercicio de las iglesias, confesiones e instituciones religiosas que los tengan a la fecha de publicación de esta ley, entidades que mantendrán el régimen jurídico que les es propio, sin que ello sea causa de trato desigual entre dichas entidades y las que se constituyan en conformidad a esta ley.

El reglamento de la Ley de Matrimonio Civil ha establecido que el Registro Civil tendrá en su base de datos una nómina de las entidades religiosas con personalidad jurídica de derecho público⁷. Esto ayudará a agilizar el procedimiento de inscripción de un matrimonio religioso.

Estas cuestiones preliminares tienen gran importancia para determinar cuándo un matrimonio celebrado de acuerdo a una confesión religiosa podrá tener efectos civiles. Sólo podrán tenerlos aquellas uniones matrimoniales que se hayan celebrado ante entidades religiosas que gocen de personalidad jurídica de derecho público en el Estado de Chile. Esto no es una discriminación para aquellas organizaciones de culto que no gozan de tal atributo ante el derecho nacional, porque en nuestro ordenamiento jurídico existe la posibilidad de que todas las confesiones religiosas sean reconocidas por el Estado.

⁵ Ley N° 19.638, artículo 4: "Para los efectos de esta ley, se entiende por iglesias, confesiones o instituciones religiosas a las entidades integradas por personas naturales que profesen una determinada fe".

⁶ Ley N° 19.638, artículo 5: "Cada vez que esta ley emplea el término "entidad religiosa", se entenderá que se refiere a las iglesias, confesiones e instituciones religiosas de cualquier culto".

⁷ Reglamento de la Ley de Matrimonio Civil, artículo 24: "El Servicio de Registro Civil e Identificación contará en su base de datos con una nómina de las entidades religiosas con personalidad jurídica de derecho público a que se refiere el artículo precedente. Esta nómina se formará y mantendrá actualizada mediante la información que periódicamente entregará el Ministerio de Justicia al Servicio de Registro Civil e Identificación".

2. VALOR DE LA CEREMONIA RELIGIOSA EN DISTINTAS CONFESIONES

En nuestra opinión, no basta que una entidad religiosa goce de personalidad jurídica de derecho público, ya que no todas las celebraciones nupciales tienen la connotación de ser la instancia de manifestación del consentimiento matrimonial de los esposos, es decir, no todos los matrimonios religiosos generan el vínculo conyugal. Es así como en las comunidades cristianas nacidas de la Reforma –luteranos, anglicanos y evangélicos en general– el único matrimonio es el celebrado ante el oficial del Registro Civil. Los contrayentes van al templo a pedir la bendición de Dios y de los demás fieles⁸.

En cambio, en la Iglesia Católica el centro del matrimonio religioso es la manifestación del consentimiento matrimonial de los esposos. En las Iglesias Ortodoxas, el elemento imprescindible es la bendición del sacerdote a los contrayentes que ya han manifestado su consentimiento. Para los fieles de estas Iglesias la única forma de casarse es el matrimonio religioso, contraído dentro de una ceremonia de culto.

En la religión musulmana, el matrimonio es un contrato entre un hombre y una mujer, que el Corán califica como una alianza, término que sólo usa en pasajes donde Dios ordena a sus criaturas que lo adoren, profesen su unidad o cumplan la ley⁹. Se muestra una voluntad de distinguirlo de los demás actos jurídicos bilaterales. El matrimonio musulmán es un contrato civil que termina con una ceremonia religiosa. Para su validez, requiere haberse acordado por mutuo consentimiento de los contrayentes, quienes deben ser personas capaces, y pactarse ante dos testigos.

3. REQUISITOS CONTEMPLADOS POR LA LEY

El artículo 20 de la Ley de Matrimonio Civil señala que “los matrimonios celebrados ante las entidades religiosas que gozan de personalidad jurídica producirán los mismos efectos que el matrimonio civil, siempre que cumplan con los requisitos contemplados en la ley, en especial lo prescrito en este Capítulo”. Por tanto, corresponde analizar cuáles son estos requisitos y cómo se deben cumplir.

⁸ Agradecemos la información a don Juan Alberto Rabah Cahbar.

⁹ Arrieta Ochoa De Chinchetru, José Ramón, “El matrimonio mixto entre parte católica y parte musulmana”, en *Ius Canonicum*, <http://www.iuscanonicum.org/articulos/art049.html>.

3.1. Requisitos previos al matrimonio

Éstos se refieren a las condiciones necesarias para celebrar el matrimonio —requisitos de validez—, no a las diligencias previas a la celebración civil.

La manifestación e información, diligencias previas a la celebración del matrimonio civil no son una exigencia para el matrimonio religioso, por lo tanto, el ministro de culto no debe exigirlo a los contrayentes. Evidentemente, éstos querrán que su matrimonio tenga efectos civiles y, en consecuencia que sea inscrito, para esto es necesario que sea válido civilmente.

En la Iglesia Católica compete al párroco constatar que nada se opone a la celebración válida y lícita del matrimonio¹⁰.

La validez civil también le interesa al ministro de culto que puede incurrir en un delito, tipificado en el artículo 388 del Código Penal¹¹. Por tanto, sería razonable pedir que los contrayentes hayan realizado estos trámites ante el Oficial del Registro Civil.

3.2. En la celebración del matrimonio religioso

La celebración válida del matrimonio religioso constituye uno de los requisitos señalados por el artículo 20 de la ley analizada. En el caso de ser nula, no se estaría frente a un matrimonio religioso, por lo tanto, no susceptible de tener efectos civiles.

La ley entrega a las disposiciones de cada entidad religiosa la forma de celebración de las nupcias. Sin embargo, en nuestra opinión, el

¹⁰ Código de Derecho Canónico de 1983, canon 1066: "Antes de que se celebre el matrimonio debe constar que nada se opone a su celebración válida y lícita".

Código de Derecho Canónico de 1983, canon 1067: "La Conferencia Episcopal establecerá normas sobre el examen de los contrayentes, así como sobre las proclamas matrimoniales u otros medios oportunos para realizar las investigaciones que deben necesariamente preceder al matrimonio, de manera que, diligentemente observadas, pueda el párroco asistir al matrimonio".

La Conferencia Episcopal, en uso de las facultades que le otorga el Código de Derecho Canónico, ha hecho recaer esta obligación en el párroco. Cfr. *Legislación Complementaria de la Conferencia Episcopal de Chile al Código de Derecho Canónico*, Conferencia Episcopal de Chile, 2ª edic, Santiago, 1999, p. 49.

¹¹ Modificación al Código Penal introducida por el artículo séptimo transitorio de la Ley de Matrimonio Civil: "Artículo 388: 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 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".

valor jurídico de un matrimonio religioso dependerá si en él los contrayentes han prestado el consentimiento matrimonial.

En el caso de la Iglesia Católica, la forma válida de celebración nupcial consiste en la manifestación del consentimiento matrimonial por parte de los contrayentes, ante un testigo cualificado —habitualmente un sacerdote con las licencias necesarias— quien pide y recibe tal consentimiento en nombre de la Iglesia, y ante dos testigos¹². En el ordenamiento canónico está previsto el matrimonio por medio de procurador¹³, cuestión que también está permitida en el matrimonio civil¹⁴.

Por último, dentro de este acápite, debemos mencionar la celebración religiosa de un matrimonio inválido ante la ley civil. Sin entrar a detallar los supuestos contemplados en las distintas confesiones religiosas, podemos señalar que, conforme a la modificación del artículo 388 del Código Penal, el ministro de culto que autorice un matrimonio prohibido por la ley, que pretenda tener efectos civiles, comete un delito sancionado con multa de seis a diez unidades tributarias mensuales. Por lo tanto, a partir de la vigencia de la Ley de Matrimonio Civil no se podrán celebrar matrimonios que no puedan tener validez civil, situación contemplada para ciertos casos, por ejemplo en el Derecho Canónico.

¹² Código de Derecho Canónico de 1983, canon 1108: “§ 1. Solamente son válidos aquellos matrimonios que se contraen ante el Ordinario del lugar o el párroco, o un sacerdote o diácono delegado por uno de ellos para que asistan, y ante dos testigos, de acuerdo con las reglas establecidas en los cánones que siguen, y quedando a salvo las excepciones de que se trata en los cc. 144, 1112 § 1, 1116 y 1127 § § 1 y 2. § 2. Se entiende que asiste al matrimonio sólo aquél que, estando presente, pide la manifestación del consentimiento de los contrayentes y la recibe en nombre de la Iglesia”.

¹³ Código de Derecho Canónico de 1983, canon 1104: “§ 1. Para contraer válidamente matrimonio, es necesario que ambos contrayentes se hallen presentes en un mismo lugar, o en persona o por medio de un procurador. 1105 § 1. Para contraer válidamente matrimonio por procurador, se requiere: 1 que se haya dado mandato especial para contraer con una persona determinada; 2 que el procurador haya sido designado por el mandante, y desempeñe personalmente esa función. § 2. Para la validez del mandato se requiere que esté firmado por el mandante y, además, por el párroco o el Ordinario del lugar donde se da el mandato, o por un sacerdote delegado por uno de ellos, o al menos por dos testigos; o debe hacerse mediante documento auténtico a tenor del derecho civil. § 3. Si el mandante no puede escribir, se ha de hacer constar esta circunstancia en el mandato, y se añadirá otro testigo, que debe firmar también el escrito; en caso contrario, el mandato es nulo. § 4. Si el mandante, antes de que el procurador haya contraído en su nombre, revoca el mandato o cae en amencia, el matrimonio es inválido, aunque el procurador o el otro contrayente lo ignoren”.

¹⁴ Código Civil, artículo 103: “El matrimonio podrá celebrarse por mandatario especialmente facultado para este efecto. El mandato deberá otorgarse por escritura pública, e indicar el nombre, apellido, profesión y domicilio de los contrayentes y del mandatario”.

4. ACTA DE LA CELEBRACIÓN RELIGIOSA

4.1. Contenido del acta señalado en el artículo 20

El acta de la celebración religiosa de un matrimonio, de acuerdo al artículo 20 de la Ley de Matrimonio Civil, debe:

- a. Acreditar la celebración del matrimonio.
- b. Señalar la fecha de su celebración.
- c. Acreditar el cumplimiento de los requisitos de validez.
- d. Señalar el nombre y edad de los contrayentes.
- e. Señalar el nombre y edad de los testigos.

4.2. Contenido del acta señalado en el reglamento del Registro Civil

La Ley 19.947 modifica el Artículo 40 de la Ley N° 4.808 sobre Registro Civil, introduciendo un artículo 40 bis, que señala la información que debe contener el acta. Todas estas menciones pueden encontrarse en un formulario que mantenga el ministro de culto.

Información que debe contener el acta:

1. Individualización de la entidad religiosa ante la que se celebró el matrimonio: deberá mencionar el decreto por el cual goza de personalidad jurídica de derecho público. En el caso de aquéllas reconocidas por el artículo 20 de la Ley 19.638 –es decir, la Iglesia Católica y la Iglesia Ortodoxa de Antioquia– deberán citar esa norma.
2. Fecha y el lugar de la celebración del matrimonio.
3. Antecedentes de los contrayentes:
 - i. Nombres y apellidos paterno y materno de los contrayentes.
 - ii. Números de cédula de identidad de los contrayentes.
 - iii. Fecha y el lugar de nacimiento de los contrayentes.
 - iv. Estado civil de soltero, divorciado o viudo y, en estos dos últimos casos, el nombre del cónyuge fallecido o de aquél con quien contrajo matrimonio anterior, el lugar y la fecha de la muerte o sentencia de divorcio, respectivamente.
 - v. Profesión u oficio de los contrayentes.
 - vi. Los nombres y apellidos de los padres de los contrayentes, si fueren conocidos.
4. Antecedentes de los testigos:
 - i. Los nombres y apellidos de dos testigos.
 - ii. Números de cédula de identidad.

5. Testimonio de los testigos –bajo juramento– respecto a la ausencia en los contrayentes de impedimentos o prohibiciones legales para contraer matrimonio.
6. Antecedentes del ministro de culto: Nombres y apellidos, número de cédula de identidad.
7. Acreditar el cumplimiento de las exigencias legales para la validez del matrimonio civil.
8. La firma del ministro de culto ante quien hubieren contraído matrimonio religioso los requirentes, de los contrayentes y los testigos. Si alguno de los contrayentes no supiere o no pudiere firmar, se dejará testimonio de esta circunstancia.
9. Adjuntar el documento que acredite la personería del ministro de culto respectivo. El Reglamento de la Ley de Matrimonio Civil señala en el artículo 25 los requisitos que los ministros deben acreditar: saber leer y escribir y contar con la autorización para celebrar matrimonio, extendida por la entidad religiosa¹⁵.

5. MODO DE HACER VALER LA CELEBRACIÓN RELIGIOSA DEL MATRIMONIO EN EL REGISTRO CIVIL

5.1. Plazo para la inscripción

La ley establece un plazo fatal de ocho días para requerir la inscripción en el Registro Civil, desde la celebración del matrimonio.

5.2. Solicitud de inscripción del matrimonio religioso

La solicitud podrá presentarse ante cualquier oficial del Registro Civil, asunto que no merece mayor análisis.

Con respecto al modo de requerir la inscripción, si bien el artículo 20 de la Ley de Matrimonio Civil señala que ambos contrayentes deberán presentar el acta de la celebración del matrimonio religioso; no es necesario que lo realicen personalmente, es decir, podrían

¹⁵ Reglamento de la Ley de Matrimonio Civil, artículo 25: "Podrán celebrar matrimonios en conformidad al artículo 20 de la Ley N° 19.947, los ministros de culto, pertenecientes a una entidad religiosa que goce con personalidad jurídica de derecho público, que acrediten el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Saber leer y escribir.

b) Contar con la autorización para celebrar matrimonio, extendida por una entidad religiosa que goce con personalidad jurídica de derecho público que hubiere cumplido con todos los requisitos exigidos por la ley para que le fuere reconocida tal calidad jurídica".

hacerlo por medio de un mandatario. El reglamento de la ley tampoco exige la comparecencia personal¹⁶.

Se podría concluir en sentido contrario al interpretar literalmente el Artículo 15 de la Ley de Registro Civil, modificada por la Ley N° 19.947¹⁷. Sin embargo, de acuerdo a la opinión de Carmen Domínguez¹⁸, el tenor del artículo 15 antes mencionado no es concluyente y tal limitación no aparece en la Ley de Matrimonio Civil. Además, "resultaría contrario a toda regla de coherencia jurídica el que una norma reglamentaria pueda introducir una restricción que la propia ley que reglamenta no contempla"¹⁹. Por otra parte, el Código Civil, en su artículo 103, permite la celebración de un matrimonio a través de un mandatario, por lo tanto, no es coherente que no se requiera la comparecencia personal de los contrayentes al momento de prestar el consentimiento matrimonial, y sí se exija para inscribir el matrimonio.

La norma del artículo 15,2 de la Ley 4.808 puede entenderse referido a la comparecencia de los requirentes, a la facultad de exigir la comprobación del poder o a la imposibilidad del mandato en la ceremonia religiosa de matrimonio. Sin embargo, "entre dos interpretaciones de una norma debe preferirse aquella que conduzca a que ésta tenga eficacia práctica a otra que la deja inutilizada"²⁰.

5.3. Ratificación del Consentimiento

El artículo 20 de la ley que analizamos establece que los contrayentes deben ratificar el consentimiento matrimonial prestado ante el ministro de culto. Cabe preguntarse si este acto constituye una nueva

¹⁶ Reglamento de la Ley de Matrimonio Civil, artículo 26: "Para la inscripción del matrimonio celebrado ante entidades religiosas, los contrayentes deberán presentar ante cualquier Oficial Civil, dentro de ocho días contados desde la fecha de celebración del mismo, el acta que otorgue la entidad religiosa de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 19.947. Si el matrimonio no se inscribiere en el plazo fijado, no producirá efecto civil alguno.

¹⁷ Art. 15. Los interesados en una inscripción podrán hacerse representar por medio de mandatario. Se tendrá como mandatario a la persona que se presente en tal carácter, expresando que 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 artículo 103 del Código Civil.

¹⁸ 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".

¹⁹ Domínguez Hidalgo, Carmen, "Reformas a la formación y efectos del matrimonio en la nueva ley: un apunte general" en AA.VV., *Seminario "Nueva ley de matrimonio civil, Ley N° 19.947"*, Colegio de Abogados de Chile A.G., Santiago, 2004, p. 10.

²⁰ Corral Talciani, Hernán, "Una ley de paradojas. Comentario a la nueva ley de matrimonio civil", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2004, N° 2, p. 261.

prestación del consentimiento matrimonial o una confirmación del ya emitido en la ceremonia religiosa.

Si la ratificación fuera una nueva manifestación de voluntad matrimonial, nos encontraríamos en la situación que se ha vivido hasta ahora, es decir, la prestación de dos consentimientos matrimoniales –religioso y civil–, por lo que la norma del artículo 20 no tendría sentido. Lo que la ley pretende es dar validez jurídica a un matrimonio que no se ha celebrado en sede civil, sino en una ceremonia religiosa. Si la finalidad de la ley hubiera sido mantener el sistema actual, no hubiera contemplado una norma que regulara los efectos civiles de un matrimonio celebrados ante una entidad religiosa.

La ratificación consiste en aprobar o confirmar un acto que ha nacido previamente²¹ y que tiene relevancia jurídica. En el caso en cuestión, el matrimonio ya ha nacido en la ceremonia donde los contrayentes prestaron el consentimiento matrimonial. La exigencia de ratificación tiene un sentido de seguridad jurídica, en el contexto de la obligación del Oficial del Registro Civil de verificar que el matrimonio celebrado sea válido y, por tanto, susceptible de tener efecto en el ámbito civil.

Así entendido este requisito, no tiene sentido la comparecencia personal de los cónyuges para solicitar la inscripción, ya que no están prestando un nuevo consentimiento matrimonial –que ya han emitido en la ceremonia religiosa aunque, mientras la inscripción no surta efectos, sea inoponible ante terceros– sino confirmándolo como medio de demostrar que han cumplido con los requisitos de validez del matrimonio.

5.4. Inscripción en el Registro de Matrimonios

El Oficial del Registro Civil que recibe la solicitud de inscripción deberá verificar el cumplimiento de todos los requisitos legales, y podrá denegar la inscripción si resulta patente que el matrimonio no cumple con alguno de ellos. En este caso, los interesados podrán reclamar ante la respectiva Corte de Apelaciones.

Para el Oficial del Registro Civil realizar esta verificación es de suma importancia, ya que si autoriza o inscribe un matrimonio prohibido por la ley o en el cual se han incumplido las formalidades en la

²¹ *Ratificar* (Del lat. *ratus*, confirmado, y *-ficar*). 1. tr. Aprobar o confirmar actos, palabras o escritos dándolos por valederos y ciertos. U. t. c. prnl. *Ratificación*. 1. f. Acción y efecto de ratificar. Cfr., REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA, *Diccionario de la lengua española*, Tomo II, 22ª edición, Real Academia de la Lengua, Madrid, 2001.

celebración e inscripción, incurre en un delito sancionado con pena de relegación menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales²².

La modificación del artículo 40 de la Ley sobre el Registro Civil, mediante la introducción de un artículo 40 ter., expone las materias de la inscripción del matrimonio religioso. Casi todas se encuentran en el acta de la celebración del matrimonio religioso, que forma parte de la inscripción de la que estamos tratando. Sin embargo, añade la exigencia de presentar el documento que acredita la personería del respectivo ministro de culto.

Además, debe señalar que el acta antes mencionada cumple con los requisitos de toda inscripción de matrimonio civil. Por otra parte, debe mencionar que se ha cumplido el plazo para la inscripción.

Con respecto a los requirentes, se debe dejar constancia en la inscripción que el Oficial del Registro Civil les ha informado sobre los derechos y deberes de los cónyuges de acuerdo a la ley, y que han efectuado la ratificación del consentimiento matrimonial.

Por último, la inscripción debe ser firmada por los cónyuges y el Oficial del Registro Civil.

IV. EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN RESPECTO DEL MATRIMONIO

Los efectos del matrimonio se retrotraen al momento de la prestación del consentimiento matrimonial, aunque mientras la inscripción no surta efectos civiles sea inoponible ante terceros.

La Ley de Matrimonio Civil separa la realidad del matrimonio en cuanto alianza entre un hombre y una mujer de los efectos civiles del mismo. El matrimonio en sentido estricto nace a la vida del Derecho cuando se presta el consentimiento matrimonial, en una ceremonia religiosa o en el Registro Civil.

El artículo 20 habla de "los matrimonios celebrados ante entidades religiosas [...] producirán los mismos efectos que el matrimonio civil", "efectos del matrimonio así inscrito se regirán", es decir, reconoce que hay una realidad matrimonial previa a la aplicación de la ley civil. Existen matrimonios distintos del matrimonio civil, que la ley equipara a éste, siempre que se cumplan ciertas condiciones.

La norma antes citada señala que, de no efectuarse la inscripción, el matrimonio religioso "no producirá efecto civil alguno", es decir, la

²² Código Penal, artículo 388.

propia ley distingue los efectos civiles de *otros efectos*. El matrimonio que ha nacido de un consentimiento matrimonial válido produce todos sus efectos, los propios de la institución, y tiene una protección jurídica en el ámbito civil, incluso el derecho a ser reconocido, ya que se puede reclamar de la denegación de la inscripción en el Registro Civil²³.

El artículo 20 regula los efectos civiles de un matrimonio celebrado ante una entidad religiosa que goza de personalidad jurídica de derecho público, es decir, de un vínculo conyugal que ha nacido por la manifestación del consentimiento válido de las partes.

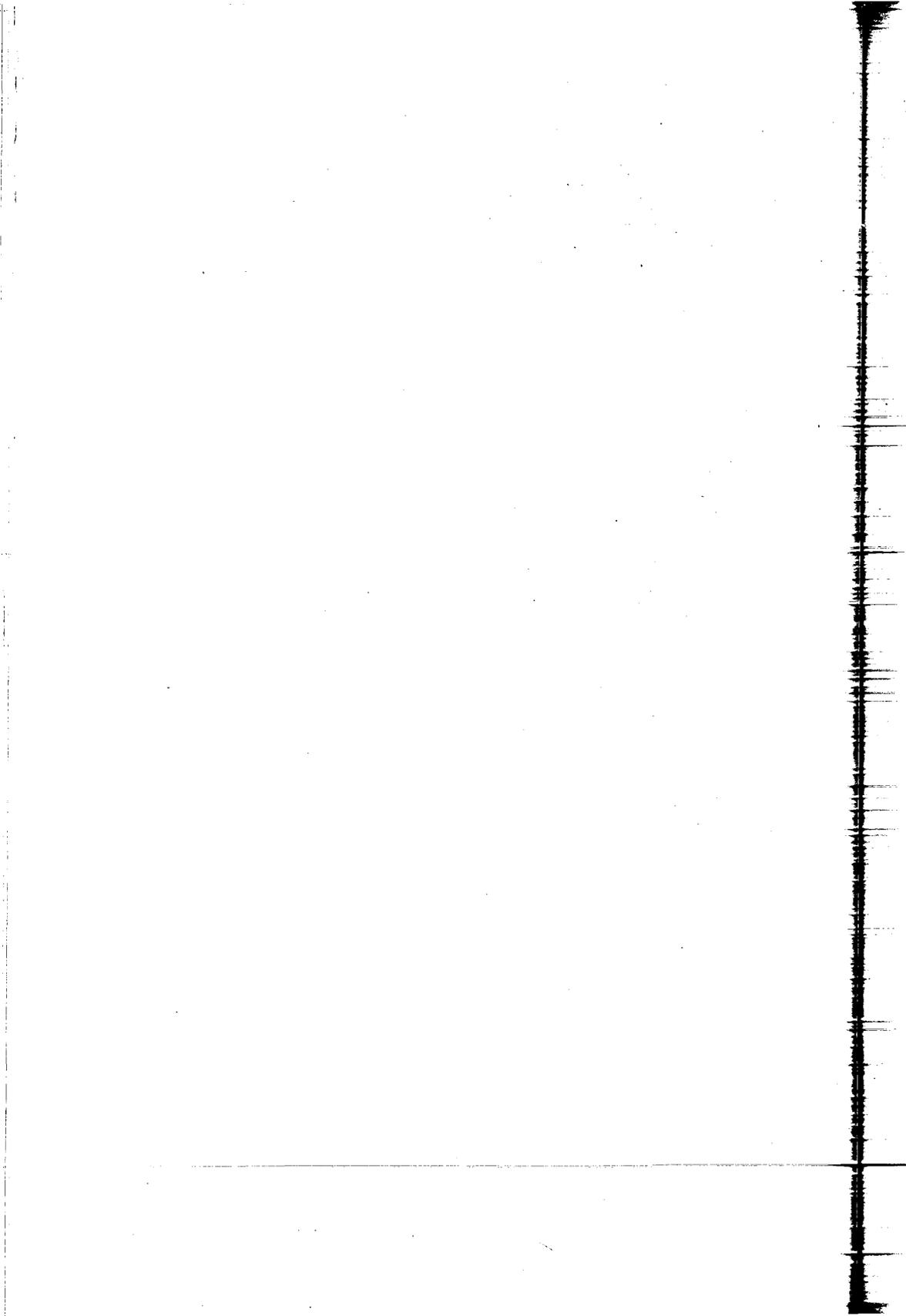
Al prescribir que el matrimonio religioso tendrá efectos civiles desde su inscripción ante un Oficial del Registro Civil, el artículo 20 está reconociendo que el vínculo conyugal existe previamente a su incorporación en el Registro de Matrimonios, porque sólo se puede tomar razón de algo que tiene existencia. Sin embargo, está haciendo pender los efectos legales en el ámbito del Derecho chileno al cumplimiento de una condición, cual es la inscripción en el Registro Civil. Se trata de un requisito de eficacia que no desvirtúa el consentimiento matrimonial prestado válidamente ante el ministro del culto de los contrayentes, es decir, que no anula el matrimonio religioso.

El argumento anterior se ve reforzado con lo sostenido sobre la ratificación del consentimiento. Como dijimos, sólo se confirma lo que ya tiene existencia jurídica, en este caso un matrimonio válidamente celebrado.

Además, en el Derecho Civil chileno toda forma de ratificación tiene efecto retroactivo, que se puede aplicar al matrimonio celebrado ante una entidad religiosa.

Por tanto, la fecha del matrimonio será la de su celebración religiosa, sin perjuicio de que se proteja a los terceros mientras no surta efectos la inscripción.

²³ Estamos frente a una situación semejante a los matrimonios celebrados en el extranjero. Un matrimonio así celebrado existe, es válido, pero sólo tendrá efectos en el Derecho chileno cuando se inscriba en el Registro Civil. También se puede homologar a la filiación. Una persona es hijo de otra, aunque ésta no la haya reconocido. El hijo puede iniciar un proceso para ser reconocido como tal ante el Derecho, lo que no significa que su filiación exista sólo por un reconocimiento legal.



EL CONVENIO REGULADOR Y LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA: UNA VISIÓN DE CONJUNTO

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

Doctora en Derecho (U. Complutense)

Profesora de Derecho Civil

Pontificia Universidad Católica de Chile

I. INTRODUCCIÓN

Quisiera dar gracias por la invitación que me formulara esta Facultad para exponer ante ustedes. Con todo, mi reflexión inicial no puede empezar sino por resaltar que ciertamente quisiera estar exponiendo sobre tantas otras reformas en materia civil que efectivamente importarían una mejora en los derechos de la persona y no sobre esta nueva Ley de Matrimonio Civil que, en el fondo, no es sino una de divorcio vincular.

Y debo resaltarlo, pues a la tristeza por nuestro país se une la personal. En efecto, fueron muchas las horas dedicadas a participar en debates sobre el tema, en variadas iniciativas encaminadas a evitar su aprobación, pues me animaba la íntima convicción de que la iniciativa legal –hoy convertida en ley– no podía ser aprobada tanto por la profunda transformación que el divorcio vincular supone para el matrimonio y la familia como por las profundas deficiencias técnicas que contiene y, especialmente, por el engaño que su contenido supone para una opinión pública que, en general, está convencida que esta era una reforma necesaria para la mejora de la legislación en materia de ruptura matrimonial. De esto último, como espero quede claro tras este seminario, no existe, sino muy poco.

Por otra parte, este seminario no deja de representar un hito para aquéllos que creemos firmemente en la indisolubilidad. Por última vez, nos toca exponer y analizar cuestiones relativas al matrimonio en

el contexto de una legislación que le reconoce esa característica y apunta a asegurarla de diversos modos. A partir de su entrada en vigencia, nuestra concepción será –histórica– en el orden civil, pues tendremos que razonar a partir de una que, por el contrario, permite y favorece ampliamente la disolubilidad. No deja, por tanto, esta intervención de tener para mí un sabor amargo.

II. LAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DE LA RUPTURA MATRIMONIAL EN LA NUEVA LEY

Entro ahora al tema que se me ha pedido abordar: el convenio regulador y la compensación económica que, en una formulación sistemática, debiésemos incluir dentro del rótulo general de las consecuencias económicas de la ruptura matrimonial en cuanto en ambos casos, lo que se persigue es ordenar las cuestiones económicas que genera el término del matrimonio. En el caso de la compensación sólo entre los cónyuges; en el caso del convenio, también respecto de los hijos.

1. TRASCENDENCIA DE ESTA CUESTIÓN: EN ESTO SE JUEGA LA UTILIDAD Y NECESIDAD DE LA REFORMA

Antes de entrar en ellas, me parece necesario adelantar la trascendencia que tiene el análisis de las normas que, en la nueva ley, las regulan. En efecto, de entre todas las materias que ella aborda es en éstas donde, en mayor medida, podemos juzgar el cumplimiento efectivo o no de algunos de los objetivos más importantes, probablemente los más importantes, para ese porcentaje aparentemente mayoritario de chilenos que quería el divorcio (aunque estoy convencida que, en verdad, no querían el divorcio como solución concreta, sino la mejora en la situación derivada de la ruptura) que informaban el proyecto original que abrió las puertas a esta ley. Estos se traducían en: a) suplir la insuficiencia de la legislación familiar actualmente existente. Como se sostenía expresamente: *“Lo hacemos bajo la firme convicción de estar contribuyendo a resolver una grave deficiencia de nuestra actual legislación, que ha originado complejas situaciones sociales (separaciones de hecho, concubinatos, etc.) producto de la deficiente regulación de las rupturas matrimoniales”*. Se estimaba deficiente porque, pese a la alta de tasa de rupturas matrimoniales existente, el ordenamiento jurídico no admitía la disolución del vínculo y presentaba importantes vacíos en materia de relaciones personales y patrimoniales de las familias separadas; b) Otorgar una mejor protección de la

mujer y de los hijos. Así se afirmaba: *“La regulación alimenticia entre los cónyuges, que evite el empobrecimiento de la mujer; la manutención de los deberes asociados al vínculo filiativo, que permita resguardar la maternidad y la paternidad responsables incluso cuando no hay conyugalidad, son, en efecto, los objetivos inmediatos que una reforma legal debe procurar”*.

Por lo mismo, es en la revisión de la situación patrimonial concreta en la que quedarán tanto el cónyuge más débil como los hijos que se juega la necesidad verdadera de esta reforma y, por ende, su publicitada utilidad. Entremos entonces en ello.

2. DISTINCIONES PREVIAS

La regulación de las consecuencias económicas de la ruptura matrimonial mira a tiempos distintos y tiene, por lo mismo, contenidos diferentes según si a esa ordenación jurídica se llega por vía de nulidad, separación de cuerpos o divorcio.

Así, si se trata de nulidad, ella mira —por el efecto retroactivo de la misma— a dejar a las partes en la misma situación que se encontraban antes de la celebración del matrimonio, produciéndose entonces todas las prestaciones recíprocas entre los presuntos contrayentes: disolución o liquidación del régimen de bienes, devolución o no de las donaciones que se hayan efectuado por causa del matrimonio. Todas ellas están reconocidas en la nueva ley, sin gran variación con la legislación anteriormente existente. Con todo, existe una gran diferencia, pues a esas consecuencias económicas se ha agregado, con la entrada en vigencia de la ley, una prestación anteriormente inexistente en nuestro ordenamiento: la compensación económica al cónyuge que se dedicó al hogar común o al cuidado de los hijos y que, como consecuencia de ello, *“no pudo desarrollar una actividad lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida”*. Digamos desde ya que esto puede representar una mejora patrimonial concreta en la situación de este cónyuge —el anulado— en relación a la anterior: a todas las prestaciones propias de la nulidad matrimonial se puede agregar —en principio— una cantidad adicional por concepto de compensación económica. De ahí que, en mi opinión, no sólo por consideraciones éticas, un católico debe optar en el futuro por la nulidad y no por el divorcio vincular, en caso de ser ambos teóricamente factibles. Con todo, el juicio de utilidad cierta de la misma debe poner en la balanza la eficacia misma de la referida compensación como mecanismo de tutela económica del cónyuge, aspecto sobre el que volveremos al tratar de ella.

Si se trata de separación, dado que el vínculo jurídico no se extingue entre los cónyuges, se mantienen entre ellos todas las prestaciones que recíprocamente se deben en su carácter de tales como, más en general, todos los derechos derivados de la relación conyugal (previsionales, asistenciales, sucesorios). De ahí, por tanto, que la ley, no establezca ninguna prestación compensatoria por los efectos futuros de la ruptura.

Con todo, en ello la ley, si bien excluye la compensación económica en el caso de separación judicial, incurre en ciertas impropiedades sistemáticas que se contradicen con esa exclusión: a) en el título del Capítulo VII de la ley que se titula "De las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio", donde incluye la compensación económica que no es, por los motivos recién expuestos, aplicable a la separación; b) en el art. 27 indica como criterio para juzgar "la suficiencia" del convenio regulador que procede en este caso, el de si "*procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación solicita*", referencia que es errada, pues no se produce menoscabo al mantenerse en este caso todos los deberes que dicen relación con la subsistencia económica de los cónyuges, en especial el deber de auxilio y socorro entre los cónyuges; sólo se suspende el deber de fidelidad y de cohabitación.

Resaltemos que algunos¹ han sostenido entre nosotros que no se justifica la exclusión de la compensación en el caso de separación judicial, porque, al estar separados, el cónyuge que cumple con los requisitos del art. 61 igualmente sufre un menoscabo económico que no resulta cubierto por el deber de alimentos. No obstante, esa opinión olvida que, mientras los cónyuges están separados judicialmente, ellos siguen estando casados y, con ello, se mantienen todos los derechos que la ley otorga a los cónyuges no sólo el de alimentos, sino también derechos hereditarios y toda la protección indirecta de la familia (salud, previsión, etc.); pero, además, subsiste en todo la calidad de cónyuges. No existe el menoscabo que se quiere compensar con esta figura precisamente, porque siguen siendo cónyuges, lo que, en cambio, desaparece con el divorcio, generando, ahora sí, el referido menoscabo. De no ser así, resultaría que el matrimonio en sí importa el menoscabo cuando, como bien se ha resaltado², vigente él

¹ Barrientos, Javier y Novales, Aránzazu, *Nuevo derecho matrimonial chileno*, LexisNexis, Santiago, 2004, pp. 422 y 423.

² Vidal, "La compensación por menoscabo económico en la Ley de Matrimonio Civil", en *Estudios sobre la Ley de Matrimonio Civil*, Publicación U. Católica de Valparaíso, p. 5, en prensa, al que he tenido acceso por gentileza de su autor.

existe una solidaridad conyugal que justifica el sacrificio recíproco que hacen los cónyuges: uno trabaja en casa, el otro, trabaja fuera de ella.

En el caso de divorcio, la regulación económica de la ruptura matrimonial es, por último, ciertamente más compleja desde que obliga a mirar a dos tiempos distintos: a) antes del divorcio, y b) tras el divorcio. Como ésta es, en esencia, una ley divorcista parece pertinente adoptar este esquema, sin perjuicio de referir, en lo pertinente, aquello que resulta aplicable a las otras dos alternativas posibles de ordenación económica de la situación entre los cónyuges.

Esta distinción en la mirada, nítida en la mayor parte de los sistemas, no lo es, sin embargo, tan evidente en la nuestra, pues el convenio regulador, en nuestra ley, y ya volveremos sobre ello, puede extenderse a la compensación económica, de suerte que no podemos oponer de un modo tan exacto al convenio regulador de las relaciones con los hijos y liquidación del régimen de bienes en caso de tener base comunitaria, a la prestación compensatoria.

Con todo, en términos generales, el esquema clásico de división de las consecuencias económicas puede mantenerse, con la prevención hecha, entre: a) Las consecuencias económicas previas al divorcio o separación: el convenio regulador, y b) Las consecuencias económicas tras el divorcio: la compensación económica.

3. LAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS PREVIAS AL DIVORCIO O SEPARACIÓN: EL CONVENIO REGULADOR

El convenio regulador apunta más bien a la liquidación del pasado: determinación de la suerte de los intereses comunes que la vida común había creado en el plano material, cualquiera sea el régimen matrimonial en que se encontraban casados³. Como la tendencia del legislador —comparada y recogida por el nuestro— es concentrar al máximo la regulación de las cuestiones patrimoniales que genera la ruptura se comprende que este convenio regulador proceda no sólo en caso de divorcio, sino también de separación judicial.

3.1. Casos en que procede

De este modo, el convenio regulador o, lo que es lo mismo, el acuerdo de regulación entre los cónyuges de las cuestiones patrimoniales derivadas de la ruptura puede emanar de distintos orígenes, unidos todos por la traza común de provenir de vías de regulación de

³ Bénabent, *Droit civil. La famille*, 11 Ed., Paris, 2003, p. 234.

la ruptura matrimonial que nacen del común acuerdo entre ellos, sea espontáneo, sea por impulso del legislador:

1) *En el caso de separación de hecho*

Así, una primera forma de llegar a un acuerdo de tal índole puede resultar del ejercicio de la facultad que el art. 21 de la LMC reconoce a los cónyuges de regular de común acuerdo las distintas materias que la separación de hecho implica tanto en su relación, aclarando la ley que ello se refiere especialmente *"a los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio"* (liquidación de la sociedad conyugal, cálculo del crédito de participación en los gananciales) como respecto a los hijos (alimentos, cuidado personal y *"a la relación directa y regular con los hijos con el padre que no los tuviere a su cuidado"*, que, pese a los esfuerzos de la ley, sigue conociéndose como *"las visitas"*).

En verdad, el sentido de esta norma no está en la regulación de esos aspectos económicos, pues para ello no era necesaria norma alguna. En efecto, nunca ha existido impedimento alguno para que los cónyuges puedan celebrar tales acuerdos, de hecho las transacciones en la materia han sido y son más que frecuentes. La utilidad y sentido de esta norma está en otorgar fecha cierta al cese de la convivencia y, con ello, facilitar el divorcio posterior. El acuerdo que conste por escrito otorga fecha cierta en tal sentido. Y ello hace de esta posibilidad un recurso peligroso para el cónyuge que no quiere poner término al matrimonio o, al menos, que quiere retrasar su término, pues al llegar a este acuerdo estaría poniendo él mismo su fecha de término (tres años desde esa fecha), en conformidad al art. 22 LMC.

2) *En el caso de separación judicial*

En el caso de la separación judicial, el convenio regulador resulta, en cambio, impuesto por la ley cuando su solicitud haya sido formulada por ambos cónyuges. Así, el art. 27 inc. 2 LMC exige, para la procedencia de la acción de separación ante el juez, que los cónyuges acompañen *"un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos"*.

3) *En el caso de divorcio vincular de mutuo acuerdo*

En el caso del divorcio vincular, este convenio viene igualmente impuesto por la ley en el art. 55 inc. 2 cuando éste sea demandado por

ambos cónyuges, disposición que, de hecho, no hace sino reenviar al art. 21 antes referido o copiar el art. 27 inc. 2 igualmente aludido.

3.2. Contenido del convenio

La ley precisa, en todas las normas recién enunciadas, el contenido que debe cubrir: a) relaciones mutuas entre los cónyuges; b) relaciones de los padres con sus hijos: alimentos, cuidado personal, mantención de una relación directa.

Se trata más bien, de una referencia genérica a los extremos obvios que deben ser resueltos con ocasión de la ruptura. Desde esta perspectiva, el primer gran problema que plantea la regulación contenida en la reforma es que, a diferencia de la existente en otros sistemas, resulta particularmente vaga. Nada agrega ni especifica en ninguno de esos puntos, de suerte que a cada uno de ellos deben ser aplicados los mismos principios que antes de la misma les regían. En otros términos, nada nuevo se agrega, no se mejora nada demostrando, de una vez, la falacia de que ha mejorado la situación de los hijos y del cónyuge más débil.

La ley sólo se limita entonces en la regulación del contenido, en primer término, a formular ciertas declaraciones de principios que deben informar la decisión judicial en la materia contenidas en el art. 85: *“la tramitación de la separación judicial, de la nulidad y del divorcio del modo que parezca más conforme con la paz y la concordia entre los miembros de la familia afectada”, “cuando existieren menores de edad el juez deberá considerar especialmente el interés superior del niño.* Como se comprenderá su utilidad queda sujeta al contenido que los jueces estén dispuestos a dar a estas fórmulas indeterminadas, pues, de lo contrario, ellas quedarán en meras declaraciones programáticas.

Además, la normativa en estudio faculta al juez para adoptar de oficio las medidas que le parezcan necesarias para asegurar todo lo anterior como para *“solucionar de la mejor manera posible las rupturas o conflictos matrimoniales”,* según lo indica el art. 85 LMC. Nuevamente esta facultad podría ser una herramienta útil en manos de un juez pro familia, creativo y audaz.

En segundo término, la ley se limita a remitir la regulación de estas cuestiones *“a las demás leyes que resulten aplicables”* (art. 85). Así, en lo relativo a las relaciones mutuas entre los cónyuges: los alimentos –para el caso de separación de hecho o judicial– siguen sujetos a los límites legales establecidos en la Ley 19.741 que reformó la legislación en la materia (40% del ingreso mínimo como mínimo, valga la redundancia);

la liquidación de la sociedad conyugal o el crédito de gananciales (procedente en el caso de separación de hecho, separación judicial y divorcio) siguen reguladas por el mismo estatuto vigente. En lo relativo a las relaciones de los padres con sus hijos: los alimentos, cuidado personal y relación directa y regular siguen absolutamente regidas por las mismas normas actualmente vigentes, pues nada nuevo se agrega. Sólo se precisa que *"el juez deberá considerar especialmente el interés superior del niño"*, lo que no tiene nada de original, pues ya era un principio recogido en la legislación civil y que *"debe ser oído aquél que esté en condiciones de formarse un juicio propio"*, opinión que *"debería ser tenida en cuenta"*, aunque, como se desprende de la redacción del art. 85, ella no sea determinante para el tribunal. Entendemos que ello resulta igualmente aplicable al convenio regulador en la medida que deba ser aprobado judicialmente.

Por último, a diferencia de lo que disponen otras legislaciones como la francesa, que sólo permiten la determinación judicial de la prestación compensatoria, el convenio puede contener, en conformidad al art. 63 LMC, un acuerdo en materia de compensación económica, de su monto y formas de pago, siempre que se trate de cónyuges mayores de edad. Ya volveremos sobre este punto.

3.3. Exigencias del convenio

La ley, en una declaración que parece haber dejado contentos a los legisladores, establece que el convenio regulador debe ser completo y suficiente y precisa qué debe entenderse por cada uno.

Por completo, se entiende en este caso, en conformidad al art. 27 que pretende definir ambos requisitos: si regula todas y cada una de las materias que señala el art. 21 y que venimos de comentar.

Por suficiente, de acuerdo al mismo precepto, se entiende aquel que *"resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita"*.

Estas exigencias son establecidas tanto respecto del acuerdo en materia de separación como de divorcio arts. 27 y 55 ley de matrimonio civil, respectivamente.

Al respecto cabe observar, que el valor de esta regla está subordinado, aún condicionado, a la convicción a favor del cónyuge más débil y de la familia, en el caso de los hijos, que cada juez tenga. En efecto, en manos de quien quiera efectivamente incentivar a la preservación de la familia y no a su ruptura o que, al menos, quiera que los vínculos entre sus miembros aún disuelta la familia subsistan, estas

reglas –de contenido indeterminado– pueden prestar una cierta utilidad. Con todo, ello supone razonar a partir de una premisa –un juez pro familia– que no podemos dar por sentada, en términos que es perfectamente posible que ellas no se traduzcan en nada o en algo muy simple: simple referencia en el convenio de acuerdos a cada materia sin variación sustancial a lo que hoy existe (por ejemplo, alimentos en un 15%, visitas en régimen de estilo, tuición de la madre).

Lo segundo es que, en el caso de la separación, no se explica la referencia a las relaciones económicas futuras entre los cónyuges. En efecto, en este caso no se produce término del vínculo conyugal y, por ende, sus extremos –los cónyuges– siguen debiéndose todas las prestaciones derivadas del mismo, de suerte que no cabe regular compensación alguna. De hecho, como resulta del art. 61, el derecho a tal compensación, se limita al caso del divorcio y a la nulidad.

3.4. Formalidades del convenio

Según resulta del análisis de las reglas, el acuerdo puede constar: a) en simple instrumento privado: así se desprende del art. 22 que no lo excluye en parte alguna ni exige solemnidad alguna en la expedición y de los arts. 21 y 55 que simplemente se refieren “al acuerdo” sin exigir formalidad alguna; b) en escritura pública (art. 22); c) acta extendida y protocolizada ante notario público (art. 22); d) acta extendida ante un Oficial de Registro Civil (art. 22), y e) transacción aprobada judicialmente (art. 22)

3.5. Limitaciones al convenio

El límite dispuesto por la ley es el respeto a los derechos conferidos por las leyes que tengan el carácter de irrenunciables. Tales derechos son distintos, dependiendo de la acción deducida ante el juez. Así, si se trata de los hijos, no podría acordarse entre los padres para evitar el pago de alimentos; no puede acordarse que el cuidado personal corresponda a un tercero, desentendiéndose los padres del mismo, no puede renunciarse al derecho de visita. Si se trata de los derechos entre los cónyuges, los límites importarían el que no puede comprender la renuncia al derecho de alimentos, ni una renuncia conjunta a su derecho a obtener la mitad de gananciales y a quedarse con el patrimonio reservado en el caso de sociedad conyugal, entre otros.

3.6. Facultades del juez

Las facultades conferidas al juez en cuanto al convenio regulador sólo dicen relación con la separación judicial o el divorcio. Ningún rol le incumbe en términos absolutos respecto del acuerdo extrajudicial que se pueda alcanzar en materia de separación de hecho. Sólo tendría un control indirecto, si ese acuerdo es presentado a la aprobación judicial, lo que no es obligatorio, sino tan sólo facultativo.

En los acuerdos que están forzados a presentar los cónyuges en materia de separación judicial y divorcio, tiene las facultades de control que los arts. 27 y 31 respecto de la separación le confieren. Lo mismo, respecto del divorcio, según se infiere del art. 55, aunque no se establece expresamente como sí sucede en el art. 31 respecto de la separación.

Estas facultades se traducen en: 1) revisar que el convenio sea completo (regule todas las materias derivadas de la ruptura) y suficiente en los términos antes referidos. Atendido lo anteriormente expuesto, puede observarse que el control del mismo puede traducirse en una mera comprobación formal del cumplimiento de estos requisitos, y 2) en el caso de la separación judicial, la ley, en el art. 31, otorga facultades más concretas al juez, confiriéndole expresamente la tarea de evaluar el acuerdo presentado o alcanzado por los cónyuges *"procediendo en la sentencia a subsanar sus deficiencias o modificarlo si fuere completo o insuficiente"*. De suerte que aquí está facultado ampliamente para una revisión íntegra del mismo, en términos que si efectivamente quiere dejar mejor posicionado al cónyuge más débil (aumentando los alimentos acordados, por ejemplo), tendría fundamento para hacerlo.

4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS REGLAS RELATIVAS AL CONVENIO REGULADOR

Los aspectos positivos u avances de la legislación en la materia no son muchos: básicamente la acumulación de todas las cuestiones en una sola cuerda y tiempo. Este último aspecto es el que los propulsores de esta ley consideran el gran progreso en materia de regulación de la ruptura en relación a los hijos y los cónyuges. Con todo, esta utilidad última se enfrenta con el hecho innegable de que para ello no se requería de la reforma global de la ley ni menos de la introducción del divorcio vincular. Bastaba para ello con una reforma procesal que ordenara la acumulación de autos en esta situación para que se hubiese llegado a la misma situación. Es más, la normativa procesal existen-

te ya permitía en cierta forma esa revisión paralela de los distintos extremos derivados de la ruptura desde que las cuestiones relativas a los alimentos, expensas para la litis, tuición, visitas podían ser opuestos en el juicio de nulidad o de divorcio perpetuo tramitándose como incidentes, aunque en cuerda separada como resultaba del art. 755 C.P.C. Bastaba, por tanto, con una reforma a esa regla para hacer procedente la revisión en una misma cuerda.

Más aún, la protección a la familia resulta deslavada. Se limita, a reconocer la facultad de llegar a acuerdos por parte de los cónyuges, lo que siempre ha existido. Asimismo, las facultades concedidas al juez son más bien solicitudes de que actúe "en el marco de intereses de buena fe", lo que no es posible de garantizar. Por otra parte, supone entregarle la tarea de mejorar la ley a los tribunales, lo que parece no sólo improcedente en la organización tripartita del Estado injusto, sino poco ético: no puede propiciarse profusa y encendidamente una ley cuyos efectos futuros son inciertos y después confiar en que los tribunales sabrán evitar aquellos nocivos. Más aún, cuando no se les han proporcionado las herramientas necesarias para hacerlo.

III. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Un segundo tiempo en que debe situarse el juez en una legislación que regula la disolución mediante el divorcio, es el que cubre el futuro de los cónyuges tras la formalización de la ruptura.

En efecto, tras el divorcio, puede suceder que los cónyuges no se encuentren en una situación de igualdad patrimonial o, al menos, en una muy diferente. Atendido el hecho de que el divorcio vincular pone término a todos los derechos derivados de la relación conyugal, en especial el de auxilio o de socorro, parece injusto dejar al cónyuge, que se encuentra en una situación desmejorada, librado a su suerte. Y ello resulta aún más injusto cuando se contempla el divorcio unilateral —que algunos prefieren denominar más amigablemente como cese de la convivencia— donde no existe posibilidad alguna para ese cónyuge de evitar la ruptura matrimonial y, con ello, el término del deber de socorro.

En efecto, la introducción de una compensación frente a la ruptura no es sino el límite que el reconocimiento absoluto de la libertad individual que el divorcio supone, encuentra en el Derecho. En otros términos, la recepción del divorcio vincular no puede ser explicada, sino en el contexto de una recepción progresiva de la libertad en la regulación jurídica de la familia que es una de las líneas rectoras de su

evolución tanto en Chile como en todos los sistemas jurídicos pertenecientes a nuestra familia como a la Common Law. De hecho, la recepción progresiva de amplios márgenes a la autonomía (mutabilidad de regímenes matrimoniales, acuerdos en materia de cuidado personal y patria potestad, divorcio) revelan el progresivo declive que la clásica distinción entre Derecho de familia y Derecho patrimonial enfrenta.

Ahora bien, el reconocimiento irrestricto de la libertad individual puede conducir a claras injusticias en materia de familia, donde los miembros de la misma no se encuentran en un mismo pie de igualdad (por ejemplo, cónyuge más débil), de ahí que, en todos los sistemas, se admita, bajo inspiración de la equidad, instrumentos o mecanismos que tienen por objeto paliar o evitar esa inequidad: la compensación económica es una, es el freno a la libertad irrestricta que tienen los cónyuges para poner término a su matrimonio, aun por la sola decisión de uno de ellos.

De ahí que, en las legislaciones modernas que aceptan esta forma de divorcio se establezcan prestaciones que el cónyuge que está en mejor posición económica debe hacer al otro. Las formas, características y fundamentos de las mismas son muy variadas en la legislación comparada, aunque básicamente pueden agruparse en torno a aquéllas que tienen más bien naturaleza alimenticia, aquéllas que razonan a partir de una concepción más indemnizatoria y, por último, con el matiz proporcionado por los que le asignan un carácter compensatorio.

La nueva ley no pudo escapar a esta cuestión, aunque, como resaltaremos a continuación, fue más bien forzado a ello.

1. ORIGEN DE LA NORMA RELATIVA A LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

En efecto, lo cierto es que el proyecto original que abrió las puertas al debate en torno al divorcio vincular no contenía ninguna forma de prestación posterior al divorcio entre los cónyuges. Simplemente ponía término a todos los derechos derivados del vínculo conyugal sin contrapeso.

Como ésta fuera una de las principales críticas que se le hicieron en el debate público (cómo podía sostenerse que mejorara la situación del cónyuge más débil, si lo dejaba librado a su suerte) se introduce en el Senado para paliar las objeciones concretas al proyecto original. A efectos de paliar la pérdida que indudablemente experimentará el cónyuge más débil como consecuencia del divorcio (también lo hace

aplicable a la nulidad, pues está regulada en las reglas comunes contenidas en el capítulo VII art. 61 y ss. de la ley, se introdujo la denominada compensación económica.

2. ORIGINALIDAD DE LA PROPUESTA

La propuesta no es novedosa, sino ciertamente se inspira en lo existente en varios sistemas comparados. Con todo, tiene una cierta originalidad que proviene más bien de la confusión en el tema⁴, de lo híbrido que es su regulación, de suerte que no obedece exactamente a ninguna de las fórmulas adoptadas en otros sistemas, ni siquiera de aquellos que se tuvieron a la vista como el español o francés.

Esa falta de nitidez en su formulación ciertamente complota contra la inteligencia y sistematización de la figura. Ciertamente uno habría esperado que un proyecto que estuvo tanto tiempo en debate parlamentario pudiese haber alcanzado mayores grados de claridad, pues las cuestiones que son objeto de discusión ciertamente afectan su certeza y, con ello, el objeto final de protección del cónyuge más débil.

Por ello, si algo puede afirmarse en torno a la regulación de la ley en esta materia es que ella nos plantea un cúmulo de problemas que habrá que intentar resolver. De suerte que todo lo que expondré, a continuación, son más bien respuestas tentativas que certezas.

3. PRINCIPIOS QUE LA INSPIRAN

Los principios que informan esta figura parecen ser, en primer término, la protección del cónyuge más débil; de hecho, la única forma de entender esta figura es como "la" forma concreta de tutela del cónyuge más débil que la ley contiene. En efecto, es indudable que esta normativa, al introducir el divorcio vincular unilateral, privó al cónyuge más débil que se opone a él de todo poder de negociación. En efecto, éste (más bien ésta en la mayoría de los casos) ya no dispone de medios para oponerse al divorcio unilateral, de suerte que no tiene modo de evitar la pérdida de todos los derechos que provienen de su relación conyugal.

Un segundo principio ostensible es la intención de compensar al cónyuge por una pérdida específica experimentada por el hecho de

⁴ El debate parlamentario en el Senado del art. 38 que regulaba la compensación resulta casi ininteligible por el enfrentamiento inconexo de opiniones emitidas allí.

haberse dedicado al cuidado de los hijos o del hogar común y de la disminución de reinserción en la vida laboral que ello supone. Es una especie de reparación de la ganancia dejada de obtener por haberse dedicado a la familia y no a su vida profesional, pero con un objeto distinto que le persigue el lucro cesante en la responsabilidad civil. En efecto, no se trata sólo de otorgar algo por esa pérdida experimentada, sino de conferirla, pero en vistas a dejar a ese cónyuge en mejor posición para enfrentar el futuro.

Por último, el tercer principio que puede destacarse proviene de la firme intención del legislador de querer concentrar la determinación de la cuestión económica en un solo momento. Por lo mismo, razona sobre la idea que el monto de la compensación debe ser fijado en la sentencia y en una suma única y total que no admite revisión futura. Esto resulta ostensible de su regulación, pero también de la historia fidedigna en el Senado de cuyo debate puede obtenerse que el esfuerzo permanente de quienes más intervinieron en él⁵ fue evitar que las cuestiones económicas dieran lugar a conflictos permanentes entre los ex cónyuges. Incluso se llegó a fundar esta forma de fijación de la compensación en que las personas de menores recursos “también tienen derecho a reconstruir su familia y vivir en paz” sin que deban estar obligados a tener que destinar el mayor porcentaje de su sueldo a la mantención de la familia antigua y no a sostener su familia nueva⁶.

Si se revisa con detención la argumentación ella es —a lo menos— fuerte si se tiene presente que si la intención de exponer a los ex cónyuges al conflicto pudiese recibir cierta justificación (con todo no sé si equivalente a desconocer en términos absolutos el abandono económico futuro de quien formó —quiere o no— parte vital de la vida del otro) no parece explicable que todo el empeño del legislador sea proteger a la “nueva” familia a costa de la “antigua”. ¿Se trata de una ley que quiere proteger a la familia construida en torno a un matrimonio que se ha roto o a la nueva que, muchas veces, ha provocado esa ruptura?

4. NATURALEZA DE LA PRESTACIÓN ESTABLECIDA EN LA LEY

La determinación de la naturaleza de esta prestación es una primera cuestión vital a resolver, pues de ello depende su régimen exacto.

⁵ Claramente así se desprende de las intervenciones de algunos parlamentarios como el señor Viera-Gallo y del entonces Ministro de Justicia señor Gómez.

⁶ Señor Gómez, Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, p. 248.

Digamos al respecto que la precisión de esto resulta especialmente compleja atendido que el debate que se dio en el Senado en torno a esta compensación permite formular varias respuestas, desde que se esgrimieron fundamentaciones que parecían asignarle un carácter alimenticio (proyecto Romero, Diez; senador Espina), otras un carácter plenamente indemnizatorio, denominándolo así, y otras uno compensatorio (Ministra Sernam). De hecho éste ha sido el punto que más ha concentrado la opinión doctrinal, porque es ciertamente relevante por la razón antes expuesta, pero, además, porque es la que permite mayor desarrollo dogmático.

El debate se centra entonces en determinar si: a) tiene naturaleza alimenticia; b) tiene una indemnizatoria, más bien compensatoria, o c) tiene una naturaleza propia.

Todas las posiciones presentan argumentos atendibles. Así, podría sostenerse que tiene naturaleza alimenticia: a) porque pretende suplir la extinción del deber de socorro y demás prestaciones derivadas del vínculo conyugal; b) porque se acogen criterios punitivos, lo que revela que no es puramente indemnizatoria; c) porque sus cuotas son calificadas como alimentos en el art. 66 inc. 2; d) porque se acogen entre los criterios algunos que apuntan a la extinción de los deberes conyugales que implicaban los modos de subsistencia: situación patrimonial de los cónyuges, cualificación profesional, posibilidades de acceso al mercado laboral, situación en materia de beneficios previsionales y de salud.

También existen fundamentos para sustentar la consideración de una naturaleza propia, en el sentido de que no sería alimenticia ni incluiría propiamente en la responsabilidad civil ni se sometería supletoriamente a su régimen: a) no depende de la existencia o no de culpa que es un requisito básico de la responsabilidad; b) se fija en función de la culpa o de la situación económica que son todos factores punitivos, contrarios al carácter puramente indemnizatorio; c) no tiene carácter alimenticio, porque el acento no está en la falta de medios para subsistir de un modo acorde a la posición social del cónyuge; d) tampoco es alimenticia, porque es esencialmente mutable.

Con todo, son varios los argumentos derivados del tratamiento que le asigna la ley y de su historia fidedigna que permiten entender que es una prestación resarcitoria y no alimenticia, tal como se ha sostenido por la mayoría de la doctrina que se ha pronunciado al respecto: a) su denominación, de entrada; b) el objeto mismo de la compensación que es devolverle al cónyuge el menoscabo económico que ha sufrido como consecuencia de no haberse dedicado a una actividad lucrativa o haberlo hecho en menor medida de lo que podía o quería; c) no

existe calificación expresa de ella como alimenticia y, en cambio, se le considera a efectos de su pago como alimentos, pero sin calificarla como tal; d) en los criterios que deben ser considerados para su evaluación no se mira a los criterios alimenticios básicos: necesidades del cónyuge ni facultades económicas de quien debe pagarla; e) se trata de una resolución que produce plena cosa juzgada, desde que no admite revisión futura en caso de variar la situación económica del obligado o del beneficiario, de hecho habiéndose planteado esta posibilidad de revisión en la discusión por el Senador Viera-Gallo —claro que para permitir que el obligado pudiese pedir la rebaja, pero no el beneficiario su aumento—, ella no fue acogida, y f) al resolver una propuesta que perseguía establecer expresamente la transmisibilidad de la obligación de pagar esta compensación a los herederos, la Comisión de Constitución del Senado la rechazó, por entender que, al no ser alimenticia, no constituía baja general de la herencia, sino una simple deuda hereditaria que debía sujetarse a su régimen común y, por lo mismo, no era menester consignar expresamente su transmisibilidad.

En cuanto a su régimen nos parece que, desde luego, no pertenece propiamente a la reparación a que apunta la responsabilidad civil y, por ende, no cabe aplicarle supletoriamente el régimen común de los daños. Ello resulta evidente, si se tiene presente que los requisitos que se exigen su procedencia no son los comunes a toda acción resarcitoria. Se rige, por tanto, por las normas que le regulan en la ley y es, a partir de ellas, que la doctrina y la jurisprudencia tendrán que ir configurando los principios que la disciplinan.

5. EL FUNDAMENTO Y CONTENIDO DE LA PRESTACIÓN COMPENSATORIA

La prestación compensatoria pareciera fundarse en dos aspectos. Primero, de manera indiscutible, en la desigualdad que existe entre los cónyuges al tiempo de la terminación del matrimonio para enfrentar la vida futura de manera independiente. En segundo término, siguiendo a Vidal⁷, en la supresión de la protección de la confianza que el cónyuge tenía en orden a que la comunidad de vida que se formaba por el matrimonio era para toda la vida. Ello justificaría la compensación, pues, precisamente, la razón que le llevó a dedicarse a su familia fue la certeza del estatuto protector que el matrimonio le confería. Esa confianza es la que se ha visto frustrada por la terminación del matrimonio.

⁷ Vidal, op. cit., p. 6.

Por otra parte, su contenido comprende sólo una pérdida patrimonial y no moral como su propia regulación indica. No cubre, desde luego, la indemnización por daño moral y, por ello, no debe ser confundida con ella. Esta última debe ser demandada de manera autónoma.

En la pérdida patrimonial se pretende cubrir, por un lado, el desequilibrio económico entre los cónyuges que le impide a uno enfrentar la vida futura de modo independiente y, por otro —de modo más discutible, pero a falta de precisión del régimen en la ley, atendible y dentro de esa desigualdad— al costo de oportunidad laboral, esto es, la imposibilidad o disminución de inserción en la vida laboral que el cónyuge ha experimentado por haberse dedicado a la familia. Este costo podría asemejarse a la idea de lucro cesante, pero sólo por aproximación, porque no apunta a lo dejado de obtener, sino a una oportunidad de obtener que es distinto. Por último, no comprende una compensación a la disminución del nivel de vida que el cónyuge tenía durante el matrimonio y, por lo mismo, no persigue ponerla en ese mismo nivel.

Hay, por tanto, una mirada hacia el pasado, pero fundamentalmente y aquí radica su esencia, una hacia el futuro. Así resulta de la historia fidedigna mirada en su conjunto.

6. CASOS EN QUE PROCEDE

Está claro que ella es procedente en caso de divorcio y no de separación judicial. No obstante, la ley la hace también procedente en el caso de nulidad. ¿En qué se funda ello?

Sin perjuicio de reconocer que ésta constituye una de las pocas mejoras a la situación del cónyuge más débil en relación con la legislación anterior, es indudable que su procedencia en materia de nulidad es producto del error o desconocimiento de la misma. En efecto, si la nulidad por definición opera con efecto retroactivo dejando a las partes en la situación en que se encontraban antes de la celebración del matrimonio tal como si éste nunca se hubiese celebrado, en términos de precisamente no causarle perjuicios y la compensación tiene por objeto devolverle al cónyuge el menoscabo económico experimentado por su postergación en razón del matrimonio, no se explica su aplicación en el caso. Al no existir matrimonio, la compensación carece de causa, pero además sería una reparación de un perjuicio que no se ha producido. De aquí que, en general, la legislación comparada en la materia no contemple compensación alguna para el caso.

Cierto es que, con todo, en los hechos nos encontramos con la misma situación desde que tenemos una persona que se ha dedicado al cuidado del hogar, sacrificando su desarrollo profesional. Con todo, con la declaración de nulidad, el manto protector de la relación conyugal desaparece del todo como si nunca hubiese existido y, jurídicamente, ninguna prestación que encuentre su causa en algo que no ha existido puede exigirse. Ello, sin embargo, es independiente a los perjuicios que la nulidad del matrimonio pudiese causar y que siempre podrían demandarse de modo autónomo, según las reglas generales.

7. OPORTUNIDAD EN QUE PUEDE FIJARSE

Precisado entonces cuándo procede, corresponde determinar en qué oportunidad puede fijarse. Siguiendo el *iter* propio del matrimonio, revisaremos los dos tiempos posibles: antes del matrimonio y en el momento de su terminación.

7.1. Regulación anticipada de algunos de los efectos derivados de la ruptura antes del matrimonio: su posibilidad

Podríamos plantearnos la pregunta de si esas consecuencias económicas podrían ser acordadas por los contrayentes antes de la celebración del matrimonio en las capitulaciones matrimoniales.

Lo cierto es que la ley nada precisa en tal sentido y toda su regulación de esta materia —arts. 21, 26, y 54— razona sobre la base de que ya existe una ruptura matrimonial. Con todo, no lo impide, de suerte que, ante el silencio, debiéramos aplicar los principios generales que rigen las capitulaciones matrimoniales entre nosotros, en especial el art. 1717 C.C. que regula sus límites: no contravenir las buenas costumbres ni las leyes.

En conformidad a ellos, parece que sería perfectamente posible pactar anticipadamente ciertas prestaciones en caso de quiebre matrimonial o separación adicionales a las establecidas en la ley. Decimos adicionales, pues es indudable que estos pactos nunca podrían llegar a la renuncia de ninguno de los aspectos que, en conformidad a la ley, deben necesariamente ser resueltos por incidir en derechos irrenunciables de los miembros de la familia. Así, en especial, no podría renunciarse a los alimentos o a la tuición.

Por lo mismo, podría pactarse una prestación de tipo compensatoria para el evento en que se produjere el término del matrimonio, pero en los límites que venimos de referir: no podría importar nunca

renuncia anticipada al derecho a reclamar la compensación regulada en la ley.

7.2. Fijación de la compensación al tiempo del término del matrimonio por divorcio o nulidad

El tiempo propio para fijar la compensación es el del término del matrimonio, sea por divorcio, sea por nulidad, desde que es en ese minuto en el que, estrictamente, cabe hablar de menoscabo económico. Recién en esa oportunidad podemos determinar si existe y proceder a la fijación de la suma de dinero que aspira a compensarlo. Así sucede con todo perjuicio, y no hace en esto excepción la prestación compensatoria. De hecho, la ley razona estrictamente en torno a este tiempo, como advertíamos anteriormente.

8. LAS VÍAS DE FIJACIÓN DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Para determinar su cuantía y forma, la misma ley establece dos formas: la convencional y la judicial, cuando haya sido reclamada en juicio.

8.1. Fijación de la compensación por vía convencional

A diferencia de lo que disponen otras legislaciones como la francesa; que sólo permiten la determinación judicial de la prestación compensatoria, nuestra ley ha permitido que la compensación económica sea fijada de común acuerdo por las partes. De este modo, nos encontraremos con un convenio regulador que puede contener un acuerdo en materia de compensación económica, de su monto y formas de pago.

Con todo, a diferencia de otros convenios reguladores establecidos en la ley, esta vía de fijación no es imperativa para nadie, sino que es una facultad que les es reconocida. Ello, pese al texto del art. 63 que la establece en términos imperativos, "*serán convenidos*". No obstante, por un lado, así se desprende del siguiente art. 64 que entra a regularla en caso de ausencia de acuerdo y, por otro, porque es evidente que si existe fijación judicial es porque se asume que el acuerdo no es siempre exigible.

No acontece así, en cambio, con el convenio regulador de las relaciones entre los cónyuges o con los hijos (alimentos, cuidado personal, mantención de una relación directa) que la ley impone a quien demanda separación judicial de común acuerdo o divorcio de

común acuerdo. En el caso del divorcio vincular, este convenio viene igualmente impuesto por la ley en el art. 55 inc. 2, cuando éste sea demandado por ambos cónyuges, disposición que, de hecho, no hace sino reenviar al art. 21 o copiar el art. 27 inc. 2.

1) Características del convenio en la materia

El convenio en esta materia tiene como características: a) sólo se admite respecto de cónyuges mayores de edad; b) es solemne, debe ser otorgado mediante escritura pública o acta de avenimiento, que, en ambos casos, debe ser presentada a la aprobación judicial. Así resulta del art. 63. Nótese que en este caso el legislador redujo notoriamente las formas del acuerdo, en relación a los otros convenios reguladores.

2) Contenido del convenio en torno a una prestación compensatoria

El art. 63 simplemente alude al "*monto y forma de pago*" de la compensación sin precisión mayor. De hecho, lo mismo sucede respecto de los otros convenios reguladores recién referidos, donde simplemente se alude, en los arts. 27 y 55, a las relaciones entre los cónyuges y a las relaciones con los hijos de suerte que, más bien, sólo hay una referencia genérica a los extremos obvios que deben ser resueltos con ocasión de la ruptura.

Desde esta perspectiva, el primer gran problema que plantea la regulación contenida en la reforma es que, a diferencia de la existente en otros sistemas, resulta particularmente vaga. Nada agrega ni específica en ninguno de esos puntos, de suerte que a cada uno de ellos deben ser aplicados los mismos principios que antes de la misma les regían. En otros términos, nada nuevo se agrega, no se mejora nada demostrando una vez la falacia de que ha mejorado la situación de los hijos y del cónyuge más débil.

3) Limitaciones al convenio

La ley no establece límite expreso, pero no hay duda de que el establecido en el art. 21 para los otros convenios es plenamente aplicable: el respeto a los derechos conferidos por las leyes que tengan el carácter de irrenunciables. Por ello, el acuerdo no puede implicar en forma alguna una renuncia anticipada a la prestación compensatoria que le corresponda en conformidad a la ley. Tampoco

podría contener fórmulas que impliquen, de algún modo, renuncia de cualquier otro derecho entre los cónyuges o respecto de los hijos a cambio de la prestación compensatoria que se acuerda: por ejemplo, del derecho a obtener la mitad de gananciales o del patrimonio reservado en el caso de sociedad conyugal.

4) *Facultades del juez*

El juez tiene facultad de control del convenio en esta materia (al igual que las tiene en el de separación judicial o de divorcio), desde que el acuerdo debe ser presentado a la aprobación judicial para que tenga fuerza vinculante para los cónyuges. Así lo dispone el art. 63.

En ejercicio de esa facultad, y por aplicación de lo dispuesto en el art. 3 que lo manda a resolver las *"materias de familia reguladas por esta ley, cuidando de proteger siempre el interés del cónyuge más débil"* puede revisar íntegramente el convenio, en términos que si efectivamente quiere dejar mejor posicionado al cónyuge más débil, aumentando la prestación acordada, tendría fundamento para hacerlo. Todo ello, con mayor razón aún, si se tiene presente que ésta es la figura con la que en esta ley, por esencia, se le quiere proteger.

8.2. Fijación de la compensación por vía judicial

A falta de acuerdo, la ley deja entregada la determinación al juez como es obvio.

1) *Oportunidad para reclamarla*

La ley establece claramente las distintas instancias en que puede ser solicitada: a) en la demanda de nulidad o divorcio; b) en escrito complementario de la demanda, y 3) en la reconvencción. A fin de evitar que ella no sea demandada por desconocimiento, se establece para el juez la obligación de informar a los cónyuges de este derecho en la audiencia de conciliación art. 64.

2) *Legitimación activa:*

El art. 61 dispone que tiene legitimación activa *"el cónyuge que, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería"*. De esa fórmula pueden entonces

desprenderse los requisitos que se exigen en quien quiere obtenerla. No obstante, todos ellos nos plantean problemas.

En efecto, la legitimación es confusa como resulta del análisis de cada uno de sus requisitos:

a) Tiene derecho a ella un cónyuge. Con todo, si ello es obvio, como la ley se refiere al cónyuge a secas, es perfectamente posible que si el que está en mejor posición económica sea precisamente el cónyuge abandonado, pueda resultar obligado a compensar en dinero a aquél que precisamente no quiere seguir viviendo con él. ¿Puede estimarse esa una solución justa?

Por otra parte, esta opción del legislador de desvincular la legitimación de la compensación con la forma en que se llega al divorcio parece contradecirse con la vinculación que él mismo hace a efectos de decidir su procedencia o fijar su monto. En efecto, recordemos que el art. 62 inc. 2, faculta al juez para "*denegar la compensación o reducir prudencialmente su monto*" cuando el divorcio es declarado por culpa. De este modo, resulta que, por un lado, se sostiene que la compensación puede tener un carácter punitivo en cuanto se le vincula a la conducta del que tendría derecho a ello y, con ello, que no es una prestación objetiva y, por otro, se afirma que la conducta que él haya tenido en nada afecta su derecho a obtenerla, porque es una prestación objetiva. Por lo mismo, su carácter varía según sea el tipo de divorcio donde se demanda: si es por culpa es subjetivo, si es unilateral, es objetivo⁸. O sea, todo depende del cristal con que se mire, lo que parece inexplicable desde un punto de vista jurídico por ser contrario a la equidad. Lo correcto habría sido fijar un criterio general aplicable a todo divorcio, decidiendo si en la procedencia o no de la compensación influía o no la culpabilidad en la ruptura matrimonial del cónyuge acreedor a ella. De hecho, el debate en torno a esta cuestión es uno consustancial a la prestación compensatoria por doquier que debió quedar zanjado de modo más nítido⁹.

⁸ Aunque, de hecho, no es tan objetivo si entre los criterios generales para fijar el monto de la compensación señalados en el art. 62, cualquiera sea la causal que dio origen al divorcio, están la buena o mala fe.

⁹ Por ejemplo, es el cuestionamiento que ha estado detrás del modelo objetivo adoptado en el Derecho español (carácter objetivo que afirma en España, por ejemplo, vid. Castán, *Derecho civil común y foral*, t. 5, vol. 1, Madrid, p. 1152), que nuestros legisladores ciertamente tuvieron como antecedente al regular esta materia. Así, véase Lasarte, quien refiere las críticas efectuadas a la opción legislativa suscitando "asombro en la ciudadanía y entre los propios juristas, incluso entre los más relevantes", Lasarte, *Principios de Derecho civil VI, Derecho de familia*, Barcelona, 2002, p. 142 a 144. Se refiere a las críticas de Lacruz, quien ha afirmado que "todo es tan contradictorio, que

b) Ese cónyuge no puede haber desarrollado actividad remunerada o lucrativa o si lo hizo debe haber sido en menor medida de lo que podía o quería.

Esta fórmula empleada por el legislador es poco feliz. En efecto, plantea un sinnúmero de problemas de interpretación de la regla que la harán de compleja aplicación práctica¹⁰.

Así, un primer problema proviene de la expresión: “o si lo hizo debe haber sido en menor medida”. Habría que entender que esa “menor medida” es en comparación al cónyuge –el marido normalmente– lo que no deja de plantear numerosas preguntas, todas relevantes a efectos de su evaluación: ¿menor medida en cuánto, en horas, en responsabilidades, en cualificación, en oportunidades de perfeccionamiento? No obstante, la norma no es clara al respecto y deja abierta también la posibilidad de entender que esa “menor medida” sea en relación sólo a una jornada completa (trabajo de mediodía) o incluso en relación a la de otras personas con su misma cualificación (el de una profesional soltera), más aún en este último caso cuando ése es uno de los criterios para su evaluación referidos en el art. 62.

Un segundo problema proviene de la fórmula con que, a continuación, continúa la regla: “de lo que podía o quería”. Estas expresiones plantean manifiestos problemas de interpretación: ¿A qué apuntan las expresiones podía o quería? ¿Son excluyentes o complementarias?

Así, la expresión “podía” parece otorgarle al requisito un carácter objetivo en cuanto pareciere apuntar al cónyuge que, teniendo las facultades necesarias para poder trabajar, por su dedicación al hogar y al cuidado de los hijos, se vio simplemente limitado en esa posibilidad, por ejemplo, por padecer una grave enfermedad o una discapacidad que lo impedía. En cambio, la expresión “quería” parece conferirle un carácter subjetivo, volitivo con lo cual si, por opción, ella eligió dedicarse a esas tareas no procedería la compensación. Ahora bien, si los combinamos “podía o quería” no procedería cada vez que falte una de esas fórmulas: no podía (porque tiene una enfermedad que lo

se hace difícil pensar que nuestro legislador tuviera el propósito de que la concesión de la pensión hubiera de tener lugar, sin más, en todos los casos, en que se diera objetivamente el desequilibrio económico entre los esposos por consecuencia de la separación o del divorcio”, Lacruz, Sancho y otros, *Elementos de Derecho Civil, vol. IV La Familia* (ed. puesta al día por RAMS ALBESA), Madrid, 2002, p. 113.

¹⁰ Resaltemos que no se tratan todos de problemas novedosos a nuestra nueva regulación, sino de los mismos que se han planteado en el extranjero en la materia y que, por ende, debieron haber sido previstos y zanjados de un modo nítido en nuestra ley, habida cuenta la abundante experiencia comparada en la materia. Vid, entre otros, Lacruz, Sancho y otros, “Elementos”, loc. cit.

inhabilita para ello), pero quería; o podía, pero no quería (fue por elección libre).

No cabe duda que, como ya lo está revelando la práctica en la materia, gran parte de la argumentación que se esgrime en las demandas y contestaciones de compensación gira en torno a estas expresiones exigidas para la legitimación, porque son de alguna manera uno de los elementos que la hacen de más difícil comprensión. En efecto, si lo que se quiere es compensar un menoscabo económico que efectivamente se ha causado, consistente en la desigualdad para enfrentar la vida futura que existe entre los cónyuges por razón de haberse dedicado uno al cuidado del hogar y que es, además, un menoscabo material, ¿por qué condicionar o subordinar de algún modo su compensación a la circunstancia de haber sido querido o no?

Si lo que se quería era extender la regla a quien había trabajado parcialmente, entonces, más claro hubiese sido establecer que tendría derecho a esta prestación el cónyuge que "no pudo total o parcialmente desarrollar una actividad remunerativa o lucrativa durante el matrimonio". La referencia al "*podía*" o "*quería*" sólo dará pie, y ya lo está dando, para argumentaciones absolutamente lamentables¹¹ que no hacen sino acrecentar el dolor de la ruptura en el cónyuge precisamente más débil.

c) Esa falta de vida laboral o su disminución debe encontrar su causa en el hecho de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores del hogar común.

En este requisito encontramos el fundamento de esta compensación: ella persigue conferirle una compensación por el costo de oportunidad laboral perdido y, con ello, permitirle una cierta su capacidad económica para enfrentar su situación futura. Son éstos los extremos que deben conducir y orientar la comprensión dogmática y práctica de esta figura.

d) Por efecto de todo lo anterior, el cónyuge debe haber experimentado un menoscabo económico

En el centro de esta figura está entonces el concepto de menoscabo económico cuyo contenido ya hemos referido anteriormente.

¹¹ Del tenor como que "no trabajó, porque no quiso y prefirió que el marido le diese todo".

3) *Prueba y carga de la prueba*

Todos los requisitos anteriores deberán ser acreditados ante el tribunal por quien demanda la compensación para que ella sea procedente. De este modo, a diferencia de lo que acontece con la otra gran prestación compensatoria que conocemos en nuestro Derecho como es el daño moral, ella debe ser probada. Nos parece que éste es un resguardo importante para evitar que ella desencadene sentencias condenatorias infundadas como, lamentablemente, acontece en muchos casos con ocasión del perjuicio extrapatrimonial.

4) *Facultad del juez para denegar o disminuir la compensación*

Pese a que en la especie puedan concurrir todos esos requisitos, el juez puede (es facultativo) denegarla al cónyuge que dio lugar al divorcio por su culpa o disminuirla por ese concepto. Al respecto, puede observarse que esto parece demostrar un cierto criterio punitivo en la compensación que pareciere haber estado fuera de su objetivo primero que parece apuntar a una mera reparación y no a una forma de sanción.

Además, si la consideración de la culpa puede determinar estas consecuencias, ¿a qué apunta la buena o mala fe a que alude el art. 61 como criterio para evaluar, en general, la compensación aun cuando proceda en el caso de divorcio unilateral?

Ello determina, por último, que, en caso de que el que demande el divorcio unilateral sea el cónyuge que eventualmente tendría derecho a la compensación, aquél que deba pagarla tendría que defenderse reconventionalmente oponiendo el divorcio por culpa —obviamente en caso de ser procedente— para evitar su imposición o al menos disminuirla. Con todo, eso es una apuesta, pues el juez no está obligado a aplicar esta sanción (art. 62 inc. 2).

En síntesis, esta facultad concedida al tribunal determina un juicio de oportunidad importante en la causal que se esgrima para el divorcio y en su fundamentación. Si se quiere el divorcio unilateral —porque se es el cónyuge culpable— deberá asumirse por quien lo demanda el costo que ello puede alcanzar, si se cumplen los requisitos establecidos en la ley. Si, en cambio, se quiere el divorcio, pero se es el inocente y no se quiere pago alguno de compensación, debe esgrimirse alguna de las causales de divorcio por culpa.

5) Evaluación y fijación de la compensación

En cuanto a la forma de evaluación, la compensación económica, según ya hemos desarrollado, mira a devolver al cónyuge más débil el menoscabo económico que le ha producido y produce al tiempo de la ruptura el haberse dedicado en forma exclusiva a las tareas del hogar y la familia. Como es fácil observar, no existe suma de dinero que pueda devolverle exactamente lo que perdió: posibilidades de haber tenido un desarrollo profesional o laboral económicamente relevante atendidas su realidad y facultades.

Por lo mismo, lógico es que siga en esto el destino evidente que tienen todos los tipos de perjuicios que no tienen un equivalente económico exacto y, por ende, donde toda idea de compensación por equivalente exacto se hace imposible: como acontece con el lucro cesante en las personas o con el daño moral. Se ha sostenido¹² que ello implica asimilar la compensación en su régimen de evaluación al daño moral; en verdad, le asimila a los perjuicios –materiales o morales– de compleja traducción económica.

En todos estos casos, la única manera de salvar las dificultades que la imposibilidad de traducción exacta en dinero plantea es dejar entregado a la apreciación prudencial de los tribunales su monto. Es lo que, en síntesis, acontece en la materia sin que, por tanto, deba extrañarnos desde que es la realidad que impera en todos los casos que vengo de señalar y sus peligros son de sobra conocidos: arbitrariedad en las decisiones, falta de uniformidad en las decisiones judiciales, falta de fundamentación en las decisiones, etc. En otras palabras, todos los problemas que la partida del daño moral experimenta en el presente, pueden plantearse en la evolución futura de la compensación.

En mi opinión, el legislador debió haber tomado ciertos resguardos que habría si no evitado, al menos disminuido esos problemas. En particular, debió haber exigido expresamente la fundamentación de las decisiones que fijen compensación económica, de manera a evitar de entrada que el “misterio judicial” que, por ejemplo, las sentencias de daño moral envuelven en Chile no se construyese.

Con todo, un grado mayor de avance puede encontrarse en la normativa de la compensación en relación a la realidad del daño

¹² Así, Pizarro, “La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena”, en *Seminario sobre la Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil*, Publicación Academia Judicial, 2004, p. 78.

moral imperante: precisión de los criterios que el tribunal debe tener en cuenta a la hora de fijar la compensación. Justamente es uno de los factores que más inciden en la falta de certeza que existe en Chile en torno al daño moral. Por ello es de agradecer que los hayan incluido directamente, aunque planteen una serie de problemas como revisáremos a continuación. Con todo, es mejor esto que el silencio que existe en materia de daño moral.

6) *Criterios para la evaluación*

La ley precisa al tribunal los criterios que debe atender para fijar la compensación: art. 62, tomados todos de la legislación comparada, especialmente española¹³.

Con relación a ellos, debe observarse que no son taxativos, pues la norma indica sólo una referencia "especialmente" a ellos. Asimismo, ellos deben ser considerados en conjunto, porque apuntan a miradas distintas: pasado, futuro, alimenticia, resarcitoria, punitiva, entre otras. Finalmente, al respecto, cabe observar, que, para que efectivamente sean útiles, deberá rendirse abundante prueba de estos aspectos por quien la alega. Lo que no siempre será sencillo, más bien es complejo. Por ejemplo, el parámetro consistente en las "posibilidades de acceso al mercado laboral" que es lo que conoce como el costo de oportunidad laboral cuya evaluación ha presentado muchos problemas en los sistemas que lo receptionan: se trata de las posibilidades, ¿objetivas o subjetivas? ¿En qué mercado en el más alto o en el medio? Del mismo modo, en cuanto a la "colaboración en las actividades lucrativas del otro cónyuge", por ejemplo, quedándose en el hogar permitió que el otro estudiara terminara su carrera o estudiará un postgrado, ¿cómo se evalúa ello?

Otro criterio extremadamente complejo es el que apunta a "la situación patrimonial de ambos", pues plantea variados problemas. Uno, su vinculación con el régimen matrimonial cuando éste tiene base comunitaria, esto es, cuando se trata de un cónyuge que, por haber obtenido su mitad de gananciales o un crédito importante de gananciales, pueda considerarse como de buena posición económica. En efecto, ¿la compensación se otorga sólo por el menoscabo económico que se le ha causado al cónyuge por su dedicación al hogar?

¹³ Si se compara el art. 97 del Código Civil español con el art. 62 nuestro, se puede fácilmente constatar la inspiración.

(que en el caso existiría, pues, de haber trabajado, además de lo que recibió por gananciales podría haber sumado parte del producto de su trabajo). ¿O para que sea procedente es menester que se encuentre en manifiesto desmedro económico?

En mi opinión, su procedencia no depende en nada del régimen. Alguien ha sostenido que no procedería en la sociedad conyugal; si así fuese, eso significaría reducir de entrada la utilidad e importancia de la figura. El 60% de los matrimonios en Chile están casados en sociedad conyugal con lo cual esta herramienta de protección caería de inmediato.

Agreguemos que la ley no lo vincula de forma directa en parte alguna al tipo de régimen. No lo hace, porque sería un error hacerlo. Aunque el cónyuge lleve parte de sus gananciales al término del matrimonio con ello no se resarce estrictamente el menoscabo que la prestación quiere compensar: la pérdida o disminución de su costo de oportunidad laboral. Aunque ella reciba bienes, eso no la posiciona para entrar al mercado laboral, porque ello depende de su competencia, de sus capacidades, de su experiencia, etc., las que, por efecto de haberse dedicado al cuidado del hogar y de los hijos, en la mayor parte de los casos, o no existen o están claramente mermadas frente a sus eventuales competidores que sí han permanecido en el mercado laboral y, en particular, en relación a su cónyuge que sí pudo hacerlo. De este modo, la desigualdad que se quiere, aunque por aproximación, suprimir, existe igualmente, con o sin bienes, por las razones expuestas.

Además, pretender esa conexión, le otorgaría, como antes resaltábamos, un matiz punitivo a la compensación, desde que no depende sólo de la existencia del perjuicio como sería de rigor en una comprensión puramente indemnizatoria.

Con todo, es indudable que la situación patrimonial en que se encuentra el cónyuge al tiempo de la terminación del matrimonio puede tener importancia, si se olvida que la compensación persigue no sólo dejarle mejor posicionado hacia el futuro, sino restituirle el costo de oportunidad laboral perdido. En efecto, en la medida en que la mirada se quede sólo en el primer aspecto, si ya está en posición óptima pareciere justo reducirle el monto que se le concede. Con todo este tipo de juicio tendría que ser conectado con algunos de los otros criterios a los que alude la ley, en especial, el de la edad o el estado de salud del cónyuge beneficiario que pueden alterar seriamente la conclusión. Convengamos, por último, que, en la realidad chilena, esta hipótesis –dueña de casa muy rica– es absolutamente excepcional, casi anecdótica.

9. RÉGIMEN DE PAGO DE LA COMPENSACIÓN

Una vez fijada la compensación corresponde al juez determinar su forma de pago. Al efecto, las reglas contenidas en la ley son las siguientes:

9.1. Formas de pago

La ley admite varias modalidades de pago (art. 65): a) entrega suma de dinero, acciones u otros bienes; b) pago en cuotas de una suma de dinero (posibilidad que ciertamente tenderá a imponerse planteando los mismos problemas que hoy plantean las pensiones alimenticias), y c) constitución de derechos de usufructo, uso o habitación en bienes del deudor (sigue el modelo de la ley 19.741 para establecer los alimentos); sin que ello sea oponible a los acreedores del cónyuge propietario ni aproveche a los del cónyuge beneficiario, esto es, no afectan el derecho de prenda general de los acreedores del cónyuge beneficiario.

En cuanto a la posibilidad de demandar la fijación de la compensación como renta vitalicia, me parece que ello es plenamente posible. En efecto, la única exigencia de la ley es que su monto sea fijado en una sola oportunidad, pero la misma ley permite el fraccionamiento en el tiempo, esto es, dilatar su pago. Si es así, con el simple sistema de cuotas que, aún garantizadas por los apremios de los alimentos, son igualmente inseguras a efectos de pago, con mayor razón debe admitirse su fraccionamiento cuando están efectivamente asegurados como acontece con el esquema de la renta vitalicia.

9.2. Facilidades para el pago

Si no existen bienes suficientes para pagar el monto –en ninguna de las modalidades anteriores– el juez podrá dividir su pago en “cuantas cuotas fuese necesario”, art. 66. En ello “tomará” el precepto es imperativo, en consideración la capacidad económica del cónyuge deudor.

Al respecto, surgen varias observaciones. Primero, no se entiende que esta facultad proceda cuando la suma de dinero ya haya sido fijada en cuotas en conformidad al art. 65. Segundo, esta facultad puede determinar una división de la suma inicial en cuotas tan mínimas, que no representen verdaderamente ninguna compensación, en el sentido que no le habilitan para iniciar al menos su subsistencia independiente.

9.3. Sanciones para el no pago

La cuota respectiva considerará alimentos para efectos de su cumplimiento a menos que se hayan ofrecido otras garantías para su pago (art. 66). Se le sanciona entonces con la misma norma de alimentos: apremios bajo sanción de arresto. No obstante, si ellos no han sido efectivos para el pago de las pensiones alimenticias, ¿por qué podría pensarse que sí será una sanción efectiva en este caso?

10. COMPATIBILIDAD DE LA COMPENSACIÓN CON LA SUBSISTENCIA DE UNA PENSIÓN ALIMENTICIA PARA EL CÓNYUGE

¿Podría acordarse por los cónyuges en el momento del divorcio una pensión alimenticia?

No lo establece la ley. Me parece que, tal como sucedió en Francia, ello podría ser planteado y resolverse, tal como lo hizo la Corte de Casación en 1988, reconocer esa pensión alimenticia de carácter convencional como una suerte de obligación natural.

11. COMPATIBILIDAD DE LA COMPENSACIÓN CON LA INDEMNIZACIÓN DE DERECHO COMÚN

¿Puede sumarse a esta compensación la demanda ordinaria de indemnizaciones de perjuicios?

La ley no regula expresamente esta cuestión, distanciándose de muchas legislaciones en que se establece, bien una norma de principio que las establece expresamente, bien una regulación detallada de ellas, como en el caso francés.

Con todo, ello no significa que deban ser descartadas, pues el silencio nos reconduce a los principios generales de la responsabilidad que resultan plenamente procedentes. Si se acredita el ilícito –divorcio por culpa– y el daño material o moral, ese perjuicio debe ser reparado, en conformidad al Derecho común.

Me parece que, dado que la compensación económica no alcanzará jamás a cubrir lo efectivamente perdido por el cónyuge más débil, esta indemnización debiera ser demandada a efectos de dejarla en mejor posición económica hacia el futuro.

Con todo, atendido que uno de los requisitos del daño indemnizable es que no debe estar reparado, ello puede plantear algunos problemas derivados de la naturaleza jurídica que se le asigne a la compensación, pues si ella es indemnizatoria del lucro cesante dejado de obtener por el hecho de haberse dedicado al hogar o al cuidado de

los hijos, no sería acumulable con una nueva reparación por tal concepto. Quedaría sí siempre a salvo la reparación del daño moral que, en estas situaciones, será normalmente el más importante.

12. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA COMPENSACIÓN: ¿EFECTIVAMENTE MEJORA LA SITUACIÓN DEL CÓNYUGE MÁS DÉBIL?

La incorporación de la compensación supone ciertamente dentro del contexto de una ley divorcista un cierto resguardo a la situación del cónyuge más débil y, a través de ello, a los hijos. Antes de su incorporación en el Senado, ese cónyuge perdía, por el divorcio, todos los derechos derivados de la relación conyugal sin reparación alguna, conclusión escasamente defendible ante la opinión pública. Otro aspecto a destacar es el que haya sido concedida al cónyuge en caso de nulidad, pues de ese modo se mejoró la situación del cónyuge.

En perspectiva crítica, es indudable que la compensación es un paliativo aparente, pues nunca podrá equivaler a la cuantía que suponen los derechos —de por vida— que se extinguen; está marcada por la falta de certeza de su régimen y del tratamiento que recibirá por los tribunales; el que es muy probable que, tal como ha acontecido en el extranjero, ella siga la suerte de las pensiones de alimentos, en términos que el pago de la misma quede, en definitiva, entregado a la conciencia del que deba pagarla.

Por último, vista la ley, algunas recomendaciones futuras deben ser efectuadas a las mujeres: parece recomendable que, en el caso de aquéllas que no tienen fortuna importante al tiempo del matrimonio, no lo contraigan con régimen de separación de bienes. Por otra parte, parece más óptimo para el cónyuge más débil obtener la separación judicial que le mantiene el carácter de cónyuge y, por ende, todas los derechos derivados de esa condición.

IV. CONCLUSIONES

La ley no ha supuesto un perfeccionamiento notable de la situación del cónyuge más débil que es normalmente una mujer. Ella ha perdido su poder negociador y, de hecho, la compensación económica, que es la figura que *per se* persigue protegerla está sujeta a la comprensión que los tribunales se hagan de ella.

En efecto, las faltas de certeza del régimen configurado en la ley, suponen entregarle la tarea de mejorar la ley a los tribunales lo que parece no sólo improcedente en la organización tripartita del Estado,

sino injusto: no puede propiciarse profusa y encendidamente una ley cuyos efectos futuros son inciertos y después confiar en que los tribunales sabrán evitar aquellos nocivos. Más aún, cuando no se les han proporcionado las herramientas necesarias para hacerlo.

Con todo, confiamos que, por el bien de esos cónyuges y, a través de ellos de sus hijos, que esas faltas de certeza en su régimen sean atenuadas en nuestro país por el criterio judicial, en términos que éste sepa otorgarle la importancia que la compensación supone en su tutela y, con ello, el único contrapeso que la ley le otorga a la situación en que ella misma ha contribuido a ponerle.

EL PROCESO MATRIMONIAL ANTE LOS TRIBUNALES DE FAMILIA

MAITE AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN
Doctora en Derecho (U. de Navarra)
Profesora de Derecho Procesal
Universidad de los Andes

I. INTRODUCCIÓN

El 30 de agosto de 2004 fue publicada la Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia, y en octubre de 2005 comenzaron a funcionar sesenta tribunales especializados a cargo de doscientos cincuenta y ocho jueces, que conocerán de materias como el matrimonio civil, adopción, violencia intrafamiliar, maltratos, tuición y regímenes de visita, entre otras.

Su finalidad principal es la de proteger adecuadamente a los niños, quienes a la luz del Derecho Internacional son considerados como sujetos de derechos que deben ser oídos, y que, por lo tanto, merecen la igualdad en el trato y la consideración por parte del Estado. Además, y de acuerdo con el artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Chile está obligado a adecuar el derecho interno y sus políticas públicas a documento internacional¹.

El procedimiento ha tenido en cuenta los problemas que encuentra el justiciable al solicitar la tutela del órgano jurisdiccional y la ineficacia del sistema procesal vigente para dar rápida solución a esta clase

¹ El artículo 44 de la mencionada Convención, dispone que "Los Estados Partes se comprometen a presentar al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos".

de litigios². Como señala el Mensaje, “el desafío, en consecuencia, no sólo es aumentar la capacidad del sistema para resolver conflictos; es necesario todavía ocuparse del modo en que el sistema los resuelve, para que las decisiones que emita sean socialmente adecuadas y percibidas como legítimas”³.

El objetivo principal de la ley es dotar al sistema de administración de justicia de órganos y procedimientos que conozcan y resuelvan un tipo complejo de conflicto como es el de familia, y la solución entregada por el legislador a estos problemas es el establecimiento de un proceso oral, concentrado y desformalizado, que se caracteriza principalmente por la inmediatez que existe entre el juez que conoce de la causa y los justiciables que solicitan su tutela; la concentración del procedimiento, la protección de los intereses y derechos de los niños, niñas y adolescentes, expresión con la que el legislador ha querido referirse a los menores involucrados en conflictos de familia, y la primacía de soluciones no adversariales.

II. RAZONES DE UNA ESPECIALIZACIÓN

Es innegable que el proceso de familia posee una naturaleza especial que proviene del hecho de que las relaciones jurídicas sobre las que versan son mayoritariamente de carácter personalísimo, que no logran un arreglo sobre la base de las soluciones impositivas del proceso tradicional.

El Derecho de Familia requiere para su enjuiciamiento de un profundo conocimiento de la normativa nacional e internacional, y una especial sensibilidad, puesto que las resoluciones que se dicten en este tipo de procesos van a afectar de modo intenso las relaciones comunes de hombres, mujeres y niños. Existe, además, un costo emocional, psicológico y hasta social de los procesos de familia, particularmente en aquellos en que existe algún tipo de contienda.

Presenta también un carácter interdisciplinario, puesto que recibe aportaciones de otras ramas jurídicas y no jurídicas, como la psicología y el trabajo social, lo que exige conocimientos complementarios para los jueces que resuelven este tipo de asuntos.

² Los principales problemas que se observaron en el Proyecto respecto del sistema procesal actual fueron la lentitud de un sistema escriturado; la falta de inmediatez entre el juez y las partes, lo que implicaba una necesaria actuación de funcionarios no letrados y la alta discrecionalidad en los procedimientos.

³ Mensaje N° 81-336, p. 1.

La estrecha relación que se produce entre una ruptura familiar y la violencia doméstica exigen una mejora en la respuesta judicial en este ámbito y un replanteamiento de las normas sobre conocimiento de estos asuntos.

III. LOS TRIBUNALES DE FAMILIA EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

Los avances logrados en el plano de la adecuación de nuestra legislación de familia sobre los compromisos asumidos por nuestro país a nivel internacional, se ha plasmado únicamente en el aspecto sustantivo, es decir, en cuanto a los derechos y deberes de los distintos miembros de la familia y en lo que respecta a las normas que tienden a protegerla o a favorecerla. Pero desde el punto de vista procesal los avances no han sido suficientes.

Esta falta de concordancia entre los aspectos sustantivos y los procesales resta eficacia a los cambios y a las reformas. La Comisión Nacional de la Familia identificó los obstáculos en el año 1993, al señalar que muchos de los problemas que se generan en el orden familiar apuntan al acceso a la justicia. Entre estos factores la Comisión señaló el atochamiento del sistema; la gran dispersión de reglas, procedimientos aplicables y tribunales competentes en los asuntos de familia; la inexistencia de tribunales especializados y la preponderancia de la lógica adversarial para el tratamiento de los conflictos. La Comisión abogaba por la creación de estos tribunales, pero debió esperar hasta el 11 de noviembre de 1997 para que el Proyecto pudiera ser presentado.

El Mensaje ratificó y amplió estas ideas. En él se señaló que existía una profunda asimetría entre las transformaciones políticas y sociales que el país ha experimentado en los últimos tiempos y el estado de las instituciones jurisdiccionales, el cual se manifestaría desde un punto de vista cuantitativo en una incapacidad estructural del Poder Judicial para hacer frente al número de litigios como desde un punto de vista cualitativo, puesto que no existe correspondencia entre los procedimientos establecidos para la resolución de conflictos y la diversidad de los mismos.

Con fecha 30 de mayo de 2001 el Presidente de la República presentó una indicación sustitutiva al Proyecto de Ley, que, recogiendo los lineamientos fundamentales del proyecto y diversas observaciones formuladas por la Comisión de la Familia, introduce importantes modificaciones en materia de competencia de los tribunales y de resolución alternativa de conflictos que se ventilen en ellos.

IV. EL PROCESO DE FAMILIA

1. GENERALIDADES

Los nuevos juzgados estarán repartidos por todo Chile y en aquellos lugares donde no existan serán competentes los Juzgados de Letras. Los Tribunales de Familia contarán con un equipo multidisciplinario de especialistas (como psicólogos y asistentes sociales) y, en una de las características más importantes de su funcionamiento, el juez deberá estar presente en las audiencias y diligencias. De esta manera se eliminan los intermediarios entre las partes y la justicia, haciendo los trámites más expeditos.

2. EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO

La ley ha establecido cuatro procedimientos: uno ordinario (artículos 55 a 67) y tres especiales, relativos a la aplicación de medidas de protección de los derechos de los menores de edad (artículos 68 a 80); a la violencia intrafamiliar (artículos 81 a 101) y a los actos judiciales no contenciosos (artículo 102).

El procedimiento ordinario se aplica a todos los asuntos contenciosos, cuyo conocimiento corresponda a los juzgados de familia y que no tengan señalado un procedimiento distinto⁴. Por lo tanto, los juicios de separación, nulidad y divorcio se sujetan a las reglas previstas para este tipo de procedimiento, con las particularidades que la LMC ha contemplado en los artículos 85 y siguientes.

Se estructura principalmente en dos audiencias: una preparatoria, que tiene por objeto determinar el objeto del proceso, y una audiencia de juicio, cuya finalidad principal es que se rinda la prueba ofrecida por las partes o decretada por el tribunal.

2.1. La demanda

La demanda podrá ser presentada de forma verbal o escrita, y en el primero de los casos el funcionario que corresponda deberá proceder a poner por escrito en un acta los términos de la pretensión, la que deberá ser firmada por la parte previa lectura (artículo 56).

⁴ Las materias que son competencia de los juzgados de familia se encuentran enumeradas en el artículo 8° de la citada ley.

Deberá notificarse personalmente al demandado por el funcionario que se designe para ello o por receptor judicial, si la parte interesada encarga a su costa la práctica de dicha notificación (artículo 23).

Una vez recibida la demanda, el tribunal citará a las partes a una audiencia preparatoria, la que, según lo dispuesto en el artículo 55, deberá realizarse en el menor plazo posible. Para ello, deberán fijarse dos fechas de audiencia, reservando la segunda para el caso que las partes no se encuentren debidamente notificadas⁵.

2.2. La audiencia preparatoria

A esta primera audiencia las partes pueden concurrir personalmente sin perjuicio de que comparezcan también sus respectivos apoderados, y siempre y cuando el juez, mediante resolución fundada, no haya eximido a la parte de esta comparecencia (artículo 60).

Tiene por objeto cumplir con las siguientes diligencias: a) ratificar verbalmente el contenido de la demanda; b) contestar verbalmente la demanda, salvo que el demandado la haya contestado por escrito antes de la audiencia, pues en ese caso se limitará a ratificarla; c) la oposición de excepciones por el demandado y por el demandante, si aquél ha procedido a demandarlo reconventionalmente. Las excepciones opuestas se tramitarán conjuntamente y se resolverán en la sentencia definitiva, aunque el juez deberá pronunciarse inmediatamente sobre las que se refieran a la incompetencia del tribunal, la falta de capacidad o de personería, y las relativas a la corrección del procedimiento o a la prescripción, siempre que ellas sean manifiestamente admisibles. También podrán decretarse de oficio o a petición de parte las medidas cautelares que procedan, si es que no han sido previamente decretadas, puesto que en ese caso el juez deberá resolver si las mantiene. El juez, además, deberá promover la conciliación entre las partes de acuerdo con las bases que proponga, determinar el objeto del juicio, fijar los hechos que deben probarse, las convenciones probatorias que hayan podido ser acordadas por las partes⁶ y determinar las pruebas que deben rendirse disponiendo su práctica. Además, si no se ha producido una solución del conflicto, deberá fijar la fecha de la audiencia para el

⁵ Para evitar la indefensión de las partes, el legislador ha establecido que la notificación debe practicarse por lo menos con 10 días de anticipación a la fecha en que se fijó la audiencia preparatoria.

⁶ Señala el artículo 30 de la ley que las convenciones probatorias obedecen a solicitudes que las partes, de común acuerdo, elevan al juez para que tenga por probados ciertos hechos y que luego no podrán ser discutidos en la audiencia del juicio.

juicio, la que deberá efectuarse en un plazo no superior a treinta días contados desde que se realiza la audiencia preparatoria.

Si al finalizar esta audiencia preparatoria no se ha logrado una solución alternativa del conflicto, el juez deberá dictar una resolución que deberá contener las siguientes menciones: las demandas y contestaciones que deben conocerse y la fijación del objeto del juicio; los hechos que se dieron por acreditado en virtud de las convenciones probatorias que alcancen las partes; las pruebas que deberán rendirse en el juicio y la individualización de aquellos que deben ser citados a la audiencia de juicio (artículo 62).

2.3. La audiencia de juicio

La audiencia del juicio se llevará a efecto en un solo acto, pudiendo continuarse en sesiones sucesivas si fuere necesario, y su objetivo es recibir la prueba admitida por el tribunal o que haya sido decretada por éste.

El artículo 63 se encarga de detallar cuáles son las actuaciones que se llevan a cabo durante esta audiencia, entre las que destaca la verificación de la presencia de las personas que hubieren sido citadas; la declaración de inicio del juicio, el señalamiento del objetivo de la audiencia, advirtiendo a las partes que deben estar atentas a lo que se expondrá en el juicio y la adopción de las medidas necesarias para el adecuado desarrollo de la audiencia.

2.4. La prueba

En cuanto a la prueba, la ley ha establecido como regla básica la libertad de la misma, puesto que dispone el artículo 28 que los hechos que resulten pertinentes para la adecuada resolución del conflicto podrán ser probados por cualquier medio producido en conformidad a la ley. Y no sólo eso, sino que, además, las partes pueden solicitar al juez de familia que ordene la generación de otros medios que no dependan de estas últimas y que sean de conocimiento de un organismo público o de terceras personas (artículo 29)⁷.

El juez también podrá ordenar por resolución fundada que se excluyan ciertas pruebas que puedan resultar manifiestamente imperti-

⁷ El artículo 54 reconoce la posibilidad de que se admitan como pruebas películas cinematográficas, fotografías, fonografías, video grabaciones, y en general cualquier medio apto para producir fe.

entes o que tuvieran por objeto acreditar hechos públicos o notorios, que resulten sobreabundantes o que hayan sido obtenidas con infracción de alguna garantía fundamental.

El legislador ha establecido algunas particularidades en cuanto a las pruebas que pueden rendirse: así, en lo que respecta a la declaración de los testigos, ha dispuesto un novedoso principio en la legislación procesal constituido por la no autoincriminación del testigo, en virtud del cual éste puede negarse a responder aquellas preguntas que le pueden acarrear como consecuencia la persecución penal por delito o cuando su declaración pueda incriminar a su cónyuge, conviviente, ascendientes o descendientes, etc. (artículo 37). También se ha dispuesto que en el procedimiento de familia no haya testigos inhábiles, por lo que desaparece la posibilidad de tachas, aunque se autoriza a las partes a dirigir al testigo preguntas que puedan poner en duda la credibilidad de su declaración o su vinculación con alguna de las partes que pusieran en duda su imparcialidad. Si el testigo es un niño, niña o adolescente, las preguntas deberán hacerse por intermedio del juez, quien excepcionalmente puede autorizar a que sean respondidas directamente, si estima que el menor posee suficiente madurez para ello (artículo 40).

En cuanto a la prueba pericial, puede señalarse que el perito debe presentar un informe escrito teniendo, además, la obligación de declarar ante el juez sobre el contenido de su informe, rigiéndose para ello por las normas establecidas para los testigos. No podrán ser inhabilitados, sin perjuicio que durante la audiencia se le podrán formular preguntas orientadas a determinar la objetividad del informe.

El artículo 50 declara la procedencia de la declaración de las partes, limitándose el legislador a regular la forma en que deben efectuarse las preguntas, estableciendo, además, que el juez podrá tener por reconocidas las afirmaciones de la parte que solicitó la declaración, si la parte que debe declarar no comparece o da respuestas evasivas.

La prueba se valorará conforme a las reglas de la sana crítica, y el legislador ha tenido esta vez el cuidado de explicar que su valoración no podrá contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia ni los conocimientos científicamente afianzados.

2.5. La sentencia

Señala el artículo 65 que el juez deberá entregar de inmediato su resolución, una vez que se haya concluido el debate, indicando los fundamentos principales de su decisión. Por excepción si la audiencia se prolonga por más de dos días el juez tiene un plazo mayor para

resolver, que se extiende hasta el día siguiente hábil luego del término de las mencionadas audiencias, lo que se indicará al término de la misma fijándose también la oportunidad para que la decisión sea dada a conocer.

Por razones fundadas, podrá diferir la redacción del fallo hasta por cinco días y deberá fijar la fecha en que tendrá lugar la lectura de la sentencia.

En cuanto a su contenido, el artículo 66 dispone que la sentencia deberá contener: el lugar y fecha en la que se dicta; la individualización completa de las partes; una síntesis de los hechos y de las alegaciones de las partes; el análisis de la prueba rendida y los hechos que estime probados, además del razonamiento por el que llega a esa conclusión; los fundamentos legales y doctrinales del fallo; la resolución de las cuestiones sometidas a la decisión del juzgado; el pronunciamiento sobre el pago de las costas y, en su caso, los motivos para absolver del pago a la parte vencida.

2.6. Régimen de recursos

Contra la sentencia proceden todos los recursos que establece el Código de Procedimiento Civil, siempre que su interposición no resulte incompatible con los principios del procedimiento que establece la ley y con las particularidades que señala su artículo 67.

El recurso de apelación procede en contra de la sentencia definitiva de primera instancia, de las que se pronuncien sobre medidas cautelares y de las que pongan término al procedimiento o hagan imposible su continuación. Deberá entablarse por escrito y sólo será apelable en el efecto devolutivo, salvo algunas excepciones que la ley se encarga de señalar⁸, pudiendo fallarlo el tribunal de alzada sin esperar la comparecencia de las partes. En materia de alegatos se introduce una novedad, puesto que se permite a las partes dividir el tiempo de los mismos para efectuar réplicas al alegato de la contraria.

La solicitud de reposición debe presentarse dentro de tercero día de notificada la resolución, a menos que dentro de ese plazo se haya fijado una audiencia, puesto que en ese caso deberá interponerse y resolverse en la misma.

⁸ Excepcionalmente se concede el recurso de apelación en ambos efectos, cuando se trata de sentencias definitivas dictadas en juicios de filiación o de constitución o modificación del estado civil de las personas, las que digan relación con la autorización para salir del país, las dictadas en procesos de adopción y las que se pronuncian sobre medidas cautelares.

El recurso de casación en la forma sólo procede en contra de las sentencias definitivas de primera instancia y de las interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación, pudiendo sólo fundarse en alguna de las causales expresadas en los números 1, 2, 4, 6, 7 y 9 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, o en haber sido pronunciada con omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el artículo 66 de la Ley⁹.

3. PROCEDIMIENTO PARA LA TRAMITACIÓN DE LOS JUICIOS DE SEPARACIÓN, NULIDAD DE MATRIMONIO Y DIVORCIO

3.1. Principios que informan el proceso matrimonial

La especialidad de los procesos matrimoniales produce algunas alteraciones en las normas comunes a todo procedimiento, en el que las partes, aunque conservan un amplio poder de disposición, ven limitado ese poder en atención a que la actividad del juez no se restringe a valorar el aporte de las partes, porque posee un amplio margen de oficialidad. Sin embargo, no por ello podemos dar el carácter de inquisitivo a este tipo de procesos. Analizaremos ahora sus principios informadores.

3.1.1. El principio del interés superior del niño y su derecho a ser oído

Nuestra legislación ha recogido este principio de la Convención de los Derechos del Niño, que en su artículo 3.1 lo consagra en los siguientes términos: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

La protección del interés superior del niño o niña debe ser entendida como un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar

⁹ Procede, por tanto, si la sentencia ha sido pronunciada por un tribunal incompetente o integrado en contravención a lo dispuesto por la ley; si la sentencia ha sido pronunciada por un juez, o con la concurrencia de un juez legalmente implicado, o cuya recusación esté pendiente o haya sido declarada por tribunal competente; si ha sido dada ultrapetita; si ha sido dada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada; si contiene decisiones contradictorias, o si ha sido dictada faltando algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad.

un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible.

El derecho a ser oído se encuentra en íntima relación con la protección de este interés superior, puesto que es difícil concebir el tener en debida cuenta dicho interés si no se le ha preguntado su opinión.

Resulta interesante su recepción en el Código Civil, modificado por la Ley 19.585 de filiación. Nuestro Código ha recogido el principio en varios artículos, entre los que destacan el artículo 222 inciso 2º, que dispone que la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, y el artículo 227, que contempla la posibilidad de que el juez en ciertos casos resuelva breve y sumariamente oyendo a los hijos y a los parientes.

El derecho del niño a ser oído se encuentra consagrado en el artículo 242 inc. 2º del Código Civil, que señala que el juez, para adoptar sus resoluciones deberá atender como consideración primordial al interés superior del hijo teniendo debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez¹⁰.

En el caso de la nueva Ley de Matrimonio Civil, esta institución encuentra consagración en su artículo 85, que dispone que cuando existan menores de edad comprometidos el juez deberá considerar especialmente el interés superior del niño, debiendo oír a aquellos que se encuentren en condiciones de formarse un juicio propio, al resolver los asuntos relacionados con su persona o bienes.

A su vez, el artículo 16 de la Ley 19.968 dispone que para los efectos de esa ley se entenderá por niño o niña todo ser humano que no haya cumplido los catorce años, y por adolescente aquél que haya cumplido los catorce años y hasta que cumpla los dieciocho¹¹.

¹⁰ Existiría una incongruencia entre esta disposición y el artículo 36 de la Ley 16.618, de Menores, puesto que este último dispone que el juez, tratándose de un menor púber, deberá oírlo siempre, mientras que si se trata de un impúber, podrá oírlo si lo estima conveniente. Esta norma se encontraría en abierta contradicción con el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, que no hace ninguna distinción entre los menores que deben ser oídos.

¹¹ Nótese un cambio de criterio en relación con lo establecido por el artículo 26 del Código Civil, que dispone que infante o niño es todo aquél que no haya cumplido los siete años. Entendemos que, sin perjuicio de las diferencias que pueden presentarse en cuanto a las nomenclaturas, la Ley 19.968 extiende la protección de los menores hasta su mayoría de edad, es decir, hasta que han cumplido los dieciocho años.

3.1.2. La oralidad del procedimiento

En virtud de este principio, contenido en el artículo 10 de la Ley 19.968, todas las actuaciones del proceso serán orales, salvo aquellas excepciones expresamente contenidas en la ley, entre las que encontramos, por ejemplo, la obligación del perito de entregar un informe escrito, la posibilidad de presentar la demanda por escrito, la interposición de la demanda reconventional, la exigencia de actas que den cuenta de los términos de la conciliación y de la mediación, la redacción de la sentencia definitiva y la interposición de los recursos de apelación y casación en la forma.

3.1.3. Concentración

La concentración del procedimiento busca evitar dilaciones indebidas en su tramitación, impidiendo con ello que se produzcan situaciones como las que hoy se dan en los procedimientos civiles escritos.

Así, el artículo 11 de la citada ley dispone que el procedimiento se llevará a cabo a través de audiencias continuas y sucesivas hasta su conclusión. Excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar la suspensión de la audiencia hasta dos veces por razones de estricta necesidad y por el tiempo mínimo. A su vez, las partes, de común acuerdo, podrán solicitar, por una sola vez y hasta por sesenta días, la suspensión de la audiencia a la que hubieran sido citados.

3.1.4. Actuación de oficio e inmediatez

En los procesos de separación judicial, nulidad y divorcio, el principio de disposición de las partes se ve atenuado, sin perjuicio de que serán las partes las que concretan el objeto del proceso, pudiendo, además, desistirse del procedimiento o renunciar a la acción ejercitada en conformidad con las reglas generales, sin que el juez pueda tomar parte activa en la dirección material del proceso.

No obstante, atendido el hecho que estos procesos afectan el estado civil de las personas, y que la materia es de un evidente interés público, el principio dispositivo se ve atenuado por las facultades que el juez posee para llegar a la formación de una verdad material, evitando así el fraude a la ley.

El legislador atribuye al juez en este procedimiento mayores posibilidades de actuar y de dirigir el procedimiento, lo que se encuentra en estrecha concordancia con la exigencia legal de inmediatez, en virtud de la cual las audiencias de prueba y todas las diligencias probatorias

deberán llevarse a cabo en presencia del juez, quedando prohibida la delegación de funciones bajo sanción de nulidad. El juez deberá, además, formar su convicción a partir de las alegaciones y pruebas que haya recibido personalmente.

3.1.5. *Colaboración*

Constituye también un principio fundamental de este nuevo procedimiento y debe entenderse como la necesidad de buscar soluciones no adversariales, es decir, alternativas orientadas a evitar o mitigar el conflicto entre las partes, privilegiando las soluciones que ellas pudieran acordar. El artículo 14 lo consagra cuando dispone que “durante el procedimiento y en la resolución del conflicto se buscarán alternativas orientadas a mitigar la confrontación entre las partes, privilegiando las soluciones acordadas por ellas”.

En este sentido, la ley ha establecido dos mecanismos alternativos de solución de conflictos: la conciliación y la mediación.

Ambos resultan métodos flexibles y adaptables, que se prestan lo mismo para resolver conflictos de gran monto económico (por la necesidad de las partes de resolverlos rápidamente para evitar o reducir pérdidas), como en litigios donde las partes pertenezcan a sectores marginados con pocas probabilidades de acceso a la justicia formal o tradicional.

La conciliación puede ser judicial o extrajudicial¹². La conciliación extrajudicial tiene bastante proximidad con la mediación al estar ambas despojadas del marco litigioso que enfrentan pretensiones interesadas. En el caso de la conciliación judicial, es un tercero –el juez– quien propone las bases para el arreglo. En el caso de la mediación, el mediador no formula las bases para el acuerdo, sino que solamente intenta el acercamiento de las posiciones de las partes involucradas.

De todos modos es suficiente ver que las actitudes son diferentes; mientras la conciliación arrima posiciones desde la perspectiva del

¹² La conciliación es un procedimiento en el cual dos partes de un conflicto se reúnen con un tercero, ajeno e imparcial, que facilita la comunicación entre las personas enfrentadas para delimitar y solucionar el conflicto, y que, además, formula propuestas de solución. Está contemplada en la legislación de todos los países pero con una importante diferencia entre los que la consideran como parte del procedimiento judicial y los que la utilizan como mecanismo obligatorio prejudicial, es decir, en una etapa previa al inicio del juicio. Esto sucede, por ejemplo, en España, en donde está previsto el trámite de conciliación prejudicial, pero con carácter de voluntario. En Chile se encuentra regulada como trámite judicial obligatorio del procedimiento declarativo ordinario en el artículo 262 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

objeto a decidir, la mediación acerca la comunicación entre las partes no se detiene en el contenido del problema, aun cuando lo lleva en su destino, sino en conducir un proceso de interpretación sobre las verdaderas necesidades e intereses de los sujetos en conflicto.

3.1.6. Reserva

En este tipo de proceso no rige el principio de la publicidad de las actuaciones al establecer el artículo 86 LMC que el proceso será reservado, a menos que el juez, a petición expresa de los cónyuges, resuelva lo contrario de modo fundado.

Sin perjuicio de lo ya señalado, en la resolución de un proceso matrimonial el juez debe velar, además, por el resguardo de la primacía de ciertos intereses, tales como la protección del interés del cónyuge más débil, contenido en el artículo 3 inciso primero. Allí se dispone que las materias de familia reguladas por ella deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés del cónyuge más débil, procurar que se reserve y recomponga la vida común, según se deduce de lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 3°, cuando señala como criterio rector de la actuación del tribunal que conozca de las materias de familia reguladas por ella, el procurar preservar y recomponer la vida en común en la unión matrimonial válidamente contraída, cuando ésta se vea amenazada, dificultada o quebrantada, o que la resolución que se concilie con los derechos derivados de las relaciones de filiación y con la subsistencia de una vida familiar compatible con la vida separada de los cónyuges, criterio contenido en el inciso final del artículo 3°, cuando señala que “el juez resolverá las cuestiones atinentes a la nulidad, la separación o el divorcio, conciliándola con los derechos y deberes provenientes de las relaciones de filiación y con la subsistencia de una vida familiar compatible con la ruptura o la vida separada de los cónyuges”, lo que se entiende en concordancia con el inciso tercero del artículo 85, que le permite al juez en cualquier momento del juicio adoptar de oficio las medidas que crea conveniente para solucionar de la mejor manera posible las rupturas o conflictos matrimoniales.

3.2. Competencia y procedimiento

Señala el artículo 87 que “será competente para conocer de las acciones de separación, nulidad o divorcio, el juzgado con competencia en materias de familia, del domicilio del demandado”, agregando el artículo 88 que los procesos matrimoniales se tramitarán conforme

al procedimiento que señale la Ley 19.968, y que ya hemos analizado en el apartado anterior.

En este mismo sentido, el artículo 8 de la ley señala que serán de competencia de los juzgados de familia: 16) Las acciones de separación, nulidad y divorcio reguladas en la Ley de Matrimonio Civil”, aplicándose, por lo tanto, el procedimiento ordinario contemplado en la Ley 19.968 en concordancia con las normas especiales de procedimiento previstas en el Capítulo IX de la Ley de Matrimonio Civil, que se ocupa de fijar las reglas básicas acerca “De los juicios de separación, nulidad de matrimonio y divorcio”.

3.3. Las partes

No todos los sujetos que intervienen o pueden intervenir en un proceso tienen la calidad de parte. Sólo lo son los sujetos a quienes afectará directamente el pronunciamiento del tribunal, ya sea concediendo o denegando la tutela solicitada, o bien, estableciendo que no puede pronunciarse sobre el asunto.

Sin embargo, no sólo son partes el demandante y el demandado, sino que también quienes con posterioridad al inicio del proceso pueden, por su relación con el objeto principal del mismo (relación que deberán acreditar), entrar en éste con plenitud de derechos, cargas y responsabilidades procesales. Por ello es que el concepto de parte es importante a la hora de determinar quienes son los terceros en el juicio, y que vienen a ser aquéllos que, teniendo alguna relación con el proceso, no son parte de él.

Pueden definirse como “sujetos jurídicos que pretenden, o frente a los que se pretende, una tutela jurisdiccional concreta y que, afectados por el pronunciamiento judicial correspondiente, asumen plenamente los derechos, cargas y responsabilidades inherentes al proceso”¹³.

3.3.1. Capacidad procesal de las partes

En el ámbito procesal se habla de capacidad para ser parte y de capacidad procesal, en sintonía con el derecho sustantivo. Desde el punto de vista doctrinal existe unanimidad en cuanto a la delimitación genérica de estos conceptos, pero desde el punto de vista práctico han

¹³ Cfr. De La Oliva Santos, Andrés, *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración. Conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de 7 de enero de 2000 (obra conjunta con Ignacio Díez-Picazo Giménez)*, Madrid. 2000, p. 109.

surgido algunos problemas y que se refieren a la relación entre la personalidad jurídica y la capacidad y la relación entre la capacidad del derecho sustantivo y la capacidad en el ámbito procesal.

Para solucionar estos problemas, debemos plantearnos si los conceptos de personalidad y capacidad jurídica son de significado unívoco o si bien tienen significado y alcance distintos.

Una postura niega que pueda existir capacidad sin personalidad jurídica, es decir, sólo podría predicarse capacidad de las personas físicas y de las jurídicas y, por lo tanto, la capacidad jurídica vendría a ser una proyección de la personalidad. En este sentido, un ente carente de personalidad no puede ser sujeto de derecho y agrupaciones sin personalidad no pueden adquirir derechos ni contraer obligaciones¹⁴.

Para otra postura, puede existir capacidad sin personalidad destacando la virtualidad del concepto de subjetividad jurídica y así surgen entidades que no son personas jurídicas, pero a las que sí es dable imputarles ciertos efectos jurídicos.

Puede concluirse, por tanto, que personalidad y capacidad jurídica no son sinónimos ni términos unívocos, y que la subjetividad jurídica es anterior a la personalidad.

Tal como en el Derecho Civil se distingue la capacidad jurídica de la capacidad de obrar, en el Derecho Procesal se distingue la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, pudiendo definirse la primera como "la aptitud para ser titular de todos los derechos procesales y asumir las cargas y responsabilidades inherentes al proceso civil. O, con otras palabras, es la aptitud para pedir la tutela de los tribunales civiles (afirmar acciones) y resultar afectado por la decisión jurisdiccional relativa a la tutela jurídica pretendida"¹⁵, y la segunda, como una aptitud para poder realizar actos válidos en el proceso o la capacidad necesaria para actuar en juicio¹⁶.

La capacidad procesal tiene una naturaleza estrictamente procesal y de esta forma resulta más amplia que la capacidad de ejercicio. Es un atributo que se presume, puesto que todos tienen la aptitud para ser

¹⁴ Entre los que destaca Castán Tobeñas, José, *Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo I, Vol. II*, Reus, Madrid, 1987, página 160, quien comienza señalando que "capacidad es sinónimo de personalidad".

¹⁵ De La Oliva, A., obra citada, página 111. Cordón Moreno, F., *Ley de Enjuiciamiento Civil y Otras Normas Procesales*, Aranzadi, 7ª Edición, septiembre de 2002, p. 77, la define como "la aptitud genérica que una persona tiene para ser demandante o demandado en un proceso. Cualquiera que éste sea, y aunque nunca llegue a litigar". La denomina también Personalidad Procesal.

¹⁶ Cfr. Calamandrei, P.; *Instituciones de derecho procesal civil, según el nuevo Código*, vol. 2, Ejea, Buenos Aires, 1986, p. 365.

titular de derechos procesales y de asumir las cargas inherentes a un proceso jurisdiccional¹⁷.

En este sentido, se ha señalado que para tener capacidad de ser parte era necesario tener capacidad jurídica, lo que no resulta del todo preciso, si pensamos en supuestos en que un sujeto tiene capacidad para ser parte, pero no cuenta con capacidad jurídica¹⁸.

3.3.2. Postulación procesal

La LMC nada dice sobre la exigencia de representación, por lo que habrá que estarse a lo dispuesto por los artículos 18 y 19 de la Ley 19.968, que disponen que las partes podrán actuar y comparecer personalmente, sin necesidad de asistirse por un abogado, a menos que el juez así lo ordene en forma expresa, especialmente en aquellos casos en que la otra parte sí actúa asistida por un mandatario judicial. Además, el juez deberá velar por una debida representación de los intereses de los niños, niñas y adolescentes.

3.3.3. Legitimación

Sólo los cónyuges están legitimados para ejercitar las acciones de separación judicial, nulidad y divorcio, por cuanto son los sujetos de la relación jurídica que constituyen el objeto del proceso matrimonial. Esta acción podrá ser ejercitada por ambos o por cualquiera de los cónyuges, salvo los supuestos en que la ley ha limitado su ejercicio.

3.3.4. Posibles terceros interesados

Sin perjuicio de que el proceso está pensado para garantizar la actuación de las partes, demandante y demandado, la sentencia puede

¹⁷ Cfr. De La Oliva Santos, A.; *Derecho Procesal Civil* (con Fernández López, M.A.); Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 423. Agrega Romero Seguel, A.: "El control de oficio de los presupuestos procesales y la cosa juzgada aparente. La capacidad procesal", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28 N° 4, p. 787, que este reconocimiento constituye un reflejo de la dignidad de la persona humana, puesto que la poseen hasta los absolutamente incapaces. La Ley de Matrimonio Civil se ha encargado de señalar que el cónyuge menor de edad y el interdicto por disipación son hábiles para ejercer las acciones de nulidad y de divorcio, sin perjuicio de su derecho de actuar por medio de representante (artículos 46 inciso final y 58).

¹⁸ Por ejemplo, las uniones sin personalidad, las sociedades de hecho, grupos de interés o la situación del *nasciturus*. La Corte Suprema, en sentencia de 30 de agosto de 2001, reconoce que los embriones tienen aptitud para ser titulares de derechos procesales y el derecho a ser amparados por el órgano jurisdiccional.

extender su eficacia a terceros que no hayan sido parte en el proceso. La intervención de terceros no parece ser propia de este tipo de procesos, por cuanto incumbe sólo a los cónyuges la legitimación activa y pasiva de forma excluyente.

No obstante, sí se puede hablar de la existencia de terceros interesados en el proceso matrimonial, que, aunque no pueden intervenir, se verán alcanzados por los efectos de la sentencia que se dicte en el mismo. Es el caso de los hijos menores, que se verán afectados en lo referente a la relación directa y regular con los padres, el cuidado personal y los alimentos que puedan ser decretados. Por lo mismo, el artículo 85 LMC ha dispuesto que cuando existieren menores de edad comprometidos el juez tendrá que tener en especial consideración el interés superior del niño, debiendo oír a aquél que esté en condiciones de formarse un juicio propio, teniendo en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. El mismo artículo lo faculta para adoptar de oficio y en cualquier momento las medidas que estime convenientes para solucionar los conflictos matrimoniales.

Cabe aclarar que, respecto de los cónyuges, la sentencia que se dicte en un proceso matrimonial produce efectos desde su pronunciamiento, y que respecto de terceros producirá efectos una vez que se encuentre ejecutoriada y subinscrita al margen de la inscripción matrimonial.

4. EL OBJETO DEL PROCESO MATRIMONIAL

4.1. Heterogeneidad del objeto del proceso matrimonial

El objeto del proceso busca identificarlo desde un punto de vista objetivo, y está constituido por aquel “tema o asunto jurídico fundamental sobre el que el actor pide la sentencia del juez, previa contradicción con el demandado”¹⁹, por lo que el objeto no hace referencia al derecho del actor, sino que a su pretensión procesal, particularmente a lo pedido por éste. El artículo 89 de la LMC dispone que “las acciones que tengan por objetivo regular el régimen de alimentos, el cuidado personal de los hijos o la relación directa y regular que mantendrá con ellos aquel de los padres que no los tenga bajo su cuidado, cuando no se hubieren deducido previamente de acuerdo a las reglas generales como, asimismo, todas las cuestiones relacionadas con el régimen de bienes del matrimonio, que no hubieren sido

¹⁹ Ortells Ramos, M.; *Derecho procesal civil*, 5ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 240.

resueltas en forma previa a la presentación de la demanda de separación, nulidad o divorcio, deberán deducirse en forma conjunta con ésta o por vía reconvenional, en su caso, y resolverse tan pronto queden en estado, de acuerdo al procedimiento aplicable. La misma regla se aplicará en caso de que se pretenda modificar el régimen de alimentos, el cuidado personal de los hijos o la relación directa y regular que mantendrán con el padre o la madre que no los tenga bajo su cuidado, que hubieren sido determinados previamente²⁰.

En estos casos, la ley ha dispuesto que, en atención a los principios de concentración y economía procesal, las pretensiones se acumulen, permitiendo que varios objetos tengan una única tramitación procedimental, y así una serie única de actos procesales servirá para el tratamiento de una pluralidad de objetos existiendo, además, una única sentencia que se pronuncie sobre los mismos. La finalidad que persigue la acumulación es evitar las sentencias contradictorias respecto de pretensiones que presentan elementos comunes. De ahí, y como señala Ortells, que suele decirse que se trata de un proceso con una única exterioridad, pero con una internalidad plural, puesto que, aunque existe un único procedimiento, son varios los procesos, y las cargas y expectativas de las partes se desarrollan respecto de todos y cada uno de los objetos procesales²¹.

En este sentido, puede señalarse que el objeto de los procesos matrimoniales es heterogéneo, puesto que puede comprender pretensiones propiamente matrimoniales, pretensiones de carácter económico y pretensiones relativas a los hijos²².

4.2. Pretensiones propiamente matrimoniales

Hemos señalado que el objeto del proceso viene constituido por la pretensión procesal y su posible resistencia. Dicha pretensión encuentra apoyo en alguna de las causales de separación, nulidad o divorcio establecidas por la ley.

En cuanto a la acción de separación judicial de los cónyuges, ésta es irrenunciable, personalísima e imprescriptible, y sus causales son el

²⁰ En este mismo sentido, el artículo 17 de la Ley 19.968, que dispone que "los jueces de familia conocerán conjuntamente, en un solo proceso, los distintos asuntos que una o ambas partes sometan a su consideración".

²¹ Cfr. Ortells Ramos, M., "La pretensión procesal como objeto del proceso de declaración", en *Derecho Procesal Civil*, Ortells Ramos, M., *et al.*, Aranzadi, Navarra, 2004, p. 257 y ss.

²² Seguimos la orientación de Serra Domínguez, M., "El objeto del proceso matrimonial", *Justicia* 83, p. 47 y ss.

cese de la convivencia o un hecho que constituya violación grave de los deberes y obligaciones con los hijos, que torne intolerable la vida en común. En este último caso, la acción de separación judicial sólo corresponde al cónyuge que no haya dado lugar a la causal.

La acción de nulidad sólo procede por alguna de las causales establecidas en el artículo 44 LMC, y podrá ser ejercida por cualquiera de los cónyuges, salvo las excepciones contempladas en el artículo 46 LMC, que restringen el ámbito de la legitimación activa.

En lo que respecta a la acción de divorcio, ésta es irrenunciable e imprescriptible. Corresponde a uno de los cónyuges por falta imputable al otro, a ambos cónyuges si lo solicitan de común acuerdo y acreditan que ha cesado la convivencia durante un lapso mayor de un año, o a cualquiera de ellos, si el cese de la convivencia conyugal es de tres años por lo menos, y siempre que el demandante, pudiendo hacerlo, haya cumplido durante esos años con su obligación de alimento respecto del cónyuge y los hijos comunes (artículo 55 LMC).

Debe matizarse también la clase de controversia que se trata de resolver a través del proceso, puesto que el de divorcio tiene por objeto una controversia referente a la disolución del vínculo matrimonial válidamente constituido, por causa sobrevenida a su celebración. Su diferencia con la separación judicial se encuentra en el hecho de que esta última no afecta el vínculo matrimonial, sino que se limita a suspender la vida en común de los cónyuges por causas sobrevinientes a la celebración del matrimonio, que, además, cesa cuando se reanuda la vida en común que reestablece el estado civil de casados (artículo 38), requiriéndose revocación judicial de la sentencia, solicitada por ambos cónyuges con su respectiva subinscripción, para que ésta sea oponible a terceros.

4.3. Pretensiones económicas

A juicio de Serra, estas pretensiones son esencialmente disponibles, por cuanto sólo afectan la esfera de los interesados y se rigen por las reglas del Derecho privado²³. Los acuerdos de este tipo podrán lograrse en sede judicial o extrajudicial²⁴, agregando el artículo 67, a propósito de la audiencia especial de conciliación, que esta diligencia no sólo tiene por objeto examinar las condiciones que contribuirían a

²³ Serra Domínguez, M.; "El objeto del proceso", *op. cit.*, p. 52.

²⁴ Puesto que el artículo 89 de la ley habla de las cuestiones "que no hubieran sido resueltas de modo previo a la demanda".

conservar el vínculo matrimonial, sino que también podrán acordarse las medidas relativas a los alimentos entre los cónyuges y los hijos.

4.4. Pretensiones relativas a los hijos

Señala también el artículo 67 que en la audiencia de conciliación en el caso de divorcio o separación judicial, y aunque las partes no lo hayan solicitado, podrá el juez adoptar medidas que digan relación con el cuidado personal de los hijos y la relación directa y regula de los menores con sus padres.

4.5. La acumulación de pretensiones

En opinión de Ortells, "cada pretensión procesal constituye objeto de un proceso y, en principio, cada proceso tiene su tramitación procedimental propia, distinta y separada de los otros procesos"²⁵.

Cuando existe relación entre dos o más objetos procesales el ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de que estos diversos objetos puedan ser conocidos en un único procedimiento, lo que supone que desde un principio o en un momento posterior una serie de actos procesales sirve para la resolución de una pluralidad de objetos, y "de ahí que suela decirse (Montero) que el proceso es único sólo externamente, pero internamente es plural, o, más exactamente, que el procedimiento es único, pero hay pluralidad de procesos, pues aunque sea única la serie de actos a realizar, las posibilidades, cargas y expectativas de las partes se desarrollan respecto de cada objeto procesal"²⁶.

La acumulación sirve para evitar sentencias contradictorias, colabora con el principio de economía procesal, y puede ser inicial o sobrevenida²⁷.

Cabría hacer una precisión a propósito de las diferencias que existen entre la litispendencia, la acumulación de acciones y la acumulación de procesos.

²⁵ Ortells Ramos, M.; *Derecho procesal civil*, op. cit., p. 259. Sobre la acumulación de acciones en la legislación chilena, véase Romero Seguel A.; *La acumulación inicial de acciones (artículos 17 y 18 del Código de Procedimiento Civil)*, Conosur, Santiago, 2000.

²⁶ Ortells Ramos, M.; *Derecho procesal civil*, op. cit., p. 259.

²⁷ La *acumulación inicial de acciones* consiste en la interposición de varias pretensiones entre uno o varios demandantes y uno o varios demandados, y la *acumulación sobrevenida de acciones* consiste en la interposición de una pretensión procesal en un proceso ya pendiente.

En el caso de la acumulación de procesos (también llamada acumulación de autos)²⁸, lo que sucede es que, existiendo procesos que penden ante distintos tribunales, uno de ellos pierde la competencia para seguir conociendo del asunto y el tribunal que conocerá de los procesos acumulados la adquiere. En el caso de la litispendencia, es una excepción cuya alegación no hace perder competencia a ninguno de los tribunales, sino que tiene por objeto impedir que se dicten dos resoluciones sobre un mismo asunto, eliminando el segundo proceso²⁹. Puede sólo alegarse por el demandado hasta antes de la contestación de la demanda, y no importa que los procesos se hallen en distintas etapas, singularidades que sí resultan determinantes a la hora de acumular procesos³⁰.

Sin perjuicio de las diferencias que existen entre estas figuras, se encuentran manifiestamente vinculadas, ya que una vez transcurrido el plazo para alegar la excepción de litispendencia el único remedio puede ser la acumulación de procesos. En todo caso, esta acumulación se solicitará en el caso de procesos conexos, ya que para procesos idénticos es preferible la alegación de esta excepción siempre y cuando no se haya contestado la demanda.

²⁸ Para Gascón Inchausti, Fernando, *La Acumulación de Acciones y de Procesos en el Proceso Civil*, La Ley, Madrid, 2000, página 103, la acumulación de procesos es la "reunión en un solo procedimiento de varios procesos que se incoaron separadamente, de manera que se sustancien de forma conjunta y se decidan por una sola sentencia", y que una vez decretada, da lugar a un proceso con pluralidad de objetos, mientras que para López-Fragoso Álvarez, "Artículo 78", en *Proceso Civil Práctico*, páginas 6-34, "por acumulación de autos suele entenderse la acumulación sobrevenida o reunión de pretensiones, deducidas en distintos procedimientos declarativos, en un solo procedimiento".

²⁹ En este sentido señala Armenta Deu Teresa, "Artículo 78. Improcedencia de la acumulación de procesos. Excepciones", en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2000, página 510 y siguientes, que "es unitaria la postura doctrinal conforme a la cual, la pendencia simultánea de dos o más procesos idénticos debe conducir necesariamente a la eliminación del segundo proceso mediante la oposición de la excepción de litispendencia. Las importantes carencias de la LECiv/1881 en torno al régimen normativo de la citada excepción, por una parte, y los propios términos en que se expresaban las causas de acumulación de autos en los apartados 2º del artículo 161 y 1º del 162, por otra, hicieron posible un uso de una u otra valorado en forma bien diferente", para luego agregar a propósito de esta excepción que "un amplio sector doctrinal ha sostenido el impecable razonamiento, de entender la excepción de litispendencia como el único remedio dogmáticamente adecuado a la situación de pendencia simultánea de procesos idénticos". Sobre la litispendencia en procesos colectivos ver Gidi Antonio, "Litispendencia en Acciones Colectivas", en *La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. (Coordinadores: Gidi y Ferrer-MacGregor), Editorial Porrúa. México, 2004, página 314 y siguientes.

³⁰ Porque en el caso de la acumulación de procesos, como señala Gómez De Liaño, F.; "Artículo 78", en *Comentarios a la*, p. 149, debe tratarse de procesos en sentido estricto y no pueden encontrarse en distintas instancias.

También debe distinguirse entre la acumulación de procesos y la acumulación de acciones. La primera exige una identidad o conexión, mientras que la segunda sólo exige compatibilidad entre las acciones que se acumulan. La acumulación de acciones supone, además, el ejercicio conjunto en un mismo proceso de dos o más acciones, que se tramitan conjuntamente y se resuelven en una misma sentencia³¹. Una característica común entre ambas figuras, y como ya se señaló a propósito de la acumulación de procesos, es que una vez admitidas el proceso tendrá pluralidad de objetos y también serán varios los pronunciamientos del órgano jurisdiccional. El fundamento de esta acumulación de acciones es similar al de la acumulación de procesos, y se funda, por un lado, en la economía procesal, puesto que pretensiones conexas enjuiciadas en un único procedimiento evita reiteraciones inútiles y, por otro, la seguridad jurídica, puesto que el tratamiento de pretensiones conexas en distintos procesos puede derivar en un quebrantamiento de la cosa juzgada si se dictan en ellos sentencias contradictorias.

4.5.1. Acumulación de pretensiones matrimoniales y económicas

De no existir el artículo 89 LMC, las pretensiones matrimoniales y económicas no podrían acumularse por obedecer a principios distintos y se resolverían por procedimientos distintos.

Pareciera, además, que el legislador no sólo permite la acumulación, sino que prácticamente la ordena, lo que provoca una serie de problemas que no han sido previstos, como qué sucede si se produce una acumulación inicial de pretensiones, o las partes no plantean pretensiones económicas, o se efectúa una reserva de las pretensiones económicas para un ulterior proceso, o bien, se solicita declaración sobre las pretensiones económicas al momento de ejecutarse la sentencia, o existe un acuerdo sobre las pretensiones matrimoniales, pero desacuerdo respecto de las pretensiones económicas, etc.

4.5.2. Acumulación de pretensiones matrimoniales

En general esta acumulación no se dará, porque en un proceso matrimonial lo común será que se ejercite una sola pretensión, ya sea

³¹ Así lo señala también el artículo 71 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, cuando dispone que "la acumulación de acciones admitida producirá el efecto de discutirse todas en un mismo procedimiento y resolverse en una sola sentencia".

de nulidad, separación judicial o divorcio, pero puede suceder que las acciones se ejerciten de forma simultánea en un mismo proceso, o bien, de forma sucesiva en distintos procesos, supuestos en los cuales habría que determinar si procede la acumulación de acciones y el mecanismo jurídico al que hay que acudir para proceder a dicha acumulación.

La acción de nulidad del matrimonio, por perseguir la declaración de invalidez del mismo, excluiría a las acciones de separación y divorcio, que se sostienen sobre la base de que hay un matrimonio válido para todos los efectos.

En este mismo orden de cosas, la acción de divorcio excluiría a la acción de separación judicial, puesto que persigue la disolución del vínculo matrimonial, lo que resultaría incompatible con los efectos propios de la separación judicial, principalmente con la suspensión de la vida en común de los cónyuges.

Por último, y en lo que respecta a la separación judicial, ésta no podría acumularse simultáneamente a las otras pretensiones.

Cabe preguntarse si es factible que se acumulen subsidiariamente, y en principio la respuesta es que no habría problemas para ello. También sería factible que se produjera una acumulación simultánea sucesiva producto de la presentación de una demanda reconventional o la formulación sucesiva de nuevas pretensiones.

En el primero de los casos, el demandante podría formular en su demanda de modo principal una acción de nulidad, y subsidiariamente una acción de divorcio. Con la misma subsidiariedad, podría optar por deducir una acción de separación judicial.

En cuanto a la acumulación sucesiva por reconvencción, puede suceder que la estimación de la demanda reconventional impida el examen de la demanda principal, o que la pretensión contenida en la demanda reconventional prime en orden de importancia respecto de la pretensión contenida en la demanda principal. En este último caso, la demanda principal se transformaría en una especie de petición subsidiaria de la contenida en la reconvencción, que sólo se examinaría, si la pretensión contenida en la demanda reconventional es rechazada.

En cuanto a la formulación sucesiva de pretensiones en procesos distintos, se plantean dos problemas, a saber: la sentencia que recae en un primer proceso y que acoge la pretensión, impide el inicio de un proceso de menor ámbito objetivo que el primero, pero no impide que se inicie un procedimiento con un mayor ámbito objetivo. Así, la sentencia que recae en un proceso de nulidad matrimonial, y que acoge esa pretensión, impide que luego pueda iniciarse un proceso por divorcio o separación judicial, pero la sentencia que acoge en un

primer proceso una acción de separación, no impide que luego pueda iniciarse un proceso de divorcio o de nulidad. En este mismo sentido, la sentencia que rechaza la pretensión deducida en un primer proceso no impide la proposición de una acción distinta³².

5. PARTICULARIDADES PROCESALES DE JUICIOS DE SEPARACIÓN JUDICIAL, NULIDAD DE MATRIMONIO Y DIVORCIO

5.1. Procedimiento para la tramitación de la separación judicial

El artículo 85 de la LMC dispone que la tramitación de la separación judicial, de la nulidad de matrimonio y del divorcio se registrará por lo dispuesto en la Ley 19.947 y en las demás leyes que resulten aplicables, las que deben aplicarse del modo que parezca más conforme con la paz y la concordia entre los miembros de la familia afectada.

Además, el artículo 88 inciso primero de la ley dispone que los juicios de separación, nulidad y divorcio se tramitarán conforme al procedimiento que señale, para tal efecto, la ley sobre tribunales de familia.

En cuanto al tribunal competente, lo será el juzgado con competencia en materias de familia del domicilio del demandado.

Tal como ya se señaló a propósito de los principios generales del proceso matrimonial, nos encontramos por regla general ante un proceso reservado: el artículo 86 de la LMC dispone lo siguiente sobre esta materia: "El proceso será reservado, a menos que el juez fundadamente y a petición expresa de los cónyuges resuelva lo contrario". Por lo tanto, la excepción al principio general de reserva exige una solicitud expresa y fundada de los cónyuges y una decisión favorable del tribunal competente.

Como ya se ha anticipado, el inciso 3 del artículo 85 de la ley faculta al juez para actuar de oficio en cualquier estado del juicio, respecto de la adopción de las siguientes medidas: las que crea convenientes para cumplir con su deber de considerar especialmente el interés superior del niño, y, en su consecuencia, oírle cuando esté en condiciones de formarse juicio propio; las que crea convenientes para solucionar de la mejor manera posible las rupturas o conflictos matrimoniales.

³² En este sentido, es clara la sentencia del Tribunal Supremo español, de 30 de mayo de 1935, que desestimó una excepción de cosa juzgada derivada de un proceso de divorcio respecto de un posterior proceso de separación, fundándose en que los hechos eran completamente distintos.

En cuanto a las peticiones conjuntas a la demanda de separación o por vía de reconvencción que puedan formular los cónyuges, de acuerdo con el artículo 89 inciso 1° de la ley, si no se hubieran deducido con anterioridad a la demanda de separación de acuerdo con las reglas generales, deberán deducirse en forma conjunta con la demanda o por vía de reconvencción las siguientes acciones: las que tengan por objetivo regular el régimen de alimentos; las que tengan por finalidad regular el cuidado personal de los hijos; las que tengan por objeto regular la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquel de los padres que no los tenga bajo su cuidado; las peticiones ligadas a las cuestiones relacionadas con el régimen de bienes del matrimonio, que no hubieran sido resueltas en forma previa a la presentación de la demanda de separación.

El inciso 2° de este artículo 89 de la ley hace aplicable la regla de solicitud conjunta de la demanda de separación o por vía de reconvencción, a la petición que pretendiere modificar el régimen previamente establecido en lo relativo a: el régimen de los alimentos, el cuidado personal de los hijos, la relación directa y regular que mantendrán los hijos con el padre o madre que no los tenga bajo su cuidado.

El legislador, en el inciso 1° del artículo 67, ha hecho obligatorio en los juicios de separación el llamado a conciliación, tanto cuando fuera solicitada unilateralmente como cuando lo fuere de manera conjunta o cuando se solicite en un procedimiento de violencia intrafamiliar o con el procedimiento dirigido a reglar las relaciones mutuas, como los alimentos, bienes familiares, régimen de bienes del matrimonio o las relaciones con los hijos: "solicitada la separación, sea que la demanda se presente directamente o de conformidad al artículo 29, o el divorcio, el juez deberá llamar a las partes a una audiencia de conciliación especial".

Esta audiencia de conciliación se llama una vez deducida la demanda de separación y las partes deben comparecer personalmente a ella, procediendo las medidas de apremio contenidas en el artículo 543 CPC, en contra del cónyuge que no compareciera personalmente por causa justificada.

Su finalidad es "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" (artículo 67 inc. 1° LMC).

Además, podrán acordarse las medidas que regularán lo concerniente a los alimentos entre los cónyuges y para los hijos, su cuidado personal, la relación directa y regular que mantendrá con ellos el

padre que no los tenga bajo su cuidado, y el ejercicio de la patria potestad.

Las partes pueden solicitar al juez que conoce de la separación judicial de común acuerdo que liquide la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales que hubo entre los cónyuges, atendido lo dispuesto por el artículo 227 del COT³³.

En la audiencia de conciliación el juez deberá instar a las partes a la conciliación y les propondrá las bases para el arreglo, procurando ajustar las expectativas de cada una de las partes.

El acuerdo al que puedan llegar las partes en esta audiencia debe ser completo y suficiente en los términos que señala el artículo 27 de la LMC. Si las partes no logran un acuerdo o éste no fuese completo y suficiente, el juez exhortará a los cónyuges a perseverar en la búsqueda de un acuerdo. Les hará saber con este objeto que pueden someterse voluntariamente a un procedimiento de mediación.

Finalmente, el juez en esta audiencia deberá pronunciarse sobre las medidas que se adoptarán en forma provisional respecto de las materias indicadas en el inciso segundo del artículo 67 mientras dura el juicio. Tales materias son las concernientes a los alimentos entre los cónyuges y para los hijos, su cuidado personal, la relación directa y regular que mantendrá con ellos el padre que no los tenga bajo su cuidado y el ejercicio de la patria potestad.

En cuanto a la posibilidad de realizar un proceso de mediación, el artículo 71 de la LMC prevé esta posibilidad en los juicios de separación judicial, debiendo ser ordenado por el juez, si lo solicitan ambos cónyuges. En el caso que no se haya producido una conciliación total, el juez también hará saber a los cónyuges la posibilidad de someterse voluntariamente a un procedimiento de mediación. En este caso al final de la audiencia de conciliación deberá dejarlos citados para una nueva audiencia con el objeto de proceder a la designación del mediador.

Si no se recurre a la sentencia que da lugar a la separación, deberá ser elevada en consulta a la respectiva Corte de Apelaciones, y si ésta estima dudosa la legalidad del fallo consultado retendrá el conocimiento del asunto y procederá como si la sentencia se hubiere apelado. En caso contrario la aprobará sin más (artículo 92 LMC).

³³ Relativo a las materias de arbitraje forzoso y recientemente modificado por la Ley 19.947.

5.2. Procedimiento para la tramitación de la declaración de nulidad del matrimonio

Deben tenerse en cuenta las mismas reglas explicadas a propósito de los juicios de separación, pero con algunas excepciones, como la que se produce a propósito de la procedencia de la conciliación y la mediación. Algunos autores, como Barrientos y Novales, han considerado que no proceden en esta clase de procedimiento, puesto que ambas diligencias presuponen la existencia de vínculos válidos³⁴. Otros autores como Corral han señalado que, si bien la inadmisibilidad de la conciliación y la mediación en esta clase de procesos deriva de la naturaleza indisponible del estado civil, no habría inconveniente en que procediera respecto de cuestiones anexas como el cuidado de los hijos o los alimentos, o para que el juez pudiera adoptar las medidas necesarias para que pudiera reanudarse la vida en común de los cónyuges, ello en atención a lo dispuesto por los artículos 3° y 85 de la LMC³⁵.

La sentencia definitiva debe pronunciarse sobre la causal de nulidad y sobre todas las pretensiones que se deduzcan en el proceso. La apelación se concede en ambos efectos y en el caso de no interponerse recurso alguno deberá ser elevada en consulta.

5.3. Procedimiento para tramitar el juicio de divorcio

A juicio de Díez, el proceso de divorcio puede ser definido como “un proceso de cognición, sustitutivo y de carácter especial por razones jurídico-materiales, atribuido al conocimiento de la jurisdicción ordinaria, y que tiene por objeto una controversia acerca de la disolución del vínculo matrimonial”³⁶. Se trata, por tanto, de un proceso de cognición, porque busca la obtención de una sentencia, que además es constitutiva, puesto que mediante la disolución del vínculo matrimonial se busca el cambio en el estado civil de los cónyuges³⁷.

³⁴ Barrientos Grandón J.; Novales Alquézar A.; *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*, Lexis-Nexis, Santiago, 2004.

³⁵ Corral Talciani, H.; “El régimen de nulidad de matrimonio en la nueva Ley de Matrimonio Civil”, charla ofrecida en el *Seminario Nueva Ley de Matrimonio Civil, Ley N° 19.947*, impartido por el Colegio de Abogados de Chile, p. 44.

³⁶ Díez Sabina, M.; “Cuestiones generales del proceso de divorcio”, *Justicia* 86, N° IV, p. 992.

³⁷ A juicio de Romero Seguel, A.; *La protección de los derechos*, op. cit., p. 35, las situaciones jurídicas que surgen del ejercicio de estas acciones se traducen en las siguientes manifestaciones: creación de un estado jurídico que antes no existía; proporcionar a una obligación ya existente el complemento integrador que necesita, haciéndola exigible; producir un cambio de estado jurídico existente; cancelar o dejar sin efecto un estado jurídico preexistente (acciones resolutorias o de impugnación).

En cuanto a la diferencia con el objeto de un proceso de nulidad y uno de divorcio, este último implica una controversia sobre la disolución del vínculo por causas existentes al momento de la celebración del matrimonio y no sobrevinientes, como sucede en el caso del divorcio.

Habrá que tener en cuenta las mismas reglas explicadas a propósito del juicio de separación, pero atendiendo a una norma especial, contenida en el artículo 91 de la Ley de Matrimonio Civil, conforme a la cual, si se hubiera interpuesto solicitud de divorcio y el juez observa que el vínculo podría estar afectado en su origen por un vicio de validez, se lo hará saber a los cónyuges sin emitir opinión. En ese caso, y si en la audiencia o dentro de los 30 días siguientes algunos de los cónyuges solicitara la declaración de nulidad, el procedimiento comprenderá ambas acciones y el juez en la sentencia deberá pronunciarse primero sobre la nulidad.

Aunque los procesos de separación, nulidad y divorcio se muestran así claramente diferenciados, presentan ciertos rasgos comunes, a saber: todos tienen por objeto una controversia que afecta el estado civil de las personas, la sentencia definitiva que acoge la pretensión es de carácter constitutivo y los principios que rigen el proceso también son comunes.

REFLEXIONANDO ACERCA DEL ROL DE LA MEDIACIÓN COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE FAMILIA Y SU IMPLEMENTACIÓN EN CHILE

FERNANDA DÍEZ ARRIAGADA

*Postítulo en Ciencias de la Familia y
en Mediación Familiar*

(Universidad de los Andes)

*Profesora Instituto Ciencias de la Familia
Universidad de los Andes*

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En septiembre de 1997 el Ministerio de Justicia comenzó a implementar un programa piloto de resolución pacífica de conflictos de familia, por medio del Proceso de Mediación anexo a los Tribunales de Justicia, siguiendo una exitosa receta ya probada en otros países.

La idea, expresada en un documento de Ministerio de Justicia que recopila la experiencia del Plan Piloto, no fue sólo proponer políticas públicas destinadas a la protección de la familia, sino presentar un modelo distinto de solución de controversias en materias de familia, estimando inadecuado el litigio judicial, considerando que éste más bien agudiza los conflictos y se convierte en factor importante de una escalada de agresividad recíproca que perjudica a la familia.

La mediación moderniza de cierto modo nuestro sistema de Administración de Justicia, que se percibe por los usuarios lento y atochado, abriendo una instancia nueva que aliviara la carga de causas y permitiera una mayor oportunidad en las decisiones, intentando acercar a la gente a la decisión judicial, para que ésta sea percibida como legítima y socialmente adecuada.

En este sentido, se presentó el Proyecto de Ley de Tribunales de Familia que incluyó entre otras medidas tales como: una justicia más especializada, apoyo interdisciplinario para la judicatura, y más acorde con la institución de la familia, una instancia de solución no adversarial de conflictos: LA MEDIACION.

Experiencia en países como Argentina, Francia y Canadá avalaban las bondades de este modo no adversarial de resolver los conflictos; la experiencia piloto del Ministerio de Justicia representó entonces un modo de validar y comprobar en Chile, con las características de nuestra idiosincrasia, las bondades del procedimiento de mediación en materias de familia.

Nosotros en la Universidad de los Andes ya desde el año 2000 entregamos, para nuestros Diplomados en Ciencias de la Familia, la posibilidad de recibir las menciones de Orientador o Mediador Familiar, especialidades que constituyen los canales naturales que se presentan para verter nuestros conocimientos en el devenir social y prestar una verdadera y concreta ayuda a la familia, nuestra especialidad.

II. NUESTRO PLAN PILOTO

A fines del año 2002 se presentó la oportunidad de poder ofrecer una práctica de mediación a nuestras alumnas, similar al plan piloto del Ministerio de Justicia, en Puente Alto. Así, el 19 de marzo del año 2003, mediante un convenio suscrito entre la Municipalidad de Puente Alto y la Universidad de los Andes se comprometió la asistencia de profesionales egresados de la mención para prestar un servicio de mediación, en un programa de prácticas asistidas. El programa fue posible gracias al trabajo y al esfuerzo de una de nuestras alumnas, Cecilia Mahaluf, quien se desempeña como abogada de esa Municipalidad, a cargo de los servicios de desarrollo comunitario.

Las experiencias de esta práctica es la que queremos compartir con ustedes, en la seguridad que:

- ayuda a enfrentar el ejercicio profesional de mediadoras,
- sirve para entusiasmar a profesionales para hacer el Postítulo de Mediación y participar en esta práctica,
- e ilustra la aplicación concreta entre familias chilenas, de esta forma moderna, novedosa y pacífica de resolución de conflictos familiares que se plantea hoy en la Ley de Matrimonio Civil y en el Proyecto de Ley de Tribunales de Familia, que se anuncia entrará en vigencia en octubre del año 2005.

III. LA MEDIACIÓN DESDE FUERA

1. EL EJERCICIO DE LA INSTANCIA DE MEDIACIÓN REQUIERE DE INSTALACIONES Y DE EQUIPO DE PROFESIONALES ADECUADOS

La Municipalidad de Puente Alto puso a disposición de nuestro Programa de Mediación las instalaciones indispensables para desarrollar un acabado proceso de mediación.

El inmueble está ubicado en el centro de la ciudad, donde funciona un Departamento Municipal "Puente Familia". En esta casa dos tardes a la semana –los martes y los jueves– funciona nuestro Centro de Mediación. Ocupamos una sala para reuniones conjuntas, cuenta con retrocámara o espejo de observación (pertenece a los psicólogos que la usan en las mañanas y es especial para entrenamiento pedagógico de alumnos mediadores). Es espaciosa, tranquila y con luz natural; contamos, además, con otra salita para reuniones privadas; de modo que es posible sostener reuniones privadas en un procedimiento y conjuntas en otro simultáneamente. Nos sentimos cómodas, confirmando el contexto personal de la mediación con un entorno agradable y acogedor sin pretensiones. Ambas salas son agradables, tienen cortinas y alfombra, muebles confortables.

También pertenecen a la Municipalidad los profesionales que prestan un invaluable servicio y conforman la red de apoyo multidisciplinaria que requiere una buena gestión de mediación. Ellos son: un abogado, dos psicólogos y una técnica social, a los cuales podemos enviar, con la prontitud que el caso requiere, a la gente que necesita, de acuerdo con nuestro diagnóstico, un apoyo de estos profesionales. También desempeña un papel importante de apoyo la secretaria que es técnica social, de modo que está capacitada para hacer las primeras entrevistas y anotar los primeros antecedentes del caso, entre otros, verificar si se trata de asuntos en los cuales es posible mediar. Contamos por último con personal que efectúa las notificaciones o entrega invitaciones personales a las partes, cuando no han sido ubicables por teléfono, para asegurarse que concurrirán a la sesión.

Hemos concluido que es fundamental para ejercer la mediación en Chile tener un apoyo de profesionales de referencia y de personal administrativo que entienda suficientemente el proceso mismo de la mediación, y que, familiarizado con la normal resistencia de las personas a este procedimiento desconocido para muchos, sea capaz de comunicar sus ventajas en un clima de confianza.

2. EL SISTEMA DE MEDIACIÓN REQUIERE DE PUBLICIDAD;
ES NECESARIO INFORMAR DE SU EXISTENCIA, DE LA
POSIBILIDAD DE LAS PARTES DE RECURRIR A ESTA INSTANCIA
Y DE LOS DETALLES MAS BÁSICOS DEL PROCEDIMIENTO,
DESCONOCIDO PARA LA GRAN MAYORÍA

Siendo la mediación un proceso nuevo y desconocido de solución de conflictos, iniciando nuestra práctica nos planteamos de dónde podrían venir nuestros potenciales clientes.

De modo que comenzamos haciendo una propaganda de la instancia de mediación dando a conocer a los vecinos la existencia de este Centro de Mediación Familiar con atención gratuita. La Municipalidad nos ayudó con folletos explicativos. Luego concurrimos a visitar a la magistrada del Juzgado de Menores de Puente Alto que conduce los procesos judiciales de familia de la comuna, también consideramos una visita al SENAME e incluso a la Comisaría. Por último, hicimos propaganda interna entre el personal municipal, explicando a los psicólogos y al abogado con quien compartimos las instalaciones, para que nos remitieran los casos que les parecían podían resolverse con mediación.

3. COMIENZAN A LLEGAR NUESTROS PRIMEROS CLIENTES

En abril del año 2003 empezaron a llegar las primeras personas que solicitaban el servicio de mediación para un conflicto familiar. Fueron familias de Puente Alto, que llegaron remitidas por el tribunal, por el SENAME, por las asistentes sociales, y más tarde, por las propias personas que ya habían participado exitosamente en un procedimiento de mediación en el Centro.

Hasta la fecha se ha ejercido mediación en 70 casos que mantienen ocupado nuestro Centro a plena capacidad. Esto sin contar con los casos que se declaran desistidos por abandono, que se decreta cuando una o ambas partes no concurren a dos invitaciones seguidas formuladas y despachadas debidamente, o porque el caso resultó no mediable, como son aquellos acerca de asuntos de violencia intrafamiliar que se encuentran en manos de la justicia, u otros conflictos de familia cuya resolución estaba pendiente en los Tribunales de Justicia.

No son pocos casos. El plan piloto del Ministerio de Justicia en Santiago tuvo 103 casos en su primer año de funcionamiento y en Valparaíso 51 casos.

Estos 70 casos requieren de un promedio de 4 ó 5 sesiones cada uno, entre privadas (con una sola de las partes) y conjuntas (con

ambas partes). Son 200 ó 250 sesiones de mediación con un promedio de una hora y media por sesión, un número importante, si recordamos que no disponemos de mayor publicidad y que usamos el Centro sólo los martes y jueves desde marzo a diciembre entre las 14:00 y las 18:00 horas, y además en este mismo lugar y horario realizamos las reuniones de equipo con los mediadores en práctica.

Las alumnas hacen prácticas de mediación interviniendo directamente después de un entrenamiento y constantemente están observando el transcurso de una sesión, de acuerdo a determinadas pautas.

4. EL PROCEDIMIENTO CON TÉCNICAS DE CO-MEDIACIÓN

Nuestra práctica es de co-mediación, esto significa que son dos las mediadoras que juntas enfrentan cada caso.

De acuerdo a experiencias argentinas y según nuestra experiencia, la co-mediación presenta ventajas comparativas frente a la mediación individual; señalaré las razones más relevantes que hemos observado en nuestra experiencia y que apoyan esta técnica:

- La co-mediación es más útil en la etapa de entrenamiento; con esta técnica participan mediadores con experiencia y mediadores sin experiencia juntos en un procedimiento, de modo que el aprendizaje es directo, con más confianza y menos tensión.
- Cuando se efectúa una intervención en mediación a menudo el que pregunta se ve sumergido en el mundo que la respuesta a su pregunta trajo consigo, no le ocurre lo mismo al co-mediador que se mantiene como observador y capitaliza los aportes que va haciendo la parte en pro de la solución del conflicto, que puede intervenir con una pregunta fresca nueva o cambiar el eje de la conversación si ve a su compañero entrampado en algún tema.
- La co-mediación permite a los mediadores intercambiar intencionalmente preguntas y respuestas frente a las partes; de este modo se logran intervenciones más suaves e indirectas que buscan producir cambios en la actitud de la parte en relación con el conflicto, sin afectar su autonomía.
- Permite atenuar los impactos de intervenciones que se perciben como equivocadas de acuerdo a la reacción que provocan en las partes, y rectifica actuaciones que son percibidas como parciales por las partes; en fin el otro el co-mediador acoge a la parte, restablece el equilibrio.
- Con la co-mediación se logra poner a disposición de la búsqueda de acuerdo a personas con diferentes temperamentos; son más

criterios, más ojos, distintas experiencias de vida, mayor creatividad, en definitiva formas diferentes de abordar el proceso.

- Si existen desventajas en esta forma de intervención, éstas se basan en improvisaciones o contradicciones sobre la marcha que se remedian con entrenamiento previo, las mediadoras deben conocerse, lograr entenderse sin palabras, respetarse, no interrumpirse, ni cuestionarse afirmarse entre sí, para ganar la confianza de las partes.

5. CÓMO SE PREPARA UN CASO:

Los casos se van asignando previamente, de modo que los mediadores tienen tiempo de estudiar la ficha que se abre para cada caso, para reconocer contextos histórico de las partes y psicológicos de las posiciones en el conflicto, releer el encuadre legal aplicable a la disputa y planificar las intervenciones más apropiadas.

El proceso de mediación comienza propiamente cuando después de una citación o invitación (los mediadores llegados de la Escuela de Psicología constantemente le representan a los mediadores venidos de las Escuelas de Derecho el uso del término citación) se presentan las partes en el Centro de Mediación. Siempre a la llegada de las partes uno de los mediadores las va a buscar a la sala de espera. Hemos constatado que es importante este primer contacto con las partes y que hay valiosa información comunicacional de tipo analógico que puede recogerse desde el primer encuentro, la actitud de las partes es un indicador claro del grado de tensión que sufren y de la actitud con que empiezan su participación en el procedimiento.

6. ¿ABOGADOS?

Nos ha tocado atender a partes que llegan a mediación con su abogado. No hay ningún inconveniente en que los abogados de las partes participen en la mediación, sólo hay que informarles de las características del procedimiento para que se limiten a prestar la asesoría que requiere su parte y que se abstengan de intervenir en el procedimiento.

Después de la presentación entre los asistentes, los mediadores definen el procedimiento ante las partes y les explican con palabras sencillas qué es la mediación, cómo funciona y las reglas más importantes del procedimiento y sus ventajas, y les señalan el hecho de que están a cargo de un equipo de mediadores en proceso de práctica por lo que es muy probable que sean observados o filmados, y que los

profesores que les asisten puede intervenir para ayudar en contadas ocasiones.

La exposición de las características y reglas debe ser clara y asegurarse que se entiende, así se construye sobre bases sólidas el compromiso de participar y colaborar en la búsqueda de la solución.

A esta exposición normalmente le sigue el relato del problema que hacen alternativamente las partes, pero algunas parten de inmediato relatando el problema; es tanta su necesidad, que deben descargarla en alguna parte; hay que aceptar con paciencia que se desordene un poco el esquema y cuando se pueda retomar para explicar el procedimiento. Otros participantes se muestran muy tímidos y sólo irán descubriendo su conflicto detrás de las preguntas del mediador.

La mediación nos demuestra que se debe asumir el ritmo de las partes; corresponde a su propia naturaleza buscar, acoger y acomodarse al modo de las partes.

Terminado el relato de cada parte, se hace un reencuadre o una especie de resumen de lo que dijo. El reencuadre es una buena oportunidad de limpiar el relato de los insultos y recriminaciones que aparecen y vamos despejando la carga emotiva de la disputa, o al menos lo intentamos.

No es raro que las partes sufran recaídas y vuelvan a antiguas versiones del relato.

Normalmente a las sesiones conjuntas les siguen sesiones privadas con cada una de las partes, ahí se trabaja separadamente de una manera personalizada, en esta oportunidad sí es posible expresar la solidaridad y el acogimiento por el dolor que la disputa trae consigo y es bueno, las partes se sienten acogidas y confiadas.

Durante el curso de las sesiones de mediación seguimos observamos a las partes en la salita de espera, es nuestro barómetro y a menudo es posible apreciar cómo nos va resultando la mediación, cómo va trayendo nuevos aires a la relación de familia, provocando cambios sutiles. Nos encontramos con partes que sonríen al mediador, que son capaces de entablar diálogos entre sí mientras esperan, que han comenzado a mirarse de otra manera.

7. EMPODERAMIENTO

Nuestra experiencia en Puente Alto nos ha permitido comprobar lo poco informada que están las partes en relación a los derechos y las obligaciones que les imponen las diferentes normas relativas a la familia. Esto afecta en forma importante la toma de decisiones. Las mujeres son a menudo las más desinformadas, puesto que sus fuentes

de información son las vecinas o las amigas. Cuando constatamos una situación de este tipo hemos suspendido la sesión y la enviamos al abogado, aunque alguna de las mediadoras sea abogado. La imparcialidad es esencial en la mediación y conviene guardarla.

8. MEDIANDO EN VIOLENCIA

Nuestra mediación en Puente Alto nos ha permitido enfrentarnos a varias realidades, entre ellas, a la ausencia de matrimonio en la mayoría de los casos de parejas que concurren a mediación, y para ellas va también nuestro esfuerzo pro-familia. Y al tema de mediación en violencia. Es tan difícil negarse a mediar en el tema de la violencia, por varios motivos:

- primero porque generalmente la violencia aparece en medio del conflicto conyugal y no es la causa por la cual se ha solicitado la mediación por ninguna de las partes, de modo que ya estamos inmersas en el conflicto;
- luego porque los tribunales bajo la actual ley para estos casos los instan a terminar por avenimientos que no alcanzan al origen de la violencia, que vuelve a repetirse;
- porque la necesidad de ayuda es urgente;
- y porque detrás de esta violencia hay una escalada de incomunicación un ciclo que se repite y que muchas veces hemos visto romperse en las instancias de mediación.

9. ¿ACUERDOS?

Nuestra mediación no está focalizada a obtener acuerdos en las disputas y no se considera fracasada si no los consigue. Con esta política conseguimos que más del 80% de nuestros casos lleguen a acuerdos, grandes y pequeños acuerdos, por plazos largos y plazos más cortos.

IV. LA MEDIACIÓN DESDE DENTRO

1. NOSOTROS, ¿QUIÉNES SOMOS?

Un grupo cohesionado de profesionales. La mediación es un postitulo, así ha sido considerada en Chile y en otros países. Nos une el entusiasmo por esta forma pacífica de solucionar los conflictos de

familia, que verdaderamente permite construir puentes en las familias, que traen la paz.

Nuestras profesiones son muy diversas: abogados, psicólogos, asistentes sociales, maestros, enfermeras, etc., provenientes de diversas universidades: Universidad de Chile, Universidad Católica, Universidad Gabriela Mistral, etc., todos postulados en Ciencias de la Familia con mención en mediación. Sabemos de familia, la hemos abordado como institución sistémica desde las más diversas disciplinas, desde la psicología, desde la medicina, desde la antropología, desde la economía y desde el derecho.

2. ¿POR QUÉ LA MEDIACIÓN?

Nos motiva la mediación como una posibilidad real de ayudar a las partes en la búsqueda de soluciones a sus conflictos de familia; tenemos muy presente que la familia sigue siendo familia aun en medio de diversos problemas; nos motiva especialmente el tema de los niños que viven tan dolorosamente los conflictos entre sus padres y a quienes tanto beneficia la mejor relación de ellos.

Los conflictos de familia no son más que la proyección de los propios conflictos que viven sus miembros y que naturalmente presentan las personas en las diferentes etapas de su ciclo vital. Estamos conscientes que en muchas ocasiones la familia entendida como sistema soporta bien los conflictos de sus miembros y se ayudan unos con otros. Pero hay ocasiones en que los conflictos se producen en una familia vulnerable o coinciden varios conflictos en una familia y ésta no es capaz de resolverlos por sí misma.

Se trata de procesos conflictivos, porque el problema se desarrolla en el tiempo, se va construyendo entre las partes y por las partes; es la incompatibilidad que crece y se desarrolla hasta hacerse insostenible y que también puede disminuir hasta desaparecer.

Para nosotros que los conocemos y los diagnosticamos, los conflictos no son siempre negativos ni positivos; tienen componentes de uno y de otro, producen dolor en quienes viven el conflicto o resultan involucrados en el y eso es siempre negativo, pero si se logra una solución al conflicto, éste ya puede estimarse como el origen de cambios positivos en la familia que benefician a todos sus miembros, y que seguirán aplicándose, y si no se logra solucionar el conflicto, al menos dejará alguna enseñanza o mejorará la comunicación respecto del mismo, y de este modo puede prevenir un conflicto futuro.

Por esto, si bien buscamos ayudar a las partes a llegar a un acuerdo que solucione satisfactoriamente sus problemas, no estamos obsesionadas con el logro de acuerdos.

Para nosotros mejorar la relación entre las partes es tan importante como lograr un acuerdo. Sabemos que una mala relación no permite asegurar la mantención de los acuerdos.

Recordamos que se trata de conflictos de familia y la familia, aunque separada, continúa después del divorcio, porque los vínculos de sangre permanecen y el ejercicio de la parentalidad será diferente si los padres han logrado llegar a acuerdos construidos por ellos. De este modo, privilegiamos en toda circunstancia el interés superior del menor, a quien el clima confrontacional afecta seriamente; las decisiones que lo involucran se toman colaborativamente sus padres, de modo que aun después del conflicto mantengan un clima de entendimiento y de respeto.

Nuestra satisfacción es ayudar a que las partes se entiendan, se vean, se escuchen; reestablecer diálogos interrumpidos o inexistentes, validar opciones personales, trabajar por la paz y por el entendimiento entre las personas, aumentar el protagonismo y la responsabilidad de las personas y sus las familias, privilegiar las actitudes positivas.

La mediación familiar está llamada a ayudar a los miembros de una familia a conducir sus disputas de tal forma, que la solución a la que lleguen las partes logre resolverlas, "o deje una ganancia y un aprendizaje para los miembros de esa familia y también para nosotros, los mediadores" (Marinés Suáres).

La mediación logra mejorar la relación y la comunicación, hace posibles los acuerdos y es exitosa. Ésta no es una ilusión ni es un discurso teórico romántico, como muchos pudieran pensar; no es magia, sino que las técnicas de mediación sí funcionan, poseen base científica.

3. IMPARCIALIDAD VERSUS NEUTRALIDAD

Algunos estudiosos de la mediación especulan sobre si el mejor mediador no sería aquél que estuviera casi vacío de convicciones propias, de modelos, de esquemas, de valores, de este modo –razonan– no existiría el peligro de que tratara de imponer sus propias convicciones y verdades durante el proceso de mediación, violando el principio básico de imparcialidad y de no intervención en la mediación respetuosa de la autonomía de las partes en la gestión de los acuerdos limitados sólo por el marco legal .

Sin embargo, la imparcialidad no significa neutralidad y no sería humano ni sincero el mediador que afirmara que es absolutamente neutral y que carece de convicciones éticas y morales, que no tiene

ideas sobre lo que es bueno o lo que considera correcto, nosotros en este sentido no somos neutrales.

¿Significa esto que nuestras mediaciones son "guiadas" o "predicadas"? No.

El respeto por el protagonismo de las partes es esencial a la mediación; sin esta característica ya no sería mediación, sino consejería u orientación.

Nuestra mediación es respetuosa de la autonomía de la voluntad de las partes y de su protagonismo, pero nuestras hipótesis interiores y personales de solución para una disputa de familia siempre tienen claro que existe un "bien" en materia de familia, no en vano hemos estudiado esta entidad sistémica en el diplomado de Ciencias de la Familia. Nuestra convicción no tiene que ver con convicciones religiosas que muchas tenemos y respetamos; tiene que ver con convicciones científicas informadas desde la psicología, la medicina, la antropología y la sociología y el derecho.

Es evidente para todas estas ciencias que la familia cumple ciertas funciones para las que está especialmente dotada y respecto de las cuales no es sustituible fácilmente, o resulta muy caro intentarlo, con resultados siempre inferiores en relación con las personas:

- Es la familia la que mejor cumple la función asistencial, protege, sostiene, mantiene y alimenta a sus miembros lo que les permite crecer en un ambiente apropiado de seguridad y acogimiento.
- Es la familia la que mejor cumple las funciones de humanización de la prole; en ella logran la madurez emocional y la comprensión de la diferenciación entre los otros y nosotros.
- Es la familia la que mejor cumple las funciones de individualización al proveer a sus miembros de los procesos de identificación propios de sus respectivos roles.
- Es la familia la que mejor cumple la función socializadora, dado que el intercambio con otro u otros va revelando a los modelos posibles, y los conflictos de relación social que luego se proyectarán a la sociedad donde esta inmersa la familia.

Somos decididamente pro familia.

Sin embargo, las partes son las que deciden qué quieren. El único acuerdo sustentable será el que ellos produzcan, de modo que, aunque la mantención de la familia sea la mejor opción, las partes pueden descartarla y los mediadores construiremos nuevas hipótesis que per-

mitan la colaboración de las partes en la reparación de la sociedad parental resguardando los intereses de los hijos.

4. RECOMPENSAS

Sólo poder ir viendo cómo va funcionando la mediación, cómo se materializan los cambios en el comportamiento de las partes, es ya suficiente para sentirse gratificadas. Somos testigos de los cambios culturales que la mediación trae para la familia; se descubren nuevos tratos, hay un plano distinto para relacionarse, y las partes están conscientes que fueron ellas quienes lo descubrieron y lo eligieron. Un verdadero cambio cultural que, además, afecta a más personas de las que concurrieron al proceso, porque se extiende a los hijos. Nosotros sentimos como que los reclutamos para una nueva forma de relacionarse. ¡Qué más se puede pedir! Pero, además, hay recompensas. Puente Alto es y ojalá siga siendo, una comunidad con una identidad distinta de Santiago y nuestros clientes, que están al tanto de la gratuidad del servicio de mediación desde el primer momento, nos sorprenden con regalos; cosas sencillas como flores o un chocolate que llevan para sus mediadoras el día de la última sesión o el de la firma del acuerdo. Son muy valiosos para nosotros, representan que nuestro mensaje de cariño y agradecimiento ha sido recibido.

V. CONCLUSIÓN

Creemos y hemos comprobado la eficiencia del método de mediación en la resolución de problemas de familia no sólo porque promueve la paz y el diálogo, sino porque es más eficiente y más apropiado para los conflictos de familia. En mediación las separaciones conyugales, cualquiera que sean sus características, pueden lograr disminuir sus efectos destructivos. Nuestras mediaciones lo han conseguido.

Para nosotros la mediación es una verdadera cultura de paz que se enseña y que se aprende.

EL CONTENIDO DEL DERECHO DE DEFENSA FRENTE A UNA ACCIÓN DE DIVORCIO

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL
Doctor en Derecho (U. de Navarra)
Profesor Derecho Procesal
Universidad de los Andes

I. EXPLICACIÓN PREVIA

Dentro de los múltiples aspectos que involucra la aplicación de la Ley N° 19.947 sobre matrimonio civil, nos detendremos en algunas cuestiones que suscita el contenido del derecho de defensa de la parte demandada.

Al introducirse el divorcio con disolución del vínculo, el legislador ha permitido que los efectos jurídicos patrimoniales surgidos del vínculo matrimonial dejen de ser protegidos de pleno derecho, remitiendo el tema a la discusión particular de cada proceso.

En efecto, al haberse mantenido la indisolubilidad dentro de definición legal de matrimonio, en el art. 102 del Código Civil, la defensa de este atributo queda desplazada al contenido del derecho de defensa del cónyuge demandado de divorcio.

Lo que durante casi más de un siglo fue tarea privativa del legislador, ha pasado ahora a ser materia del objeto del proceso matrimonial.

Por las razones que pronto explicaremos, no constituye ningún acto ilícito que un cónyuge invoque la indisolubilidad para defender los derechos patrimoniales surgidos del matrimonio. La defensa de este elemento no es más que un recordatorio a una cuestión elemental: para que se perfeccione el matrimonio, generando derechos y obligaciones recíprocos, basta el consentimiento de los cónyuges (*consensus facit nuptias*).

Aunque distintas corrientes de pensamiento han tratado de eliminar de la definición de matrimonio el atributo de la indisolubilidad, es un hecho objetivo que la Ley N° 19.947 no suprimió dicha característica, repercutiendo ello en el contenido del derecho de defensa del cónyuge demandado de divorcio.

Desde el punto de vista de los jueces, cuando se promueva en un proceso matrimonial la defensa de la indisolubilidad matrimonial, todo juez está llamado a aplicar una serie de reglas elementales de justicia, que en la formulación de los clásicos se traducen, entre otras, en una serie de máximas: la interpretación debe hacerse siempre a favor de la validez del acto (*interpretatio fieri debet semper ut actus valeat*)¹; "es más atroz la injuria cuando es cometida en presencia del juez; es decir, sirviéndose del proceso judicial (*atrocior est injuria, si conspectu iudicis facta est*)²; es mejor padecer haciendo el bien que haciendo el mal (*melius est bene facientes pati quam male facientes*)³; se prefiere la equidad al rigor del derecho (*Aequitas praefertur rigore iuris*)⁴; en los casos dudosos, ha de preferirse lo que resulte más benigno (*in dubiis, semper benigniora praeferrenda sunt*)⁵.

La ineficacia jurídica del divorcio produce indefectiblemente una serie de efectos, que para muchas personas pueden verdaderamente ser devastadores. Por lo mismo, a la hora de aplicar esta legislación el juez no puede desatender qué consecuencias tangibles tendrá en la vida de las personas declarar la disolución del matrimonio, sobre todo cuando la defensa promovida por el cónyuge ha sido la de reclamar, de un modo principal o único, que se mantenga la indisolubilidad que el mismo legislador le garantiza al definir al matrimonio.

II. LA INDISOLUBILIDAD COMO GARANTÍA PATRIMONIAL

Para entender la nueva dimensión que reviste el derecho de defensa del cónyuge, es perentorio puntualizar que la indisolubilidad del matrimonio actúa como una caución o garantía patrimonial. Su principal efecto cautelar es permitir que los efectos patrimoniales nacidos del contrato de matrimonio se mantengan inalterables durante la vigencia del mismo, especialmente en lo que respecta al derecho de alimentos y en el orden sucesorio.

¹ Decio, *Régula* 132.4, p. 330.

² Ulpiano, D. 47.10.7.8.

³ Cicerón, *Tusculana disputationes* 5.19.56; Platón, *Gorgias* 469c.

⁴ Azón, *Broccardica*, rúbrica 71, fol. 152.

⁵ Gayo, D. 50.17.56.

A la hora de proteger los derechos de los cónyuges, nuestro legislador no ha sido parco en soluciones. A modo de ejemplo, para favorecer el cumplimiento del derecho de alimentos la Ley N° 9.293, de 19 de febrero de 1949, asignó por primera vez en nuestro país un efecto jurídico al concubinato, dándole el tratamiento de obligación civil solidaria de origen legal. Dicha reforma introdujo en la ley sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias una hipótesis de responsabilidad solidaria. Actualmente dicho artículo corresponde al 18 de la Ley N° 14.908 y dice: *“Serán solidariamente responsables del pago de la obligación alimenticia quien viviere en concubinato con el padre, madre o cónyuge alimentante, y los que sin derecho para ello, dificultaren el fiel y oportuno cumplimiento de dicha obligación”*.

En el campo del derecho hereditario, al cónyuge sobreviviente se le reconoce la calidad de asignatario forzoso, hoy en calidad de legitimario, al haber desaparecido la porción conyugal⁶.

Sin embargo, con la admisión del divorcio vincular todos los derechos patrimoniales surgidos para los cónyuges del matrimonio quedan a merced de una declaración judicial, al haber perdido la indisolubilidad su carácter de garantía patrimonial de pleno derecho.

Conforme al art. 60 de la LMC, *“el divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio, como los derechos sucesorios recíprocos y el derecho de alimentos, sin perjuicio de lo dispuesto en el Párrafo 1 del Capítulo siguiente”* (se refiere a la compensación económica).

III. LA NATURALEZA CONSTITUTIVA DE LA ACCIÓN DE DIVORCIO

Con la introducción de la acción de divorcio se permite hoy en nuestro sistema que uno de los cónyuges pueda solicitar (o ambos de común acuerdo) disolver el matrimonio, no obstante que al momento de suscribir dicho acto hayan concurrido todos sus requisitos de existencia y validez.

Conforme al art. 42 de la LMC, el matrimonio termina: 1° Por la muerte de uno de los cónyuges; 2° Por la muerte presunta, cumplidos que sean los plazos legales; 3° Por sentencia firme de nulidad, y 4° Por sentencia firme de divorcio.

⁶ Sobre el tema, Vial Claro, Felipe, “Las asignaciones forzosas en el actual derecho sucesorio”, en *Cuadernos de extensión jurídica*, N° 4, Universidad de los Andes, 2000, pp. 51-52.

Sólo en el caso de la sentencia de nulidad y divorcio el término del matrimonio proviene del ejercicio de una acción, cuyo fin es declarar una ineficacia jurídica.

Desde el punto de vista de la tutela jurídica que persigue la acción de divorcio, ella es una acción constitutiva que busca el pronunciamiento de una sentencia de la misma categoría.

Bajo el género de las acciones constitutivas se comprenden distintas cuestiones, que miradas en su conjunto se relacionan directamente con el "cambio jurídico" susceptible de obtener mediante el ejercicio de la jurisdicción⁷. En descripción de Prieto-Castro, las situaciones jurídicas que surgen del ejercicio de estas acciones se traducen en las siguientes manifestaciones: creación de un estado jurídico que antes no existía; proporcionar a una obligación ya existente el complemento integrador que necesita, haciéndola exigible; producir un cambio de estado jurídico existente; cancelar o dejar sin efecto un estado jurídico preexistente (acciones resolutorias o de impugnación)⁸.

Para que se pueda conceder la protección jurídica constitutiva es necesario:

- 1º) *Que exista una norma legal que permita solicitar una modificación o la extinción de una determinada situación o relación jurídica, y*
- 2º) *Que el juez examine si los hechos fundantes de la acción existen y si ellos cumplen con el presupuesto establecido en la norma para proceder a la creación del estado jurídico solicitado por el actor.*

En relación a la primera exigencia, se debe puntualizar que el legislador es el único que puede regular las condiciones que permiten solicitar esta forma de protección jurídica. Ello lo hace a través de causales genéricas, o bien, mediante causales específicas⁹.

⁷ Una síntesis de este tema, Cordopatri, Francesco, "Contributo allo studio della tutela costitutiva", en *Scritti in onore de Elio Fazzalari*, Giuffrè, Milano, 1993, Vol. II, pp. 105-147.

⁸ Prieto-Castro, Leonardo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. I, Aranzadi, 2ª ed., Pamplona, 1985, pp. 447-449.

⁹ Por ejemplo, son de carácter genérico las que se invocan para solicitar la nulidad de un acto o contrato, conforme a las reglas del Título XX del Libro IV del Código Civil. En cambio, son de carácter específico las que permiten anular un matrimonio de conformidad a lo previsto en los artículos 44 y 45 de la Ley de Matrimonio Civil (Ley N° 19.947, de 17 de mayo de 2004).

En este punto han surgido dudas acerca del contenido que debe tener la causa de pedir en las acciones constitutivas¹⁰. Se debate si ella debe ser identificada con referencia al cambio solicitado o, por el contrario, si la causa de pedir se vincula al singular hecho constitutivo que genera este poder de modificación y que está prefijado por el legislador.

Para un sector de la doctrina, en este tipo de acciones la causa de pedir está integrada por el conjunto de hechos al que legalmente se vincula el efecto constitutivo. Esto significa que, "en principio, cada conjunto de hechos concretos, sustentador de cada una de las diferentes causas legales determinantes de la nulidad, resolución, rescisión, revocación, etc., de un mismo negocio, relación o estado jurídico, pueden considerarse como integrantes de una diferente causa de pedir"¹¹.

En similares términos, se entiende que los requisitos de la acción constitutiva –y su consiguiente sentencia– son la existencia de hechos materiales o procesales de los que la ley hace depender el cambio, en términos tales, que el juez, al conceder este tipo de tutela jurisdiccional, no difiere de la que lleva a cabo cuando se han ejercido las otras clases de acciones (de condena y declarativa), limitándose a averiguar los hechos que son el presupuesto contemplado en la norma, aplicándola al caso concreto¹².

En el otro lado están los que, para delimitar el contenido causal de la acción constitutiva, sustentan que la *causa petendi* no está compuesta solamente por los hechos, sino que tiene, además, un componente jurídico. Conforme a este criterio, la causa de pedir habría que encontrarla no tanto en los hechos en sí, como en la causa legal que autoriza el cambio jurídico. Esto es, la causa de pedir no se debe hallar, como ocurre en las acciones de condena, en los concretos hechos aducidos en la demanda; más bien radica en los hechos abstractos reflejados en la causa legal en la que se funda¹³.

¹⁰ Sobre este punto, Ferri, Corrado, *Profili dell'acertamento costitutivo*, Cedam, Padua, 1970, pp. 83, 117-119; Proto Pisani, Andrea, "Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)", en *Rivista di Diritto Processuale*, 1991, pp. 60-100; Attardi, Aldo, "In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Processuale*, 1990, n° 2, pp. 475-539; Zafra Valverde, José, *Sentencia Constitutiva y Sentencia Dispositiva*, Rialp, Madrid, 1962, especialmente pp. 144-152.

¹¹ Así, Ortells Ramos, Manuel, (con Montero Aroca, Juan, Gómez Colomer, Juan-Luis), *Derecho Jurisdiccional*, II, 1°, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 101-102.

¹² En este sentido, cfr. Prieto-Castro, Leonardo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. I, *ob. cit.*, p. 455.

¹³ Cfr. Serra Domínguez, Manuel, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, (Sobre la cosa juzgada)*, t. XVI, vol. 2, art. 1252, Revista de Derecho Privado, Madrid, 2ª ed., 1999, p. 741.

En lo relativo a la segunda exigencia, como se anticipaba, el juez debe verificar estrictamente si los hechos fundantes de la acción cumplen con el presupuesto contemplado en la norma para proceder a la creación del estado jurídico. Por ejemplo, para proceder a declarar la nulidad de un contrato se debe examinar si la petición cae dentro del supuesto legal invocado para obtener esa ineficacia jurídica.

Para el tema que nos ocupa, en relación a las causales legales para fundar estas acciones, la ley de matrimonio civil señala como hechos fundantes de esta pretensión:

a) Artículo 54.— El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común.

Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos:

- 1º.— Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos;
- 2º.— Trasgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo o reiterado del hogar común es una forma de trasgresión grave de los deberes del matrimonio;
- 3º.— Condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, o contra las personas, previstos en el Libro II, Títulos VII y VIII, del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal;
- 4º.— Conducta homosexual;
- 5º.— Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos, y
- 6º.— Tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos.

b) Artículo 55.— “Sin perjuicio de lo anterior, el divorcio será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común acuerdo y acreditan que ha cesado su convivencia durante un lapso mayor de un año”.

“Habrá lugar también al divorcio cuando se verifique un cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, a lo

menos, tres años, salvo que, a solicitud de la parte demandada, el juez verifique que el demandante, durante el cese de la convivencia, no ha dado cumplimiento, reiterado, a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo”.

IV. EL CONTENIDO DEL DERECHO DE EXCEPCIÓN

Examinado el contenido del derecho de la acción de divorcio, corresponde examinar su anverso: el derecho de excepción.

El demandado, frente a la protección jurisdiccional que solicita el actor o demandante, tiene derecho a resistir esa pretensión, oponiendo excepciones, alegaciones o defensas.

En relación a la excepción, se trata de un concepto jurídico que ha tenido una interesante evolución¹⁴. Aunque hay muchos aspectos todavía controvertidos, la doctrina ha logrado cierto consenso en torno a que la excepción no apunta siempre al mismo fin jurídico dentro de un proceso. No resulta exacto —por simplista— seguir sosteniendo que la excepción es una suerte de poder opuesto al derecho de acción.

El diverso contenido que se atribuye a la excepción obliga a matizar en el análisis de los diversos problemas jurídico-procesales, resultando útil considerar la distinción teórica entre *excepciones procesales* y *materiales*.

Las excepciones procesales son aquellas que se fundan en la ausencia de presupuestos de carácter procesal, que, estimados por el tribunal, impiden emitir un pronunciamiento sobre el fondo. Con la oposición de estas excepciones se pone de manifiesto que, en un determinado proceso, no se están dando las exigencias formales para que el juez pueda emitir válidamente un pronunciamiento sobre la acción objeto del juicio.

Las excepciones procesales comprenden cuestiones que van desde la forma de los actos procesales (*v. gr.* la ineptitud del libelo) a la observancia de condiciones de validez para que la relación procesal surta sus efectos, como ocurre con los presupuestos procesales de la jurisdicción y de la competencia. A través de las excepciones de esta clase lo que se quiere evitar es el pronunciamiento de una sentencia

¹⁴ Una síntesis del tema véase Clariá Olmedo, Jorge, *Derecho Procesal*, t. I., Depalma Buenos Aires, 1982, pp. 303-359; Vásquez Sotelo, José Luis, “Instituciones saneadoras del proceso civil español: excepciones dilatorias y comparecencia previa”, en *Justicia* 87, 1987, especialmente pp. 19-32.

que luego sea declarada ineficaz por alguna causal de nulidad, por su imposibilidad de ejecución o por estimarse como inexistente.

Las excepciones materiales son todas las que se sustentan en cuestiones de derecho sustantivo y su fin es enervar la acción. Al ser acogidas provocan la absolucón del demandado en cuanto al fondo de la controversia, con efecto de cosa juzgada. Caen dentro de esta categoría, por ejemplo, las tipificadas dentro de los modos de extinguir las obligaciones (art. 1567 CC.) y que dan vida a las excepciones de pago, compensación, remisión, nulidad, transacción, prescripción.

Como se puede apreciar, la diferencia sustancial entre ambos tipos de excepciones radica en lo siguiente: la excepción material busca enervar la acción; en cambio, la excepción procesal se encamina sólo a evitar un pronunciamiento sobre el objeto del proceso, por la ausencia de un presupuesto procesal o la presencia de un óbice o impedimento procesal¹⁵. Como lo precisa Clariá Olmedo, las excepciones procesales no se oponen contra la acción, sino que indirectamente resisten su ejercicio. El demandante puede intentar nuevamente su acción, si el defecto que impidió entrar a fallar el fondo es subsanable¹⁶.

En el caso de un juicio de divorcio, considerando que el objeto del proceso versa sobre el derecho a obtener *un cambio jurídico*, disolviendo en este caso un contrato, el contenido de la excepción presenta algunas especialidades que no se dan cuando el conflicto intersubjetivo versa sobre una pretensión de condena o de mera certeza.

La primera característica que surge del derecho de defensa en materia de procesos de divorcio es que el contenido de la excepción no viene dado por el legislador. En materia de divorcio, los párrafos 1º, 2º y 3º de la LMC sólo se han preocupado de reglamentar el contenido de la acción.

Naturalmente que la omisión legislativa indicada no significa que en un juicio de divorcio no exista el derecho de defensa para el demandado. Constituiría un atentado grave a la garantía constitucional del derecho al debido proceso entender que el cónyuge demandado de repudio no tiene excepciones o defensas que oponer.

Negar al demandado el derecho a la excepción significaría admitir que alguien puede ser condenado sin ser oído en juicio.

¹⁵ Por ejemplo, la litispendencia. En este caso la relación procesal podría estar correctamente configurada, pero la presencia de esta situación jurídica impide que el segundo juicio siga adelante, por haber uno anterior donde está deducida la misma acción.

¹⁶ Clariá Olmedo, Jorge, *Derecho Procesal*, ob. cit., p. 337.

Como principio general, en todo Estado de Derecho la configuración del contenido de la acción y de la excepción apuntan a reconocer que cualquier interés legítimo o derecho subjetivo obtenga la protección judicial. Por lo tanto, la negativa arbitraria o irrazonable a obtener una declaración jurídica sobre el fondo constituye un quebrantamiento a la protección de los derechos que garantiza la Carta Fundamental en el artículo 19 N° 3.

Conjuntamente con lo anterior, conviene recordar lo señalado por la Corte Suprema en su sentencia de 18 de mayo de 1964, al expresar que "nuestra legislación no define lo que es una excepción que se opone a la demanda, tampoco las ha señalado todas, y no ha podido hacerlo, dado su número y variedad"¹⁷.

En segundo lugar, como el objeto del proceso en materia de divorcio discurre sobre una declaración jurídica, ninguna de las típicas excepciones materiales previstas para los procesos civiles patrimoniales sirve para enervar la acción deducida. Incluso, el legislador se ha pronunciado sobre la excepción de prescripción, declarándola improcedente en los juicios de divorcio, tal como se colige del art. 57 de la LMC, al disponer que "la acción de divorcio es irrenunciable y no se extingue por el mero transcurso del tiempo".

En lo específico, el contenido del derecho de defensa del cónyuge demandado apunta a varias cuestiones: a) a demandar reconventionalmente el derecho de separación judicial, para que se aplique a esa crisis matrimonial un régimen distinto, que evite la disolución del matrimonio; b) a denunciar que no están configurados los hechos fundantes de la acción de divorcio; c) que no contempla la ley la hipótesis jurídica invocada para solicitar el cambio jurídico; d) a enervar el ejercicio de la acción de divorcio por tratarse de un acto contrario a la buena fe.

En lo que sigue nos dedicaremos a examinar el contenido de la última hipótesis apuntada, analizando tres instituciones jurídicas que pueden servir para fundamentar una excepción para enervar una la acción de divorcio.

V. EL ABUSO DEL DERECHO COMO FUNDAMENTO DE LA EXCEPCIÓN

La aplicación de la doctrina del abuso del derecho constituye un tema de permanente análisis en el campo académico y forense, cuyo mérito es traer aire fresco al trasnochado positivismo legalista.

¹⁷ CS. 18 de agosto de 1964, Fallos del Mes N° 69, p. 179.

La teoría del abuso del derecho se ubica dentro de la doctrina de los límites del derecho subjetivo, incluyendo obviamente a los de naturaleza procesal como lo son la acción, las medidas precautorias, los recursos o medios de impugnación¹⁸.

A falta de una norma específica en la Ley de Matrimonio Civil sobre los límites en el ejercicio de la acción de divorcio, la justificación de la aplicación de esta excepción se debe buscar en las reglas generales¹⁹.

En abono de esta excepción no se puede dejar de considerar que en el último tiempo una de las principales innovaciones jurídicas de nuestra jurisprudencia civil ha sido la plena aceptación del abuso del derecho en el campo del ejercicio del derecho de acción en un juicio²⁰, situación que evidentemente se puede extrapolar a los juicios de divorcio.

La jurisprudencia ha reconocido expresamente que es factible, bajo ciertos supuestos, que un actor, al ejercer su pretensión, pueda ir más allá del límite que está amparado por el derecho.

Algunas de las sentencias más relevantes en esta materia son:

-
- ¹⁸ En el derecho comparado gradualmente se han ido estableciendo reglas para controlar el posible abuso del derecho en el ejercicio de la acción. La legislación civil española ha consagrado la doctrina del abuso del derecho como principio general. El artículo 7.2 del Código Civil prescribe que "la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso", criterio que se repite en la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en su artículo 11.2, dispone que "los juzgados y tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal".
- ¹⁹ Entre otros, han desarrollado el tema, Bianca, Máximo, "Responsabilità processuale e illecito civile", en *Scritti in onore de Elio Fazzalari*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 343-358; Martín Bernal, José Manuel, *El abuso del derecho*, Montecorvo, Madrid, 1982; Picó Junoy, Joan, *El Principio de la Buena Fe Procesal*, J.M. Bosch, Barcelona, 2003.
- ²⁰ En nuestra doctrina se ha sostenido sobre esta institución que se trata de un principio general, que se encuentra en todas las manifestaciones del Derecho. Sin definir qué es el abuso del derecho, Ortúzar Santa María delimita el contenido de esta figura en los siguientes términos: "El ordenamiento jurídico reprime o sanciona a quien de manera arbitraria, caprichosa o injusta ejercita su derecho, causando con ello amenaza, perturbación o privación en el derecho de otro. Esa es la afirmación fundamental, y como ustedes pueden ver, la manera de plantearla es más amplia que la del Derecho Civil, donde la institución se mira desde el punto de vista del ejercicio desviado de un derecho realizado con el fin de causar daño a otro. Acá lo planteamos como el ejercicio excesivo o injusto, caprichoso o arbitrario de un derecho, que priva, perturba o amenaza el legítimo ejercicio del derecho a otro". (*Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003. "Ponencia principal sobre el abuso del derecho", pp. 25, 37 y 38). Con anterioridad, Rodríguez Grez, Pablo, *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*, Editorial Jurídica de Chile, reimp. 1ª ed., Santiago, 1999, especialmente pp. 121-340.

a) Dictamen 986/526, de 7 de octubre de 1996 de la Comisión Preventiva Central (1996)

La Comisión Preventiva Central, en el Dictamen 986/526, de 7 de octubre de 1996, estableció:

"Si bien es cierto que toda persona tiene la posibilidad legalmente reconocida de denunciar ante esta comisión la existencia de actos contrarios a la competencia aun sin tener interés actual en ello, y que tanto esta Comisión como la Fiscalía Nacional Económica tienen el deber de investigar y conocer los hechos denunciados, no es menos cierto que ese derecho de acción puede ser ejercido con la segunda intención de utilizar a tales órganos de defensa de la competencia para intentar lograr que éstos, en el ejercicio de sus funciones, sancionen o limiten el accionar de quienes compitan con el denunciante en el mercado".// "De esta manera, un derecho que la ley establece con fines de orden público, puede transformarse, por su mal uso o su abuso, en un instrumento para obtener resultados contrarios al interés general, infringiendo así el denunciante las mismas normas cuya aplicación solicita"²¹.

En este caso el ejercicio abusivo del derecho de acción surgió, a juicio de la sentencia, cuando una empresa del giro de telecomunicaciones, con un ánimo abusivo y revelador del propósito de evitar o a lo menos de entorpecer el ingreso de unas empresas competidoras al mercado de la telefonía local, realizó una actuación procesal absolutamente infundada y abusiva, justo después que las empresas denunciadas anunciaban su ingreso al negocio.

b) Inmobiliaria Nacional Ltda. contra Centro Banco (1992)

La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de fecha 9 de noviembre de 1992, admitió que el abuso del derecho es una hipótesis verificable en el empleo de procedimientos judiciales. Sin perjuicio de otros razonamientos, conviene detenerse en los siguientes considerandos:

"Cuarto: Que cualquiera sea el ámbito de aplicación de la doctrina sobre el abuso del derecho, dolo, culpa o negligencia, irracionalidad en su ejercicio, falta de interés o necesidad legítimos, intención del agente en perjudicar, o con desvío de los fines de la institución o para la que fue concebida e incluso aplicado a procedimientos judiciales, es evidente que, de parte del agente

²¹ Comisión Preventiva Central, Dictamen 986/526 de 7 de octubre de 1996, confirmado por Comisión Resolutiva, el 12 de noviembre de 1996 (RDJ, t. XCIII, sec. 6ª, p. 181 y ss.

causante del mal, debe existir un ánimo manifiesto de perjudicar o una evidente falta de interés o necesidad de lo que promueva o un actuar motivado por el afán de causar un perjuicio a su contraparte o cocontratante. Esa intención de perjudicar no sólo debe manifestarse, como es lógico, cuando se actúa en la órbita de la responsabilidad extracontractual, sino que también para el caso en que el acto se ejecuta excediendo el interés jurídicamente protegido”.

“Quinto: Que en nuestro ordenamiento procesal tiene aplicación el principio de probidad o de buena fe, que exige a los contendientes una actuación leal en el uso de pretensiones, defensas o recursos, sancionándose cualquier exceso en el uso de expedientes dilatorios o pretensiones infundadas (...). Pero lo dicho no implica en todo caso coartar el derecho de defensa que le asiste a cada litigante, garantía que tiene protección constitucional en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política, que le permite ejercitar todos los recursos o mecanismos procesales para asegurar su pretensión aunque dicho ejercicio cause daño a otro, lo que normalmente va a ocurrir en un litigio”²².

c) Inversiones Socoroma contra Carter Holt Harvey International Limited (1998)

En el campo arbitral Juan Colombo Campbell pronunció una sentencia que demuestra cómo la equidad puede servir de base, bajo ciertos supuestos, para desestimar acciones judiciales cuyo ejercicio se considera como abusivo. El tema se suscitó a raíz del incumplimiento de un pacto de accionistas, suscrito el 27 de febrero de 1990. En la decisión final, dada el 9 de abril de 1998, en relación al abuso del derecho se declaró:

“163°) En concordancia con lo expresado, debe tenerse presente que nuestro sistema procesal contempla claras sanciones para quien use indebidamente las vías procesales. Como ejemplos, pueden citarse la simulación procesal, el uso indebido del proceso penal y, en lo que atañe directamente al caso, la construcción de una estrategia judicial para lograr resultados impropios mediante la presentación de un conjunto de demandas, todas destinadas a perseguir el término del Joint Venture, distorsionando con ello la finalidad constitucional del proceso, cual es la de dar protección a los habitantes en el ejercicio de sus derechos (artículo 19 N° 3 de la Constitución Política)”.

“Tratadistas nacionales y extranjeros como Arturo Alessandri Rodríguez, Flour y Aubert y Mazeaud aceptan plenamente la responsabilidad por el uso indebido de derechos procesales”.

“En la memoria de prueba de José Diez Schwerter invocada en este proceso, se concluye que las normas de procedimiento que se contienen en los códigos no son sino garantías para las partes y en ningún modo es aceptable convertirlas en armas para frustrar los legítimos derechos de los litigantes”.

²² RDJ, t. LXXXIX, sec. 1ª, pp. 179-180.

"Cabe acotar que el código francés sanciona a la parte que acciona o se defiende indebidamente, la que, además de ser condenada en costas, puede ser obligada a indemnizar los perjuicios que cause con su actividad jurisdiccional ilegítima".

Más contundentes son los considerandos 164º, 165º y 166º de esta sentencia, cuando sostienen que:

"164º (...) En este orden de ideas debe tenerse presente que es indudable, como ya se ha reiterado en este fallo, que el acto de demandar con el propósito de obtener la decisión jurisdiccional de un conflicto subjetivo de intereses mediante el proceso constituye el ejercicio legítimo de un derecho constitucional plenamente garantizado por los artículos 19 N° 3 y 73 de nuestra Constitución Política. Diferente es el uso del proceso con fines impropios".

"Alejandro Silva Bascuñán, en su informe en derecho agregado a los autos, confirma lo expuesto al distinguir claramente entre la titularidad ineludible del derecho a la acción y las responsabilidades que puedan derivar de su interposición, recordando que incluso hay instituciones procesales que se fundan justamente en esta distinción, como son la responsabilidad por el delito de calumnia y la condenación en costas".

"165º) Que debe tenerse en cuenta que existe un límite de legitimidad en el uso del proceso, el que no debe ser empleado con una finalidad distinta a la que constituye su fin esencial".

"Recordémos que —al decir de Jossérand— las acciones procesales 'son armas lícitas que se convierten en armas envenenadas cuando se utilizan de cierta manera'".

"Como elemento útil para desentrañar el propósito que Carter Holt tuvo y cuáles fueron sus reales intenciones al presentar estas demandas, debe enfatizarse que, de acogerse cualquiera de sus peticiones, la sentencia que así lo decida se transformaría en poderosa arma destinada a otorgar a Carter Holt el control directo de su participación en las empresas que maneja Socoroma y que pertenecen a Los Andes. En síntesis, estaríamos en presencia del uso inadecuado del proceso, el que estaría empleándose para lograr finalidades diversas a las altas funciones que le asigna la Constitución Política".

"166º) Que en definitiva debe concluirse que el propósito final de las demandas era lograr la alteración del sistema de propiedad y administración del conglomerado empresarial Los Andes para provocar, de esta forma, el cambio del sistema convenido por Carter Holt en la propiedad del grupo y conseguir, por esa vía, su intervención en la administración de Copec, sus filiales y coligadas".

VI. EL JUEZ NATURAL EN EL CONTROL DEL EJERCICIO ABUSIVO

La admisión de la doctrina del abuso del derecho, como parte integrante del contenido del derecho de defensa, se ve reforzada a la luz de la máxima que indica que el juez de la acción es el de la excepción.

Aunque la doctrina del abuso del derecho en el ejercicio de acciones judiciales se ha concebido como una hipótesis de responsabilidad extracontractual²³, en el caso que nos preocupa su proyección es distinta: actúa como un mecanismo de defensa del demandado.

La invocación de la teoría del abuso del derecho comporta el planteamiento de una excepción material. Se trata de un planteamiento jurídico con entidad sustantiva que perfectamente puede enervar a la acción de divorcio, provocando la absolución del demandado.

Por lo anterior, quien debe juzgar sobre la admisibilidad de esta excepción material es el tribunal que conoce de la acción.

VII. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS COMO LÍMITE

Otro principio jurídico que puede servir de base al contenido de una excepción material una acción de divorcio puede proviene de una de las más excelsas manifestaciones del principio general de buena fe: la doctrina de los actos propios.

La regla jurídica referida es de aplicación en todos los ordenamientos jurídicos, como una emanación del principio general de buena fe, graficada en la fórmula latina: *venire contra proprium factum nulli conceditur; venire contra factum proprium non valet*.

Según Borda, se trata de "una regla de derecho derivada del principio general de la buena fe, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto"²⁴.

En palabras de Puig Brutau, en la tradición del *common law* esta regla se manifiesta en la figura del *estoppel*, en virtud de la cual se aplica una presunción *iuris et de iure*, que impide jurídicamente que una persona afirme o niegue la existencia de un hecho determinado, por haber antes ejecutado un acto, hecho una afirmación o formulado una negativa en el sentido precisamente opuesto; pues conforme a

²³ El Código de Procedimiento Civil de Perú, en su artículo 4° establece que, "concluido un proceso por resolución que desestima la demanda, si el demandado considera que el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario, puede demandar el resarcimiento de los daños y perjuicios que haya sufrido, sin perjuicio del pago por el litigante malicioso de las costas, costos y multas establecidos en el proceso terminado". De dicho precepto se colige que se trata de una especial hipótesis de responsabilidad extracontractual, que sólo se puede iniciar una vez que exista una sentencia con valor de cosa juzgada.

²⁴ Borda, Alejandro, *La Teoría de los Actos Propios*, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 531.

este principio, nadie puede contradecir lo dicho o hecho por él mismo o por aquél de quien se derive su derecho, de un modo aparente y ostensible, con perjuicio de un tercero que fiado de esas apariencias, producidas intencional o negligentemente por el responsable de ellas, contrae una obligación o sufre un perjuicio en su persona o en su patrimonio²⁵

En el ámbito teórico la doctrina de los actos propios ya estaba aceptada por varios autores de derecho civil²⁶ y también de derecho público, en este último caso como un límite a la autotutela del Estado.

En la jurisprudencia se aprecia claramente la aplicación de este límite al ejercicio de la acción, entre otros, en los siguientes casos:

a) En la sentencia de la Corte Suprema, de 9 de mayo de 2001, pronunciada en los autos "Villanueva con Sanhueza". Al efecto, el considerando 3° sostiene:

*"La pretensión de la demandante en este juicio necesariamente ha debido ser rechazada de acuerdo con la teoría de los actos propios, es decir, aquel principio general del derecho fundado en la buena fe que impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada por la conducta del mismo sujeto, evitando así la agresión a un interés ajeno y el daño consiguiente. Tal doctrina se traduce en que se debe mantener en el derecho una conducta leal y honesta y, desde luego, es la inspiración de la regla por la cual nadie puede aprovecharse de su propio dolo o fraude, encontrando en materia contractual su base legal en el artículo 1546 del Código Civil. Son requisitos de procedencia de este principio los siguientes: a) una conducta anterior, que revela una determinada posición jurídica de parte de la persona a quien se le trata de aplicar este principio; b) una conducta posterior de parte del mismo sujeto, contradictoria con la anterior, y c) que el derecho o pretensión que hace valer la persona a quien incide el actor perjudique a la contraparte jurídica"*²⁷.

²⁵ Puig Brutau, José, "La doctrina de los actos propios", en *Estudios de Derecho Comparado*, Ariel, Barcelona, 1951, pp. 104-105.

²⁶ En nuestra doctrina, sobre esta regla, entre otros, López Santa María, Jorge, "Intereses devengados por indemnización contractual de perjuicios. Doctrina de los actos propios o *estoppel*", en *RDJ*, vol. LXXXII, N° 2 (mayo-agosto, 1985) pp. 33-52; Fueyo Laneri, Fernando, "La doctrina de los actos propios", en *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, pp. 303-357; Rivas Guzmán, Ramón, "La doctrina de los actos propios y el reglamento interno de la empresa", en VV.AA. (Coordinación E. Barros B.), *Contratos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, pp. 189-207; Rodríguez Grez, Pablo, *El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pp. 42-43; Guzmán Brito, Alejandro, "El fundamento de validez de la costumbre como fuente del derecho", en *RCHD*, vol. 22 N° 3, 1995, pp. 623-628. A nivel de monografía, Ekdahl Escobar, María Fernanda, *La doctrina de los actos propios*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989.

²⁷ *RDJ*, t. XCVIII, N° 2, sec. 1°, pp. 99-100. Había aceptado la aplicación de dicha doctrina la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 3 de mayo de 1993 (C° 8°), recaída en un recurso de protección (confirmada por la C.S., 1° de junio de 1993). Inédita.

b) También aplica la misma restricción la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 14 de agosto de 2002, que desestimó una pretensión laboral de nulidad del despido. En ese caso, el trabajador había demandado una prestación laboral que él mismo, en su calidad de contador auditor de la empresa demandada, nunca incluyó en las liquidaciones mensuales; la Corte consideró su actuación profesional anterior como vinculante, y su reclamación posterior mediante el ejercicio del derecho de acción, como contraria a la doctrina de los actos propios, desestimando su infundada pretensión²⁸.

c) En el campo arbitral dio aplicación a este principio el fallo del arbitrador don Raúl García Astaburuaga, de 28 de junio de 2002, cuando decidió:

"25. Que, por lo manifestado, la reclamación de autos resulta de difícil conciliación con el comportamiento observado por la actora con antelación a su formulación, pues sabido es que nadie puede alegar un derecho antinómico con sus propios actos (nemo potest contra factum venire), ni contradecir sus actitudes precedentes que sean jurídicamente relevantes y plenamente eficaces, asumiendo una conducta incompatible con las observadas anteriormente".

"26. Que, en efecto, a partir de los postulados de la llamada 'doctrina de los actos propios', de creciente aceptación y aplicación en el ámbito jurisdiccional, no resulta admisible una reclamación que se fundamente en hechos o razones de derecho que contradigan los propios actos del recurrente, esto es, que los basamentos de su reclamo importen una actitud que esté en contradicción con su anterior conducta, situación que evidentemente entra en pugna con el derecho (venire cum actum proprium non valet)"²⁹.

Desde el punto de vista de los elementos constitutivos de la acción, la aplicación de la doctrina de los actos propios facilita a los jueces su tarea decisoria. En efecto, constatada la infracción a esta regla, se debe desestimar la acción básicamente por falta de causa de pedir.

La doctrina de los actos propios abre un campo para que la jurisprudencia pueda ir generando una casuística que permita morigerar la utilización abusiva de acciones de divorcio (y también de otra clase), resaltando el contenido del principio de buena fe que informa nuestro sistema jurídico.

Desde otro punto de vista, si toda acción deducida en juicio tiene un componente causal, denominado como causa de pedir, que es la "razón" o del "fundamento de la acción", es natural que la excepción

²⁸ GJ, N° 266, 2002, pp. 204-207.

²⁹ ROL 279, Centro de Arbitrajes y Mediaciones, CAM.

apunte a denunciar la falta de dicho elemento, invocando el principio general de buena fe.

Al examinar el juez la procedencia de la causa de pedir, como por lo demás lo refleja la jurisprudencia antes referida, puede detectar una contradicción que prive al demandante de la tutela jurídica que solicita.

El "dar a cada uno lo suyo" impone siempre un examen de la buena fe con que se está ejerciendo la acción, al punto que si el actor entra en contradicción con su anterior conducta, la acción deducida debe ser declarada improcedente, ya que la mala fe hace desaparecer el "título" del derecho reclamado.

Por último, conviene aclarar que si bien la teoría del abuso del derecho y el principio *venire contra factum proprium non valet* tienen como elemento común la buena fe, entendida ésta como convicción de actuar conforme a derecho o de modo legítimo y sin fraude, se trata de figuras diversas. En palabras de Borda, "el abuso del derecho es el ejercicio de una prerrogativa que si bien es lícita excede los límites impuestos por la buena fe. La teoría de los actos propios considera inadmisibles el ejercicio de un derecho subjetivo o de una conducta contradictoria con el sentido objetivo (y de buena fe) atribuible a la primera conducta relevante y eficaz realizada en una situación jurídica"³⁰.

VIII. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA COMO FUNDAMENTO DE LA EXCEPCIÓN

Dentro del contenido del derecho de defensa del cónyuge demandado de divorcio también es factible acudir a otro principio que, fundado también en la buena fe, permite enervar la pretensión, evitando que se consuma un enriquecimiento injusto.

El denominado enriquecimiento sin causa, enriquecimiento injusto, enriquecimiento indebido, enriquecimiento sin causa a expensas de otro, dice relación con un principio de justicia y equidad.

La invocación a esta institución surgirá frente situaciones donde el actor no ha sido transparente en la administración de los bienes vinculados al patrimonio matrimonial, generando para sí una situación de ventaja que perjudica la situación del cónyuge demandado, al punto que la única forma de proteger efectivamente al demandado es rechazando la petición de divorcio.

³⁰ Borda, ob. cit, p. 121.

En nuestro ordenamiento la jurisprudencia de la Corte Suprema alienta la utilización de este principio, como un instrumento para evitar injusticias, al punto que nuestros tribunales no han trepido de calificar a esta figura como un "principio de justicia universal" ("Lauritzen y otros con Fisco")³¹.

La aplicación de este principio general del derecho en los juicios de divorcio permitirá, a nuestro entender, corregir los conflictos para los que la legislación de matrimonio civil es superada por la realidad. Una simple lectura de la Ley de Matrimonio Civil demuestra que ella no se puso en la tesitura que el peticionario de divorcio que haya desplegado una actuación de mala fe, mediante el ocultamiento de bienes o la realización de actos con fraude a la ley.

La posibilidad que se dé un desequilibrio entre los patrimonios de los cónyuges puede originarse por diversas situaciones. Los casos más evidentes se dan en aquellas situaciones donde la declaración del divorcio provocará un daño patrimonial irreparable a cónyuges que, por ejemplo, jamás han cotizado en una entidad provisional o que, por su avanzada edad o estado de salud, quedaran en una situación desvalida, sin los derechos elementales para su digna mantención.

IX. CONCLUSIONES

- 1º) El contenido del derecho de defensa en un juicio de divorcio se obtiene aplicando una serie de principios jurídicos que gobiernan las relaciones contractuales, y que naturalmente son aplicables a las disputas surgidas sobre los efectos patrimoniales del contrato de matrimonio.
- 2º) Resultaría un acto contrario a la justicia más elemental que un juez pronunciara una sentencia de divorcio, sin considerar que todo demandado tiene, dentro del contenido de su derecho constitucional a la defensa, la posibilidad de enervar la acción deducida por el actor.
- 3º) Nuestra legislación no define lo que es una excepción, pero dentro de este elemental instituto jurídico naturalmente que se incluyen todas aquellas alegaciones que, por su entidad jurídica, pueden enervar la acción deducida por el actor.

³¹ Un exhaustivo estudio de su recepción en la jurisprudencia, en Peñailillo Arévalo, Daniel, "Enriquecimiento sin causa. Principio y fuente de obligaciones", en *RDJ*, t. XCIII, 1996.

ESTRATEGIAS PARA ENFRENTAR UNA DEMANDA DE DIVORCIO

JORGE BARAONA GONZÁLEZ
Doctor en Derecho (U. de Navarra)
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes

I. PRESUPUESTOS PREVIOS

Se nos ha pedido en este Seminario que ofrecamos estrategias que pudieran desplegarse frente a una demanda de divorcio, cuando, como abogados, debamos defender a un cliente que quiera mantener el vínculo y, por lo mismo, pretenda enervar la acción de divorcio.

Es evidente que con la aprobación de la nueva Ley de Matrimonio Civil N° 19.947, al introducirse el divorcio vincular para todos los matrimonios, incluso los celebrados con antelación a su entrada en vigencia (cfr. Art. 2° transitorio), se ha alterado el régimen familiar integral de la familia chilena, es decir, se ha introducido una potencial posibilidad de disolución por divorcio en todos los matrimonios. Ello obliga a un estudio de conjunto, que permita compatibilizar la necesidad de mantener un sistema familiar estable con la evidente necesidad de judicializar conflictos derivados de desavenencias o quiebres en la vida de las parejas unidas en matrimonio. Asumimos, en consecuencia, como presupuesto deontológico, la necesidad de proteger el matrimonio, como institución indisoluble por divorcio o voluntad de las partes.

De otro lado, en mi criterio, la nueva Ley de Matrimonio Civil no ha configurado un derecho al divorcio, que pudiera establecer una especie de preeminencia de la pretensión de uno de los cónyuges de instar al divorcio, respecto de la aspiración del otro cónyuge demandado de mantener la indisolubilidad de su vínculo. Muy por el contrario, la más importante valoración que puede extraerse de la ley en

estudio es que ella insta por la estabilidad familiar. Así queda registrado en el art. 3° de la ley, cuando se declara:

"Artículo 3°.- 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. Conociendo de estas materias, el juez procurará preservar y recomponer la vida en común en la unión matrimonial válidamente contraída, cuando ésta se vea amenazada, dificultada o quebrantada".

Asimismo, el juez resolverá las cuestiones atinentes a la nulidad, la separación o el divorcio, conciliándolas con los derechos y deberes provenientes de las relaciones de filiación y con la subsistencia de una vida familiar compatible con la ruptura o la vida separada de los cónyuges".

A partir de esta norma, puede afirmarse que, antes del supuesto interés de un cónyuge por el divorcio, están otros bienes que para la ley aparecen como superiores:

- a) el interés superior de los hijos;
- b) la protección del cónyuge más débil;
- c) la preservación y recomposición de la vida común de un matrimonio válidamente contraído, cuando se vea "*amenazada, dificultada o quebrantada*"¹.

Para la ley, antes que el divorcio, existe un bien o interés superior que el juez debe procurar, cual es preservar y recomponer la vida en común. Sólo la separación deja la posibilidad a una recomposición de la vida en común, pues, el divorcio, una vez pronunciado, rompe definitivamente todos los lazos legales entre los cónyuges.

El inciso segundo del art. 3° se incorporó al proyecto como efecto de una indicación presentada por los senadores Chadwick, Romero y Díez². La proposición se intentó suprimir vía indicaciones, las que fueron rechazadas, tanto en la Comisión como en la Sala³. A este

¹ Por esto no comparto el criterio de Veloso Valenzuela, Paulina, "El Divorcio", en *Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil, Seminario, 13 y 14 de octubre*, Academia Judicial de Chile (pp. 60-68), p. 68, cuando afirma: "Estimo que si concurren los requisitos del divorcio, demandado por un cónyuge, no podría negarse a él y otorgar la separación judicial alegado por el otro. Me parece que resolver de este modo torcería demasiado el texto y espíritu del legislador". Claro, porque los principios del legislador, como he dicho, claramente apuntan a mantener la estabilidad de la familia: el divorcio no es un derecho de los cónyuges.

² Cfr. *Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, p. 39.

³ Cfr. *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, p. 7, que da cuenta de que el inciso segundo del art. 3° fue objeto de una

respecto es interesante la discusión que se dio en la sala del Senado, porque muchos de los legisladores que estaban por suprimir esta disposición, entendían que ésta era una puerta abierta para que el juez pudiera rechazar un divorcio, no obstante que la causal estuviera acreditada⁴. Quienes apoyaron la norma, que resultó parte del proyecto promulgado, lo hicieron sosteniendo que existía coherencia entre este principio y la declaración del artículo primero respecto de que el matrimonio es la base principal de la familia y, por lo mismo, que la ley no pretende promover el divorcio, sino, por el contrario, promover el matrimonio y con él la unidad familiar⁵. Es claro, en consecuencia, que este elemento, que recoge un principio, un valor de la ley, debe servir para interpretar el conjunto de sus disposiciones⁶, para entender que el divorcio no es un derecho, sino una opción que la ley ofrece a los cónyuges como consecuencia de una crisis familiar.

indicación (las N° 16 y 17), de los senadores Boeninger y Gazmuri/Núñez, respectivamente, que fueron desechadas unánimemente por la Comisión. Más tarde la indicación fue renovada en la Sala, y también fue desechada 24 votos contra 22 (Cfr. *Diario de Sesiones del Senado*, sesión 22°, en martes 6 de enero de 2004, en donde se da cuenta del vivo debate que existió en la Sala).

- ⁴ Lo dijo el senador Ávila: "Señor Presidente, una proporción importante de miembros de este Senado es contraria a legislar a favor del divorcio, pero se ha encontrado una forma de impedir que la legislación que surja cumpla los efectos para los cuales fue concebida. Entonces, estamos en presencia de un proyecto lleno de cazabobos (sic), y uno de ellos es precisamente el inciso segundo del artículo 3°. Resulta absolutamente impropio en una legislación como ésta condicionar el comportamiento del juez a una dirección determinada. En el primer inciso se contempla un principio de orden general que resulta válido y de orientación suficiente para que el magistrado actúe. Pero el inciso segundo lo amarra, obligándolo a desenvolverse en una determinada dirección, lo cual, por cierto, desnaturaliza la función misma del juez" (Cfr. *Diario de Sesiones del Senado*, sesión 22°, en martes 6 de enero de 2004).
- ⁵ Lo dejaba bien asentado el senador Larraín, al fundamentar su voto de rechazo a la indicación renovada: "Señor Presidente, en mi opinión, el inciso a que se hace referencia es bastante medular para poder entender cuál es la intención del legislador, y para dejar estampado un criterio de interpretación sobre el espíritu de la futura legislación. Se desea introducir un cambio significativo a la Ley de Matrimonio Civil, cual es permitir el divorcio. Independientemente de mi rechazo a esa idea, he inferido que quienes la sostienen —que han sido mayoría— quieren que en nuestra legislación exista tal posibilidad, pero no promoverla. Porque son dos actitudes conceptuales distintas. Si se elimina la disposición, se puede interpretar que en realidad lo que se persigue es promover el divorcio. Y me parece que ese espíritu es tremendamente negativo. En cambio, mantener la norma que señala cuál es el espíritu con el cual debe actuar el juez en cualquier procedimiento de conciliación y mediación y en todos los momentos en que se encuentre en entredicho la unidad familiar, es darle el justo sentido que pretenden quienes defienden el divorcio —así lo he entendido, más allá de mi divergencia—, que es decir: 'Esta es una ley de matrimonio civil y, por lo tanto, lo que el juez debe procurar siempre es la unidad'" (Cfr. *Diario de Sesiones del Senado*, sesión 22°, en martes 6 de enero de 2004).
- ⁶ Con su estilo analítico, el Ministro Luis Bates, presente en la Sala, defendió el precepto afirmando: "[t]enemos la impresión de que todo el texto de la Ley de Matrimonio Civil apunta hacia el fortalecimiento del matrimonio y de la familia, y ésta es una disposición que va en la misma línea. Recordemos, por ejemplo el artículo 22 del Código Civil: 'el

Por último, es importante destacar que, de acuerdo con el sistema y estructura de la nueva Ley de Matrimonio Civil, los potenciales conflictos que inevitablemente se dan entre parejas casadas, pueden resolverse por diversas vías: la simple o mera separación de hecho, la separación judicial y el divorcio. Y, al menos las dos últimas son instituciones que están recogidas en la ley con suficientes rasgos de autonomía, lo que obliga a darles un tratamiento diferenciado⁷, lo que me parece muy relevante a la hora de analizar estrategias frente a una demanda de divorcio.

II. LA SEPARACIÓN JUDICIAL. LA CUESTIÓN DEL CESE DE LA CONVIVENCIA

1. CONCEPTO Y PRUEBA

Me parece que un estudio como el que pretende este trabajo exige un análisis, aunque somero, de las dos principales instituciones que la ley ofrece, para solucionar eventuales conflictos matrimoniales: la separación judicial (y su antesala que puede ser la separación de hecho), y el divorcio, desde el punto de vista de sus causales.

Concretamente, me parece importante estudiar el cese de la convivencia, como presupuesto de la separación de hecho, de la judicial y del divorcio, porque su adecuada comprensión permitirá oponerse, en su momento, a cualquier pretensión judicial fundada en ella, que no satisfaga las exigencias dogmáticas de la ley.

Aunque la ley suprime la posibilidad que tenían los cónyuges, bajo la antigua ley, de pedir el divorcio perpetuo o temporal –circunstancia que de ninguna manera les habilitaba para volver a casarse– alternativamente, regula la separación de hecho. Considerando sus efectos, el

contexto de la ley –y ésta sería una norma de contexto– servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes. Es decir, el inciso en cuestión es una norma de carácter programático que ayuda al juez en la interpretación de la ley frente a hechos determinados que se hayan establecido en el desarrollo de la causa. En consecuencia, veo al inciso segundo enfocado al fortalecimiento de la familia –propósito contemplado también en otros textos– y en armonía con los preceptos sobre mediación, entre otros, de Ley de Matrimonio Civil y que tienen la misma orientación, lo cual no se opone al divorcio ni a las causales de divorcio que este proyecto también consagra”. (Cfr. *Diario de Sesiones del Senado*, sesión 22ª, en martes 6 de enero de 2004).

⁷ Para analizar con mayor profundidad la diferencia dogmática entre separación judicial y divorcio en la nueva Ley, puede verse mi trabajo “*Puede demandarse el divorcio, cuando ya se ha debatido y resuelto judicialmente la separación judicial*”, en *Ius et Praxis* 11, N° 2 (2005).

divorcio de la ley antigua y la separación judicial de la nueva ley, vienen a ser instituciones equivalentes⁸.

Con la introducción de este nuevo instituto, el legislador se hizo cargo de una realidad bastante común en muchos matrimonios, cual es que los cónyuges no vivan juntos, sea de común acuerdo o porque un cónyuge abandona a su consorte.

Una lectura conjunta de los artículos 21 y 22 de la ley permite afirmar que la separación de hecho es la consecuencia que se sigue del cese de la convivencia entre los cónyuges, de forma tal que el supuesto de la separación de hecho es que los cónyuges ya no vivan juntos.

La separación de hecho debe distinguirse de la separación judicial, que es el resultado de una sentencia judicial, en demanda instada por uno o ambos cónyuges.

Con todo, se constata que falta precisión en la ley cuando afirma en el art. 21 “[s]i los cónyuges se separaren de hecho”. Un sentido natural de esta oración podría llevar a concluir que la separación de hecho es la circunstancia física que se deriva de que los cónyuges ya no vivan juntos⁹, sin atender a ánimo o causa que los motiva para hacerlo. Sin embargo, creo que la separación de hecho exige, además del elemento físico, fundado en que los cónyuges ya no viven juntos, un elemento psicológico o espiritual, que viene dado por la voluntad¹⁰, de uno o ambos cónyuges¹¹, de que esta situación se mantenga indefinidamente en el tiempo.

⁸ Tanto así que el art. 6° de la nueva Ley de Matrimonio Civil dispone: “Art. 6. *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*”.

⁹ La profesora Muñoz Sánchez, Andrea, “De la separación de los cónyuges en la Ley de Matrimonio Civil”, en *Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil, Seminario, 13 y 14 de octubre*, Academia Judicial de Chile, 2004, (pp. 51-59), p. 55, entiende que lo que caracteriza al cese de la convivencia es que los cónyuges, aunque vivan en el mismo domicilio “el tipo de relación o contacto entre los cónyuges no es el propio de una relación conyugal”. Creo que hay que ser muy cauto en esto, porque la manifestación más clara del cese es que los cónyuges ya no viven juntos. Sólo excepcionalmente un juez debería estar abierto a analizar un cese de la convivencia, no obstante los cónyuges mantener la misma morada.

¹⁰ Cfr. Veloso Valenzuela, Paulina, “El Divorcio”, en *Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil, Seminario, 13 y 14 de octubre*, Academia Judicial de Chile (pp. 60-68), p. 68.

¹¹ Es obvio que la separación puede ser invocada por uno solo de los cónyuges y, por lo tanto, este elemento intencional sólo debe exigirse en aquel de los cónyuges que decidió poner fin a la convivencia. Esta precisión queda bien recogida en la definición que avanzan Barrientos Grandón, Javier y Novales Alquézar, Aránzazu, *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, Ley N° 19.947: celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad*, Lexis-Nexis, Santiago, 2004, p. 297, quienes afirman: “puede señalarse que la ‘separación de hecho’ es un estado que implica la ruptura de la vida común de los cónyuges, generado por decisión común o unilateral, y sin una declaración judicial previa”.

El art. 22 de la ley ofrece vías generales para acreditar el momento del cese de la convivencia, que para el caso de los juicios de divorcio impiden que pueda entenderse que la convivencia ha cesado en fechas anteriores a las que se indican en los artículos 22 y 25. Limitación que no es formalmente extensible a los juicios de separación, en donde los cónyuges podrían probar el cese con otros medios, aunque la confesión no es por sí misma suficiente¹².

2. TIPOS DE SEPARACIÓN DE HECHO

De acuerdo con la ley, en particular de lo que se regula en el art. 26 inciso 2°, puede distinguirse entre separación de hecho consentida o no consentida, según si se ha aceptado o no el cese por ambos cónyuges. Es la separación de hecho no consentida –y luego controvertida– la que impone la necesidad de probar su cese efectivo (en el cual puede incluso controvertirse el ánimo de permanencia). Esto puede llevar al juez a estimar insuficiente la sola prueba del inicio del cese, particularmente en materia de divorcio, pues, cuando éste se invoca unilateralmente y se controvierte la causal, ello supone que deberá acreditarse un cese efectivo de la convivencia prolongado por al menos tres años.

3. FUNCIONES DE LA SEPARACIÓN DE HECHO

Puede reconocerse como primera función a la separación de hecho el poner fin a una desavenencia familiar, al menos en lo que a la alteración de la convivencia se refiere. Finalidad básicamente de estabilidad y de paz familiar, que los cónyuges siempre habían podido lograr bajo la legislación derogada, separándose o abandonando uno al otro, más allá del amparo legal que podía tener esta situación, y que ahora queda reconocida y, en ciertos casos, legitimada jurídicamente.

Junto a esa primera y principal función legitimadora, la “*separación de hecho*”, que reconocen los arts. 21 a 25 de la ley, tiene al menos

¹² Esta circunstancia ha sido criticada por Barrientos y Novales, *Nuevo Derecho*, cit., p. 313: “[l]a ley de Matrimonio civil debió, en esta materia, haber asumido la terminología comúnmente recibida en derechos extranjeros del “cese efectivo de la convivencia”, con lo cual se habría evitado esta absurda posibilidad de la que aquí se trata, o haber exigido directamente que sólo pudiera demandarse la separación judicial cuando constare fehacientemente el cese de la convivencia por la concurrencia de alguno de los actos o instrumentos que le otorgan fecha cierta, y que son regulados a propósito de la separación de hecho, que es lo que debería aplicarse judicialmente y por analogía”.

otras dos funciones bien precisas. Por una parte, servir causa a los pactos de regulación de sus relaciones mutuas, especialmente en materia de alimentos, sea entre ellos como respecto de sus hijos y lo mismo en cuanto al cuidado personal de ellos y la relación directa y regular que debe mantener el cónyuge que no recibe la tuición.

La otra función que puede asignársele es la de servir como presupuesto fáctico inicial para acreditar el cese de la convivencia, que la misma ley contempla como causal para pedir la separación judicial (cfr. art. 27) o el divorcio (art. 55)¹³. Y remarco la idea de supuesto "fáctico inicial", porque las pruebas de cese de la convivencia que establecen los arts. 22 a 25 no acreditan por sí mismos el cese de la convivencia que es necesario para instar por el divorcio o la separación judicial, cuando la causal esté controvertida por la parte contraria. El cese de la convivencia, en ambos casos –insisto– exige no sólo una separación física, es decir, que los cónyuges ya no vivan juntos, sino, además, que exista un ánimo de permanecer separados y, adicionalmente, para el caso de divorcio, que ello se haya prolongado al menos por uno o tres años¹⁴.

4. SEPARACIÓN JUDICIAL

4.1. Causales

Junto a la separación de hecho, la ley en el párrafo 2° del Cap. III, regula la separación judicial.

Las causales de la separación judicial pueden distinguirse en dos: i) por falta imputable de uno de los cónyuges, o ii) por cese de la convivencia.

¹³ Aunque, como se ha dicho, se advierte una diferencia entre separación judicial y divorcio, fundada en el artículo 55 inciso 4° de la ley, respecto de las pruebas del cese de la convivencia que ofrecen los artículos 22 y 25 de la ley. En efecto, la disposición señala que para el caso de divorcio, se entenderá que el cese no se ha producido con anterioridad a las fechas que se derivan de los artículos 22 y 25, según corresponda. Esta limitación no parece aplicable a la separación judicial, por lo que el cese de la convivencia puede acreditarse por otros medios probatorios.

¹⁴ Dice el inciso 3° del art. 55: "*Habrà lugar también al divorcio cuando se verifique un cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, a lo menos, tres años, salvo que, a solicitud de la parte demandada, el juez verifique que el demandante, durante el cese de la convivencia, no ha dado cumplimiento, reiterado, a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo*". En este sentido no comparto el criterio de Barrientos y Novales, *Nuevo Derecho*, cit., p. 304, cuando indican que uno de los efectos de la separación de hecho es que sirve de causa para "impetrar el divorcio", si no se precisa, que sólo sirve de causa por sí misma, si se pide de común acuerdo, o no se controvierte el hecho del cese de la convivencia. Pues, de existir discrepancia entre los cónyuges respecto del cese de la convivencia, la prueba del art. 21 y siguientes será, en mi criterio, insuficiente".

4.2. Separación judicial por falta imputable a uno de los cónyuges

De acuerdo con el art. 26, la separación judicial puede 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 le impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común*".

Las causales de divorcio del art. 54 constituyen descripciones de conductas que, al estar ya valoradas por la ley, han de considerarse como comportamientos graves que pueden ser invocados como supuestos de separación judicial¹⁵.

La ley establece al menos dos restricciones para los efectos de pedir la separación por esta causal:

- a) no podrá invocarse el adulterio cuando exista previa separación de hecho consentida por ambos cónyuges.

No queda claro qué quiere decir el Código por "*separación de hecho consentida por ambos cónyuges*", y tal parece que debiera tratarse de un consentimiento formalizado en algunos de los instrumentos que exige el art. 22. Pero en ningún caso puede tratarse de un estado de separación de hecho que derive de la circunstancia de que uno de los cónyuges ha abandonado el hogar común, motivado precisamente por el adulterio en que han caído él mismo o su cónyuge. Es decir, no puede entenderse como consentido un cese de la convivencia impulsado por un comportamiento que importa una causal de separación por culpa.

- b) no podrá pedir la separación el cónyuge a quien deba imputarse esta causa de separación.

Así queda dicho en el inciso final del artículo 26 que dispone: "[e]n los casos a que se refiere este artículo, la acción para pedir la separación".

¹⁵ Dicen a este respecto Barrientos y Novales, *Nuevo Derecho*, cit., pp. 309-310: "[l]a descripción de esta causa de separación judicial es idéntica a la que la ley ha establecido para impetrar el divorcio en el artículo 54, y salvadas las críticas dogmáticas y técnicas que puedan realizarse a una doble atribución de efectos a una sola y misma causa que se refiere en principio a la perturbación de uno de los deberes del matrimonio constituido por el de la convivencia conyugal, en el inciso 2 del referido artículo existe una enumeración no taxativa de los hechos que configuran la causa de 'falta imputable', por lo cual ellas pueden tenerse presente, por analogía, en las causas de separación". En el mismo sentido Muñoz Sánchez, "De la separación de los cónyuges en la Ley de Matrimonio Civil", cit, p. 54.

ción corresponde únicamente al cónyuge que no haya dado lugar a la causal¹⁶.

4.3. Separación judicial por cese de la convivencia

El art. 27 establece otro supuesto de separación judicial, “*cuando hubiere cesado la convivencia*”, que, a su vez, admite una nueva distinción.

4.3.1. Por demanda de uno de los cónyuges

Se trata de un causal de separación impulsada por cualquiera de los cónyuges, incluso el que ha abandonado el hogar común¹⁶.

Dado el paralelismo entre divorcio y separación judicial, no es de extrañar que esta causal pueda ser invocada unilateralmente, incluso por el cónyuge culpable del término de la convivencia. Y en el contexto de la ley no puede dejar de advertirse el contrasentido que surge de considerar que, si el cónyuge inocente no quiere incurrir en otra causal de separación, debería mantenerse en el hogar común. Pero, claro, si se entiende que el cese de la convivencia se produce incluso en el evento de que los cónyuges viviendo bajo el mismo techo ya no se traten como tales, quiere decir que la situación es bastante más compleja para el cónyuge inocente¹⁷.

Por otra parte, debe decirse que a diferencia de la causal de divorcio por cese de la convivencia, en este caso la ley no pone un plazo de duración previo para instar por la separación –ni siquiera parece limitar la prueba del cese, como hemos dicho, a excepción de la confesión de los cónyuges–, lo que puede llevar al absurdo de que un cónyuge abandonado pudiera verse demandado judicialmente de separación, tan pronto como su marido o mujer voluntariamente abandonaren el hogar común.

Esta circunstancia refuerza aún más la idea que hemos planteado de que el cese de la convivencia no se configura con el solo hecho de que los cónyuges no vivan juntos, si ello no va acompañado con la voluntad, al menos en uno de los cónyuges, de que esa ruptura sea definitiva.

¹⁶ Barrientos y Novales, *Derecho de*, cit., p. 314, critican la norma: “se echa en falta una regla semejante a la del inciso final del artículo 26 tocante a la separación judicial impetrada por “falta imputable” al otro cónyuge, que veda a aquél que ha dado lugar a la “causal” la facultad para ejercer la acción para pedir la separación”.

¹⁷ Una razón que abona la doctrina que afirma que el cónyuge demandado de divorcio por cese de la convivencia puede oponer la separación judicial.

4.3.2. Por solicitud conjunta de ambos cónyuges

Similar al caso anterior, esta causal de separación judicial se funda en el cese de la convivencia; pero, a diferencia de aquel, en este caso ambos cónyuges piden la separación, lo que de alguna manera acredita el hecho de que en los cónyuges existe voluntad seria de no vivir juntos. Tampoco se exige plazo previo al cese de la convivencia.

5. EL CESE DE LA CONVIVENCIA SUPONE VOLUNTAD DE PERMANENCIA

Como he adelantado, me parece que el cese de la convivencia que es necesario acreditar para instar tanto por la separación judicial, como por el divorcio, se configura a base de dos elementos. Una separación efectiva de cuerpos y el ánimo, recíproco o al menos del que la invoca, de mantenerse separados en el tiempo¹⁸; hay, por lo tanto, una necesidad de calificación jurídica del hecho de la separación¹⁹. La mera constatación fáctica de que los cónyuges no viven juntos no puede ser suficiente para dar lugar a la separación judicial –tampoco al divorcio– porque ambos cónyuges, o al menos uno de los dos, pueden estar impedidos de hacerlo, y existir voluntad de mantenerse unidos. Como se ha dicho, el hecho de que los cónyuges no vivan juntos no necesariamente supone una ruptura de la vida conyugal, si se abonan razones que expliquen esta situación. Es decir, puede existir una voluntad de mantenerse unidos, no obstante la ausencia de convivencia²⁰.

De otro lado, la reanudación de la vida en común, en el caso de separación judicial o el divorcio, pone fin al procedimiento, cuando se invoca la separación judicial (artículo 38) o interrumpe los plazos en

¹⁸ Cfr. Doral, José Antonio, "Capítulo VII De la Separación", en *Matrimonio y Divorcio, Comentarios al Libro Primero de Código Civil*, Civitas, Madrid, Segunda Edición, 1994, p. 834 "l[la] separación de hecho ha de reunir un elemento material –ausencia de vida en común– y un elemento psicológico, una razón o fin determinante que es si es la voluntad se convierte en ruptura". En el mismo sentido, Mazzinghi, Jorge Adolfo, *Derecho de Familia, Separación personal y divorcio*, Tomo III, 3ª Edición, Ábaco, Buenos Aires, 1996, p. 425: "l[el] la separación de hecho hay un primer elemento de carácter material, que consiste en el apartamiento físico de los cónyuges. Hay también un elemento intencional, a veces pretendido por las partes y otras veces sugerido por las circunstancias".

¹⁹ Doral, "Capítulo VI" cit., p. 834 "l[la] separación de hecho es una noción jurídica y, por tanto, un problema de calificación".

²⁰ Los profesores Barrientos y Novales, *Nuevo Derecho*, cit., pp. 312 y 313, hacen ver que el término "cese efectivo de la convivencia", debiera haber sido más preciso, para evitar "una eventual demanda fundada en una ausencia ocasional del cónyuge, motivada en razones diversas a la voluntad de hacer cesar la convivencia entre marido y mujer". Reconocen así el elemento intencional o voluntario, para configurar el cese de la convivencia.

caso de divorcio (artículo 55 *in fine*), cuando se produce “con ánimo de permanencia”, lo que confirma la importancia del elemento anímico o intencional.

Es claro que este elemento inmaterial que visualizamos como configurador del estado de separación sólo será verdaderamente relevante cuando el cese de la convivencia esté controvertido por el cónyuge demandado, pues de otra manera la solicitud conjunta de la separación es prueba contundente del hecho de la cesación de la convivencia. Si hay controversia, la falta de voluntad de unirse no puede probarse con la pura demanda de separación –o divorcio– como los plantea Borda en Argentina²¹, porque hace falta que el cese de la convivencia se proyecte en el tiempo, con ambos elementos.

III. LA ACCIÓN DE DIVORCIO, SUS CAUSALES. LAS SIMILITUDES CON LAS CAUSALES DE SEPARACIÓN JUDICIAL

La ley establece el divorcio, como vía de terminación del matrimonio, fundado en dos tipos distintos de causales.

Por un lado, el cese de la convivencia, que puede ser invocado como presupuesto tanto para el divorcio consentido, en cuyo caso sólo será necesario acreditar el cese por un año. O bien, cuando es invocado por uno de los cónyuges, para lo cual el cese “efectivo” debe haberse prolongado por al menos tres años (cfr. arts. 55 LMC). El adverbio “efectivo” que se agrega –pese a que no aparece en el inciso 1° del artículo 55, ni en la separación judicial ni tampoco en la de hecho– ayuda a entender con mayor claridad el sentido de la causa de separación: no basta un mero cese de la convivencia, sino que éste de haberse producido realmente –con ánimo de mantenerse en el tiempo– y haberse prolongado por tres años.

Por otro, está el denominado divorcio “por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones con los hijos, que torne intolerable la vida en común”.²²

²¹ Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil, Familia I*, Novena Edición Ampliada y Actualizada, Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 448, al explicar el elemento psicológico –la falta de voluntad de unirse– afirma: “[n]o es necesario que la falta de voluntad de unirse exista en los dos cónyuges: basta que uno la tenga para hacer viable la acción de separación o divorcio (...). Siendo así, es decir, si es suficiente la falta de voluntad de unirse en uno de los cónyuges, es evidente que no es necesario producir prueba de la falta de voluntad de unirse, porque la demanda de separación o divorcio es la mejor prueba de que al menos el demandante no tiene voluntad de unirse”.

²² La ley precisa en la disposición supuestos en que se da esta situación, que naturalmente no son taxativos.

Como puede apreciarse, entre separación y divorcio existe un ámbito de similitud entre las causales de separación judicial y de divorcio, pues ambas proceden ya sea por cese de la convivencia o por falta imputable al otro cónyuge.

En el primer caso la causal es la misma, aunque formulada con un mínimo matiz de diferencia. En caso de divorcio, el art. 54 señala que puede *“ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común”*.

El ámbito de similitud de las causales, para instituciones diferentes, supone una comunicación entre ellas, e impone, inevitablemente, la necesidad de considerar en conjunto ambas instituciones, a la hora de analizar una estrategia de defensa. De otra manera, me parece que no puede existir duda de que una sentencia judicial en un juicio de separación necesariamente tiene impacto en un eventual juicio de divorcio, en particular cuando se invocan pretensiones basadas en los mismos hechos.

IV. POSIBLES EXCEPCIONES Y DEFENSAS

Luego de este excursus dogmático, creo que podemos aproximarnos al núcleo de este trabajo, y ofrecer algunas estrategias que sean funcionales al objetivo propuesto: obtener protección judicial para un cónyuge que quiera mantener el vínculo matrimonial.

1. EL CÓNYPUGE DEMANDADO DE DIVORCIO: LAS CUESTIONES QUE PLANTEA EL CESE DE LA CONVIVENCIA

Lo primero que habrá de hacer un cónyuge demandado de divorcio es analizar la causal invocada, a fin de apreciar si efectivamente ésta se condice con las exigencias que impone la ley.

Es obvio que un cónyuge que es demandado de divorcio, si no ha dado lugar a una causal de divorcio imputable, sólo podrá ser demandado por “cese de la convivencia”, y dado que el divorcio no está consentido, deberá haber durado al menos tres años. Los extremos técnicos de la defensa girarán en torno a la prueba de que efectivamente no hubo cese, en cuyo caso es importante analizar ambos elementos, tanto el fáctico, es decir, la falta de vida en conjunto por parte de los cónyuges, como el espiritual o psicológico: la voluntad de no vivir juntos. El lapso exigido por la ley puede permitir controvertir

el plazo de tres años, en el sentido de que el cese no se ha prolongado por el tiempo legalmente necesario. En ese sentido, conviene reiterar que la prueba del cese de la convivencia que establece el art. 22 de ninguna manera es prueba completa de que efectivamente ella no se hubiera interrumpido.

2. LA DEMANDA CONTRAVENCIONAL POR DIVORCIO CULPABLE

Cada vez que un cónyuge se ve expuesto a una demanda de divorcio por cese de la convivencia que no pueda ser controvertida, deberá analizarse la posibilidad de contravenir, pidiendo se declare el divorcio por culpa. Es decir, que efectivamente habrá de terminarse con el matrimonio, pero por hecho o falta imputable al otro cónyuge, basada en el artículo 54 de la ley, y naturalmente en la medida de que los hechos invocados permitan encuadrar la causal, sea específicamente o al menos de una manera genérica. Naturalmente así no satisfaremos el objetivo que nos hemos propuesto; pero, talvez, pueda ser una opción procesal, que ayude a obtener una solución al conflicto al margen del divorcio mismo. Y, en todo caso, puede obtenerse una solución más beneficiosa para el cónyuge afectado.

3. LA IMPORTANCIA DE LA SEPARACIÓN JUDICIAL

Como se ha dicho, la separación judicial puede ser una alternativa al divorcio, si es bien manejada procesalmente.

En el evento de que un cónyuge esté separado de hecho, puede evaluarse la posibilidad de instar directamente por la separación judicial, sin esperar la demanda de su consorte. La causal de la cesación siempre estará disponible desde el momento que la ley no exige plazo previo.

Pero también podría pedirse la separación judicial, en cuyo caso el cónyuge demandado estará inhibido de pedir el divorcio, como pretensión contravencional, si es que no se ha configurado el tiempo legalmente exigido (tres años). La sentencia que acoja la separación judicial impedirá al cónyuge demandado pedir el divorcio no sólo por causa imputable, porque el supuesto es que él incurrió en la causal, sino también por cese de la convivencia. Legalmente la sentencia impide volver a discutir sobre el hecho de nuevo. Precisamente la separación judicial libera a la partes de vivir juntos, por lo que no puede plantearse el cese como supuesto para pedir el divorcio. Sería un contrasentido.

En general, puede afirmarse que cada vez que exista una sentencia de separación judicial, en el futuro no podrá discutirse el divorcio, basado en los mismos hechos que han motivado la separación²³.

V. CONCLUSIÓN

Puede afirmarse, como criterio general, que el divorcio no es un derecho de los cónyuges, bajo la nueva Ley de Matrimonio Civil.

Por lo mismo, conforme con el artículo 3° de la ley, el juez, como criterio superior de actuación, debe siempre procurar “preservar y recomponer la vida en común en la unión matrimonial válidamente contraída”.

Lo anterior permite afirmar que las causales de divorcio o separación siempre pueden controvertirse, lo que obliga al que pretende algo basada en ellas a ofrecer pruebas legales sobre los extremos en que apoya sus pretensiones.

Por último, la diversa naturaleza de la separación judicial y el divorcio, pese a las similitudes que presentan, permite establecer una fuerte comunicación entre una sentencia de separación judicial y un juicio de divorcio. Como regla general, puede afirmarse que no podría pedirse un divorcio basado en los mismos hechos que han servido de base para el pronunciamiento de una sentencia de separación judicial.

²³ Para una mayor profundización sobre el tema, Vid. Mi trabajo en *Ius et Praxis*, cit.

¿POR QUÉ UNA LEY CIVIL DE DIVORCIO ES INJUSTA?

JOSÉ JOAQUÍN UGARTE GODOY

Profesor de Derecho Civil y

Filosofía del Derecho

Pontificia Universidad Católica de Chile

I. EL DERECHO NATURAL

Hay cosas que están prohibidas, porque son malas, como asesinar o vender un juez su sentencia, y cosas que, a la inversa, son malas, porque están prohibidas, como extraer locos en época de veda o conducir por la izquierda; y hay, asimismo, cosas que están mandadas, porque son buenas, como criar y cuidar a los hijos, u honrar a los padres, y en cambio cosas que son buenas, porque están mandadas, como pagar el impuesto al valor agregado o conducir por la derecha. Las prohibiciones y los mandatos que siguen a la naturaleza misma de las cosas constituyen lo que la tradición filosófica denomina "derecho natural". Y las prohibiciones o mandatos que fundadas en conveniencias circunstanciales hacen malas o buenas cosas que en sí mismas no son tales, como puestos por el hombre, se llaman "derecho positivo".

Aristóteles explicó muy bien esta diferencia entre el derecho natural y el positivo, si bien no pensó que la indisolubilidad del matrimonio fuese de derecho natural:

"De lo justo político —dice— una parte es natural, otra es legal. Natural es lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de nuestra aprobación o desaprobación. Legal es lo que en un principio es indiferente, que sea de este modo o del otro, pero que una vez constituidas las leyes deja de ser indiferente; por ejemplo, pagar una mina por el rescate de un prisionero"¹.

¹ Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, I.V., c. VIII, 1134 b, versión de Antonio Gómez Robledo, Universidad Autónoma de México, 1983, México.

También Aristóteles, tratando de que la virtud es un cierto medio, sostiene que hay acciones buenas o malas en sí mismas:

“No toda acción, empero –expresa–, ni toda pasión, admiten una posición intermedia. Algunas se nombran precisamente implicadas con su perversión, como la alegría del mal ajeno, la impudencia, la envidia; y entre las acciones, el adulterio, el robo, el homicidio. Todas estas cosas son objeto de censura por ser ruines en sí mismas, y no por sus excesos ni por sus defectos. Con respecto a ellas no hay manera de conducirse rectamente jamás, sino que siempre se yerra”².

Para Aristóteles, por otra parte, Dios es el principio y el fin de la ley natural. Por lo tocante al principio dice:

“Ahora bien, está claro que así como en el universo, así aquí también todo es movido por Dios, porque de cierto modo todo lo mueve lo divino en nosotros. El principio de la razón no es la razón, sino algo superior; ahora bien, ¿quién sino Dios puede ser superior a la ciencia y al intelecto?”³.

Y por lo tocante al fin, dice Aristóteles:

“Aquel modo, por consiguiente, de elección y adquisición de bienes naturales que promueva en mayor medida la contemplación de Dios (sean bienes corporales, riquezas, amigos y otros bienes) será el modo mejor y la más bella norma, y será mala, por lo mismo, la que por defecto o por exceso nos impida servir y ver a Dios”⁴.

Ya Platón había dedicado su célebre diálogo “El Critón” a enseñarnos que hay cosas malas en sí mismas, que ningún buen fin puede justificar. En esa obra se analiza el caso de Sócrates, a quien se ofrece huir para evitar la ejecución de su inicua condena, mediante el soborno de un funcionario, y se concluye que ese soborno es una conducta mala en sí misma, que ni siquiera con un buen fin puede realizarse.

También para Platón es Dios el principio y el fin de la ley natural. En Las Leyes, comparando a los hombres con marionetas, nos dice que las pasiones son hilos de hierro que los mueven, y que la ley común de la ciudad, que es la sagrada norma de la razón, es el hilo de oro con que Dios mueve el alma humana⁵; y añade que “con toda

² Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, 1107 a 9 y ss., ed. cit.

³ *Ética Eudemia*, 1248 a 26-29, traducción de Antonio Gómez Robledo, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, México.

⁴ *Ética Eudemia*, 1249 b, ed. cit.

⁵ *Leyes*, 645 a.

certeza Dios ha de ser para nosotros la medida de todas las cosas"; y nos lo presenta también como el fin del hombre: "El que haya de ser amado por Dios —expresa— es necesario que se haga a sí mismo, hasta donde alcancen sus fuerzas, semejante a Él"⁶.

Cicerón posteriormente desarrolló más la misma idea: "La ley —dijo— es la suprema razón, impresa en la naturaleza, que manda aquellas cosas que deben hacerse y prohíbe las contrarias"⁷, y añadió que "ni puede existir la mente divina sin la razón, ni no tener la razón divina este poder para establecer lo bueno y lo malo"⁸.

También dio Cicerón una bella y luminosa explicación de la ley natural en este famoso texto:

"Hay, sin duda, una ley verdadera, la recta razón congruente con la naturaleza, difundida entre todos, constante, sempiterna; que mandando llama al deber, prohibiendo aparta del delito; la cual, empero, no ordena ni prohíbe en vano a los buenos, ni mandando o prohibiendo mueve a los malos. No es posible sea dejada sin efecto por otra ley, y no es lícito derogarla en todo ni en ninguna de sus partes; ni podemos en verdad ser desligados de esta ley por el Senado ni por el pueblo; y no hay que buscar expositor o intérprete distinto de ella ni será una ley en Roma, otra en Atenas; una ahora, otra después, sino que regirá una sola ley a todas las naciones y en todo tiempo, sempiterna e inmutable; y habrá un solo Dios como maestro común y jefe de todos, autor, juzgador y promulgador de esta ley, a la cual quien no obedezca huirá de sí mismo, y renegará de la naturaleza humana, y por ello sufrirá las mayores penas, incluso si evitare las otras penas que son tenidas por tales"^{8 bis}.

Además, Cicerón sacó implacablemente la consecuencia de que la ley positiva contraria al derecho natural no es verdadera ley, ni aun si la ha aprobado el mismo pueblo: "¿Y qué, porque muchas cosas —dicese— aprueban en las naciones perniciosamente, muchas pestíferamente, que no merecen el nombre de ley más que si unos ladrones decretaran algo en una junta suya? Pues ni podrían llamarse con verdad preceptos de médicos, si ignorantes e imperitos han recetado como saludables cosas mortíferas; ni en un pueblo, ley, aquélla que haya sido de cualquier manera, incluso si el pueblo ha aceptado, algo pernicioso. Luego es ley la distinción de lo justo y lo injusto, expresada según aquella antiquísima naturaleza primera de todas las cosas, a

⁶ *Leyes*, 716 c.

⁷ Cicerón, *De las leyes*, I: "*lex est ratio summa, insita in natura, quae iubet ea, quae faciendae sunt prohibetque contraria*".

⁸ Cicerón, *De las leyes*, L. II, IV: "*Neque enim esse mens divina sine ratione potest, nec ratio divina non hanc vim in rectis pravique sancientis habere*".

^{8 bis} República III, 33.

la cual se encaminan las leyes de los hombres que castigan a los malos y defienden y cuidan a los buenos”⁹.

Los jurisconsultos romanos participaban también de estas ideas. Marciano hacía suya la definición de la ley de Demóstenes: “Es ley aquello a lo que todos deben obedecer, entre otras muchas razones, principalmente porque toda ley es hallazgo y don de Dios, dogma de hombres prudentes, corrección de las faltas tanto voluntarias como involuntarias, y convenio común de la ciudad, según el cual deben vivir todos los que en ella se encuentran”¹⁰.

Gayo, por su parte, reconoce dos clases de derecho: el de gentes, que es el que otros llaman natural, para él, y el civil o positivo, propio de cada ciudad; y define el de gentes como “el que la razón natural establece entre todos los hombres”¹¹.

Para Ulpiano el derecho natural es aquella parte tan natural del derecho que incluso –por cierta analogía– puede decirse que la practican los animales; y el derecho de gentes es el que es común a todos los hombres con prescindencia de la ciudad (Estado) a que pertenezcan. Definía el derecho natural así:

“Es derecho natural aquél que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es propio del género humano, sino común a todos los animales de la tierra y el mar. De ahí deriva la unión del macho y la hembra que nosotros denominamos matrimonio; de ahí la procreación de los hijos y de ahí su educación. Pues vemos que también los otros animales, incluso los salvajes, parecen tener conocimiento de este derecho”¹².

El derecho de gentes lo define Ulpiano en estos términos:

“Es derecho de gentes aquel que usan todos los pueblos. El cual puede entenderse fácilmente que se distingue del natural, porque el natural es común a todos los animales y el de gentes únicamente a los hombres entre sí”¹³.

Cicerón había sido, al parecer, el primero en distinguir entre derecho natural y derecho de gentes, aunque sin referir el primero en

⁹ *De las leyes*, II, V: “*Quid, quod multa perniciose, multa pestifere sciscuntur in populis, quae non magis legis nomen attingunt, quam si latrones aliqua consessu suo sanxerint? Nam neque medicorum praecepta dici vere possent, si quae inscii imperitique pro salutaribus mortifera conscripserint; neque in populo lex, cuiusmodi fuerit illa, etiam si perniciosum aliquid populus acceperit. Ergo est lex, justorum injustorumque distinctio, ad illam aantiquissimam et rerum omnium principem expressa naturam, ad quam leges hominum diriguntur, quae supplicio improbos aafficiunt, defendunt ac tuentur bonos*”.

¹⁰ *Digesto*, Lib. I, tít. 3, n° 2.

¹¹ *Digesto*, Lib. I, tít. 1, 9.

¹² *Digesto*, L. I, tít. 1, 13.

¹³ *Loc. cit.*

modo alguno a los animales. El derecho natural es el que el hombre conoce no a causa de una opinión, sino por cierta virtud innata “como la religión, la piedad, la gratitud, la defensa, el respeto, la veracidad”¹⁴. El derecho de gentes es para Cicerón el que deriva del natural necesariamente y ha sido desarrollado por el uso¹⁵.

Hemos hecho esta breve reseña del origen histórico del iusnaturalismo, para desvanecer el error, por desgracia bastante difundido, de que la doctrina del derecho natural tiene su principio en la Teología cristiana. En verdad es pre-cristiana, y propia de toda la tradición. Por eso dice Werner Jaeger: “Toda nuestra tradición occidental descansa sobre esta construcción griega clásica del mundo del derecho, que presupone un cosmos en el cual el individuo humano es referido a un orden de cosas divino”¹⁶.

Ya en la Filosofía cristiana, San Agustín, a semejanza de Cicerón, concibe la ley natural, existente en la naturaleza del hombre y conocida por su mente, como efecto y proyección de una idea ordenadora o ley eterna existente en Dios. San Agustín había tomado de Platón y los neoplatónicos la concepción de que las ideas causan las realidades, pero poniendo aquéllas en la mente de Dios en calidad de causas ejemplares, como fuentes del ser y de la inteligibilidad de las cosas. De esta manera dio su perfecta fundamentación metafísica —que pasaría después a Santo Tomás de Aquino— a la ley natural. La ley eterna es para San Agustín “la razón o voluntad de Dios que manda sea conservado el orden natural y prohíbe sea perturbado”¹⁷; y la ley natural es “la transcripción hecha en las mentes de los hombres de la misma ley eterna y de tal manera de la suma e inconmutable razón divina”: “*ipsius legis aeternae atque adeo summae et incommutabilis rationis divinae in mentibus hominum facta transcriptio*”¹⁸.

Al igual que Cicerón, San Agustín enseña expresamente que la ley injusta no es ley: “*Non videtur esse lex, quae iusta non fuerit*”: “No parece que sea ley la que no sea justa” (sobre el Libre Arbitrio, I, c. 5).

¹⁴ *De Inventione Rhetorica*, lib. 2, c. 22.

¹⁵ *De Inventione Rhetorica*, lib. 2, c. 53.

¹⁶ Werner Jaeger, *Alabanza de la ley*, traducción publicada por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, p. 78.

¹⁷ Contra Fausto, XXII, 27: “*Ratio vel voluntas Dei, ordinem naturalem conservari iubens, perturbari vetans*”. En otra parte define San Agustín la ley eterna así: “La ley eterna es la razón existente en la mente de Dios por la cual todas las cosas son dirigidas a sus fines por medios convenientes”: “*Lex aeterna est ratio in mente Dei existens, qua res omnes per consentanea media in suos fines diriguntur*” (*De libero arbitrio* 1,5).

¹⁸ San Agustín, citado por José Cortés Grau, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Editorial Nacional, Madrid, 1968, t. I, p. 241.

Para Santo Tomás de Aquino, seguidor de esta tradición, la ley eterna es “la razón de la divina sabiduría que mueve todas las cosas a su debido fin”¹⁹, o “la razón de la divina sabiduría en cuanto dirige todos los actos y movimientos”²⁰. Y la ley natural es definida por Santo Tomás como “la participación de la ley eterna en la creatura racional”²¹.

Quien no comparta las ideas filosóficas sobre el derecho natural, o sobre su fundamentación metafísica, puede, no obstante, conocer y admitir que hay cosas en sí mismas malas o buenas, aunque no conozca los primeros principios en virtud de los cuales esto se explica. Basta para ello el sentido común. Cualquiera sabe que ninguna causal, por ejemplo, puede justificar el cohecho de un juez, o una discriminación arbitraria, o volver mal por bien.

Las líneas que siguen apelan, pues, ante todo, al sentido común, sin perjuicio de que aspiren también a la persuasión filosófica de quienes se empeñen en remontarse a las causas primeras.

II. EL DIVORCIO DESTRUYE LA FAMILIA Y CORROMPE LA SOCIEDAD

A la luz de lo expuesto en el apartado anterior, cabe preguntarse si el divorcio se prohíbe, porque es malo, o si es malo, porque se lo prohíbe; o, lo que es lo mismo, si atenta contra el derecho natural: si es naturalmente injusto. Para responder argumentaremos primeramente en forma deductiva, a partir de los fines del matrimonio, y luego inductivamente a partir de las estadísticas.

A. LOS FINES DEL MATRIMONIO LO HACEN NECESARIAMENTE INDISOLUBLE

Las conductas son malas cuando contravienen la naturaleza y fines del hombre y de las instituciones a través de las cuales se desenvuelve su vida. Esto es obvio y puede aceptarlo cualquiera que admita el principio de no contradicción, aunque no acepte las especulaciones filosóficas sobre el derecho natural.

¹⁹ *“Ratio divinae sapientiae moventis omnia ad debitum finem”* (Suma Teológica, 1-2, q. 93, a.1.c.).

²⁰ *“Ratio divinae sapientiae, secundum quod est directiva omnium actuum et motionum”* (loc. cit.).

²¹ *“Participatio legis aeternae in rationali creatura”* (Suma Teológica, 1-2, q. 91, a.2.c.).

A.1. Los fines del matrimonio

Todo viviente mortal tiende a dejar tras de sí semejantes, como lo consigna Aristóteles en la *Política*. Por otra parte, al ser cada individuo humano una versión limitada de la humanidad, la perfección de ésta no puede buscarse en el individuo, sino en el conjunto de la especie. Tales son las razones que hacen necesaria la reproducción de los hombres. En vista de ella ha instituido la naturaleza la diferencia de los sexos.

Como los pulmones están destinados a llenarse de aire antes para oxigenar la sangre y producir la combustión de los alimentos que para satisfacer las necesidades respiratorias, así la unión sexual existe antes para la reproducción que para la convivencia conyugal, lo que no quita, por cierto, que esa convivencia no sea un fin fundamental de aquella unión, como lo es también el aplacar la necesidad de respirar para el lleno de aire de los pulmones. Por eso se dice que el fin primario del matrimonio es la procreación y crianza de los hijos, y el secundario la convivencia conyugal. Aristóteles, sin establecer explícitamente esa jerarquía, ni usar la nomenclatura de fin primario y fin secundario, discurre evidentemente sobre esa base²². Así lo entendió, por lo demás, el gran Francisco de Vitoria²³. Hemos de añadir que el fin secundario es fin y no medio, y por eso justifica el matrimonio cuando por esterilidad no se dan hijos; pero es secundario, porque en la intención evidente de la naturaleza existe a causa del otro fin, y no puede por eso prevalecer jamás contra él. Mas estos fines, lejos de entrar en pugna, son completamente correlativos: porque el engendrar nuevas personas compromete a la persona entera de los padres, su vida ha de ser común, y la comunidad de vida para ser tal supone pertenencia exclusiva del uno al otro y perpetuidad. De lo contrario no habrá la vida en común. Y recíprocamente, porque la vida es perfectamente común, debe esa comunidad vital consumarse en el fruto de los hijos, que son la unidad real y sustancial de ambas vidas.

La duplicidad y jerarquía de los fines requiere alguna mayor explicación. Porque ninguna entidad o realidad puede tener pluralidad de fines que se hallen en un mismo plano, es decir, que sean todos igualmente definitorios y explicativos de ella. La razón es que la naturaleza de todo ser o realidad creada se estructura en función del fin, en orden al fin: el fin es causa de la forma, como dicen los

²² *Ética Nicomaquea*, L. VIII, c.12.

²³ *Relección sobre el Matrimonio*, 1ª parte, N° 2.

escolásticos; de donde es que una entidad con varios fines tendría varias naturalezas, lo que es metafísicamente imposible. Por eso, la única manera de que una realidad pueda tener más de un fin es que uno sea el último o definitorio, y el otro o los otros estén subordinados a él.

Esta disquisición no es un bizantinismo inútil, pues la jerarquía de los fines es la llave de oro para conocer la moral conyugal: si sobre el bien de los cónyuges y su unión está el fin de la procreación y formación de los hijos, el punto de vista del bien de los hijos será el definitivo: no será lícito nada que parezca fomentar el bien de los esposos si va contra la procreación y crianza de los hijos, y una unión que desde el punto de vista de los cónyuges pueda parecer que ha perdido su sentido, tendrá siempre vigencia por el bien de los hijos, y si no hay hijos, en un caso particular, por la destinación objetiva del matrimonio, como institución social, a la procreación.

A.2. El divorcio atenta contra los dos fines del matrimonio

La disolución del vínculo atenta contra los dos fines del matrimonio. Vulnera el bien de los hijos, porque ellos requieren del concurso de sus dos padres unidos para su crianza, educación, mantención, defensa y equilibrio psíquico: nadie como los padres, de los cuales los hijos son reproducción incluso genética, y de los cuales son también hechura por la connaturalidad que produce la vida familiar, tiene la aptitud para promover el adecuado desarrollo de los hijos; nadie como los padres, por ser su causa, tiene el deber y la conciencia del deber de criar y formar a los hijos. Por otra parte, los hijos deben venir a la vida amados por sus padres, y sintiendo que para ellos son su bien, que los padres darían incluso la vida por ellos, y que no los pospondrán por los placeres, los caprichos o la necesidad de “rehacer su vida”, todo lo “justificada” que ella pueda ser. “Los padres –dice Aristóteles– aman, pues, a sus hijos como a sí mismos; por el hecho de haber sido los hijos arrancados de ellos, son encarnaciones de los padres. Son, pues, de alguna manera, una sola y misma sustancia, aunque en cuerpos distintos” (loc. cit.). Los hijos tienen el derecho natural –o el derecho humano– a vivir con sus padres unidos.

Santo Tomás procede primeramente a demostrar la indisolubilidad refiriéndose al fin primario, argumentando con la continuación de la personalidad de los padres en el hijo. “Es, pues, natural –dice– que la solicitud del padre por el hijo se tenga hasta el final de su vida. Si, por consiguiente, la solicitud del padre por el hijo causa aun en las aves la convivencia del macho y de la hembra, el orden natural exige en la

especie humana que hasta el fin de la vida cohabiten el padre y la madre”²⁴.

El divorcio vincular vulnera también el fin de la convivencia conyugal. Ella se funda en el amor de amistad: querer el bien del otro, y amarlo por ser quién es, y no porque sea un bien para uno, que es como se ama a las cosas²⁵. El matrimonio, como enseña Santo Tomás, es una definición tan acertada como insólita y desconcertante; es ante todo, “cierta indisoluble unión de los espíritus”²⁶. Es como dice el jurisconsulto romano Modestino: “consorcio de toda la vida y comunicación de derecho divino y humano”²⁷, o como se lee en las “Instituciones de Justiniano”: “comunidad habitual e indivisible de la vida”²⁸. El cónyuge no es un bien desechable. El amor de amistad es de suyo perpetuo. La donación de su vida que hace cada cónyuge al otro es de por sí irrevocable: ésa es su gracia y no otra. La naturaleza de la persona, del amor y de la familia, que no son hechas por nosotros ni por el Estado, lo hacen así. Desde este punto de vista el divorcio también es un mal. Y la ley que lo introdujese ampararía la mentira, pues todos los novios se casan y prometen casarse para siempre.

Santo Tomás demuestra la indisolubilidad también con relación al fin secundario del matrimonio, partiendo de la naturaleza del amor de amistad. He aquí el texto:

“La amistad, cuanto mayor es, tanto más es firme y duradera. Entre el varón y la mujer existe máxima amistad, pues se unen no sólo en el acto de la cópula carnal, que aun entre las bestias produce cierta suave sociedad, sino también para el consorcio de toda la vida del hogar; por donde, en señal de esto, el hombre deja por la esposa incluso al padre y a la madre, como se dice en el Génesis”²⁹.

¿Mas, qué decir de las rupturas irremediabiles y del derecho a la felicidad del cónyuge que no sea culpable? Desde luego es muy difícil que haya rupturas irremediabiles: en seguida esta posibilidad, que es previsible, ha sido cubierta por la voluntad de formar una familia que exige indisolubilidad; además, si en tales casos se autorizara el divorcio, los cónyuges no pondrían lo mejor de sí para superar las dificultades que naturalmente pueden producirse; por otra parte, los hijos son el bien fundamental de la familia y los cónyuges separados pueden

²⁴ *Suma Contra Gentiles*, L. 3, c. CXXIII.

²⁵ Aristóteles, loc. cit.

²⁶ *Suma Teológica*, 3ª, q. 29, a. 2c.

²⁷ *Digesto*, L. 23, t. II, 1,1.

²⁸ 1,9,1.

²⁹ *Suma Contra Gentiles*, loc. cit.

ayudarlos mejor si no contraen otro matrimonio que si fundan una nueva familia; aun si no hubiera hijos, el divorcio no podría autorizarse, porque se correría el peligro de que se evitase a los hijos o se atentase contra ellos para tener la posibilidad de divorciarse; y porque, en todo caso, no se haría lo posible por superar las discordias, y el fin de la amistad conyugal debe ser también protegido contra este peligro; de lo contrario, como lo demuestra la experiencia de los países en que existe el divorcio, la ruptura irreparable terminaría identificándose con la voluntad unilateral o abandono. Tal ha sido la dinámica legislativa como lo ha observado el profesor Hernán Corral: ¿Qué más irreparable que la ruptura de un matrimonio en que uno de los dos se quiere ir?³⁰

¿Y qué decir de los casos excepcionalísimos en que tales males no se diesen? Supuesto que los hubiera, la razón de la ley es el peligro de los males y no su efectividad, que sería en la práctica imposible de descartar. Se aplica aquí el conocido principio universal de derecho que recoge el artículo 11 de nuestro Código Civil, de que las leyes que se dan para evitar un peligro común obligan aun en los casos en que se ofrezca demostrar que el mal no se ha de producir. En conclusión, en algunos casos, si los hubiera, de rupturas irremediables en que la disolución no produjese mal, los esposos desgraciados tendrían que sacrificar sus intereses por el bien común.

B. LOS DATOS ESTADÍSTICOS.

B.1. Divorcio y suicidio

Las estadísticas confirman todas estas apreciaciones de sentido común. Al respecto, refiere el profesor Gabriel García Cantero³¹ que, según las encuestas manejadas por los especialistas norteamericanos, hay pocas crisis en la vida de un individuo como el divorcio, siendo inevitable un sentimiento de culpabilidad. Señala el citado autor que los divorciados muestran una mayor propensión a quitarse voluntariamente la vida que los solteros, casados o viudos, y cita investigaciones que trae M. Pittau³² efectuadas en el siglo XIX en Alemania, según las cuales en la década 1848-1857, por cada cien suicidas varones casados hay seiscientos cuarenta y cuatro divorciados en Sajonia; y quinientos

³⁰ Hernán Corral, "Las causales del divorcio ante el Derecho Comparado", en AAVV, *El Divorcio ante el Derecho*, Universidad de los Andes, Santiago, Chile, sin fecha.

³¹ *El Divorcio*, BAC Popular, Madrid 1977.

³² *Il divorzio*, Cagliari, 1968, p. 119.

setenta y cuatro en Württemberg, en el período 1846-1860: y entre las mujeres, en los lugares y épocas indicadas hay doscientas setenta y quinientas treinta y seis suicidas divorciadas, respectivamente, por cada cien casadas.

También hace García Cantero un cuadro a base de datos tomados del *Demographic Yearbook* del año 1972 —en que había aún bastantes países que no permitían el divorcio— de las Naciones Unidas, con la frecuencia de suicidios por cada cien mil habitantes en los países divorcistas y no divorcistas, resultando mucho mayores en general las tasas de suicidio en los primeros que en los segundos (de 36,1 para Hungría, hasta 8,1 para Inglaterra, en los países divorcistas, y de 5,8 para Italia, a 0,6 para Filipinas, en los países no divorcistas).

A propósito de estadísticas, es notable lo que decía el materialista y positivista italiano Enrique Morselli: “Cuando hace muchos años —expresa— recogía datos estadísticos para mi obra sobre el suicidio, me sorprendió vivamente la proporción tan enorme de suicidios entre los divorciados. Amplié más tarde mis investigaciones, y cada vez hallé más confirmada aquella desastrosa, no diré influencia, sino más bien característica del divorcio. A la vez, me fue fácil comprobar que la misma relación existía en las cifras de los delincuentes, locos y prostitutas. De los varios autores consultados, nadie niega que: a) un número de divorciados excesivamente mayor que de casados y célibes, hasta alcanzar la enorme cifra del décuplo y del céntuplo, pone fin a su vida con el suicidio; b) un número poco menor de divorciados terminan poniéndose locos; c) el tributo pagado al delito por los divorciados es mucho mayor en ambos sexos que el pagado por las demás clases de personas; d) entre las mujeres divorciadas se cuenta un número verdaderamente extraordinario de prostitutas”³³.

B.2. Consecuencias del divorcio para los hijos

En la obra *Treinta y tres razones para defender la familia y evitar el divorcio*, publicada por “Familias por la Familia” (Santiago, 1994), se indican también datos estadísticos del mayor interés: a) de los nuevos matrimonios de los divorciados fracasan en Estados Unidos dos de tres; b) en Estados Unidos en 1987, el 82% de menores delincuentes

³³ Enrique Morselli, artículo en la *Rivista di Roma*, 1902, reproducido por Ballerini, en *Matrimonio e divorzio*, pp. 36-40, Milán; citado por Sabino Alonso Morán, en *Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1996, t. XV, introducción a la Cuestión 67, p. 602.

provenían de familias rotas; c) según un estudio del Centro Nacional de Estadísticas de Estados Unidos, los niños con un solo padre tienen entre dos y tres veces más probabilidades de tener problemas emocionales y de conducta que los niños de familias intactas, y un 50% más de posibilidad de tener problemas de aprendizaje; d) según el mismo estudio, en los hospitales estatales de Estados Unidos, más del 80% de los adolescentes con problemas psiquiátricos procede de familias rotas; e) según dos estudios, uno de Kiernan, del *Family Policy Studies Center*, y otro de Martín Richards, de la Universidad de Cambridge, en Inglaterra, el abandono de la escuela o del hogar antes de tiempo es más del doble entre los hijos de divorciados que entre los de familias intactas, y lo mismo la generación de hijos extramatrimoniales; y la convivencia extramatrimonial anterior a los veintiún años es cuatro y media veces mayor entre los hijos de madre divorciada que se ha vuelto a casar que entre los hijos de familias intactas; f) los hijos de padres divorciados tienen el doble de frecuencia de fracaso en el matrimonio que los hijos de familias intactas.

La observación biográfica de las familias de divorciados ha demostrado que lo que es definitivamente malo para los hijos no son las riñas conyugales, sino el divorcio mismo. Dicen al respecto la doctora Judith S. Wallerstein, médica, fundadora y directora del "Centro de la Familia en Transición", de Corte Madera, California, y la escritora Sandra Blakeslee en el libro "Padres e Hijos después del Divorcio":

"Los hijos pueden ser muy felices aun cuando uno o ambos padres sean profundamente desdichados. Sólo uno de cada diez niños entrevistados por nosotras experimentó alivio cuando sus padres se divorciaron. Casi todos ellos eran niños mayores y pertenecían a familiares en los que se habían producido abiertamente escenas de violencia y donde los hijos habían vivido con el temor de que esa violencia les hiciera daño a sus padres o a ellos. Aun así, son pocos los niños que esperan que sus padres se divorcien. Cuando se riñe en el hogar, los hijos confían, contra toda esperanza, que las riñas cesarán y aguardan un futuro más apacible"³⁴.

Luego explican las autoras la razón de ser de esto: "Los niños pierden –dicen– algo que es esencial para su desarrollo: la estructura familiar, el andamiaje que permite a los hijos pasar por las sucesivas etapas de su desarrollo el apoyo psicológico, físico y emocional que necesitan para alcanzar la madurez". "Cualesquiera que sean sus defi-

³⁴ Judith S. Wallerstein y Sandra Blakeslee, en Javier Vergara (editor), *Padres e hijos después del divorcio*, Buenos Aires, 1990, p. 42.

ciencias –continúan las citadas autoras–, la familia es para el niño la entidad que le brinda el apoyo y la protección que él necesita”³⁵.

En el libro “La Familia y Salud de los Jóvenes”, del conocido psiquiatra doctor Ramón Florenzano, leemos que uno de los estudios más sistemáticos sobre la relación entre divorcio y rendimiento escolar es el realizado en Estados Unidos por Giudubaldi y sus colaboradores, quienes compararon 341 niños hijos de divorciados con 358 hijos de familias intactas, y encontraron diferencias estadísticamente significativas a favor de los últimos, que mantenían mejores calificaciones y capacidad de interrelación.

Los hijos de divorciados faltaban más a clases, repetían cursos con mayor frecuencia, tenían peor rendimiento en las pruebas y tenían menos popularidad entre sus compañeros³⁶.

En cuanto al consumo del alcohol y al consumo de drogas, el doctor Florenzano, en base de un estudio hecho por él con otras personas y publicado antes, dice:

“Nuestro estudio antes mencionado encontró que la disfuncionalidad familiar aumenta la vulnerabilidad para el consumo de sustancias químicas. Entre los hijos de estas familias, el consumo frecuente de alcohol aparecía en un 7,4%, en comparación con un 4,2% entre los hijos de familias intactas. Las cifras correspondientes para marihuana era de un 13,7% versus 6,4%, para inhalantes 5,5% versus 2,1%, para anfetaminas 8,2% versus 2,1%, para cocaína 5,5% versus 2,1%, y así sucesivamente. Claramente el consumo frecuente de drogas es más importante cuando hay disfuncionalidad en la familia”³⁷.

Finalmente, concluye el doctor Florenzano refiriéndose a la necesidad de prevenir estos males, que lo mejor para ello es prevenir las crisis conyugales:

“Se presta hoy mucha atención –dice– a la prevención primaria del suicidio, del abuso de drogas y de la delincuencia, y no ponemos en duda la relevancia de estos esfuerzos. Sin embargo, los problemas conyugales y las consecuencias de la disfuncionalidad familiar frecuentemente explican el fenómeno creciente del suicidio juvenil, de las farmacodependencias y de la delincuencia en adolescentes. Por lo tanto, coincidimos con Lieberman cuando afirma que lo central en psiquiatría comunitaria es la prevención de los problemas

³⁵ *Op. cit.*, p. 42. Debe advertirse que estas autoras son partidarias de que se permita el divorcio, p. 417.

³⁶ Ramón Florenzano, *Familia y Salud de los Jóvenes*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1995, pp. 161-162.

³⁷ Ramón Florenzano, *op. cit.*, p. 163.

maritales y conyugales. Muchos problemas futuros, individuales y sociales, son resultantes de la ruptura de la institución familiar³⁸.

B.3. El efecto multiplicador del divorcio

Por último, las estadísticas delatan el efecto multiplicador del divorcio. En Francia desde la reintroducción del divorcio en 1884 hasta 1974, la tasa bruta de divorcios judiciales se había multiplicado por 12. En Bélgica desde 1841 a 1974 el divorcio se había multiplicado por 176³⁹.

El porcentaje de matrimonios disueltos por divorcio entre los años 1966 y 1986 ha aumentado en Estados Unidos del 24% al 62,5%; en Australia, del 8,8% al 34,3%; en Japón, del 8% al 23,4%; en Francia, del 10,2% al 40,8%; en Suecia, del 15,7% al 49,1%; en Uruguay, del 7,7% al 19,3%⁴⁰.

Este efecto multiplicador del divorcio que produce su introducción legal, encuentra su explicación, en primer lugar, en la declaración de licitud del legislador, que tiene por misión, dentro del ámbito del bien común de la sociedad civil, decir lo que está bien y lo que está mal; en segundo lugar, en la desconfianza recíproca que siembra entre los esposos, que es el polo opuesto del amor conyugal; en tercer lugar, en que la ley proporciona para las dificultades que suelen presentarse en la vida conyugal, una salida si bien nefasta e injusta, fácil y expedita; y por último, en el debilitamiento de la institución familiar, que redundando en relajación moral, insuficiente educación, y decepción generalizada de la vida y sus valores.

La experiencia de los países divorcistas es que el divorcio tiene una dinámica propia que va sobrepasando todas las restricciones legales y arrastrando inconteniblemente al sistema jurídico. En esos países se ha observado, en materia de causales de divorcio, una evolución que el profesor García Cantero sintetiza así:

Primero se ha establecido el divorcio como mal menor, para casos muy excepcionales que parecen no tener otro remedio. Las causales son pocas y se delimitan estrictamente. Se concibe el divorcio como sanción a faltas muy graves de uno de los esposos contra sus deberes conyugales. Por eso, se llama a este régimen sistema del divorcio-sanción. Para evitar los abusos, el legislador toma precau-

³⁸ Ramón Florenzano, *op. cit.*, p. 165.

³⁹ García Cantero, *op. cit.*, pp. 89-90.

⁴⁰ José Miguel Ibáñez, *21 Slogans Divorcistas*, Editorial Andrés Bello, 1991, p. 48, datos tomados del *Demographic Yearbook* de las Naciones Unidas.

ciones como exigir una duración mínima del matrimonio, poner límites mínimos y máximos de edad para divorciarse, a veces requerir la anuencia de los parientes, o restringir el divorcio a los matrimonios sin hijos.

Este sistema se ha ido luego abandonando en todas partes. Al principio los que queriendo divorciarse no pueden invocar alguna de las causas legales, las simulan; después el legislador reconoce que la ley ha sido sobrepasada y termina por establecer causales amplias.

A continuación, el legislador advierte que la necesidad de que el cónyuge que pide el divorcio pruebe faltas al otro genera debates judiciales crueles y escandalosos. Entonces se termina por cambiar el sistema, y abandonándose el del divorcio-sanción, se instaura el del divorcio-remedio. Éste no exige causales que supongan culpa en alguno de los cónyuges, sino que una ruptura de hecho irreparable. No se trata, pues, de descubrir quién está en falta, sino de remediar el problema que origina la convivencia que se ha vuelto imposible. De allí el nombre de este régimen. Las causales de este sistema, llamadas "objetivas", son la separación de hecho o jurídicas por cierto plazo, que unos legisladores han fijado en años y otros en meses. También este sistema se va haciendo más flexible, mediante la descripción de causales amplias, como "ruptura irremediable" y otras semejantes.

De allí se pasa al divorcio por mutuo consentimiento —mirado con repugnancia cuando recién se introduce la posibilidad de disolver el vínculo—. En la reforma francesa de 1975 se acepta el divorcio por demanda conjunta de los cónyuges, quienes deben presentar un proyecto de convenio relativo a los hijos. La razón para permitir el divorcio consensual es lógica, hasta cierto punto, desde la perspectiva del divorcio remedio: ¿quién mejor que los propios cónyuges pueden juzgar si su ruptura es irremediable o no?⁴¹

El paso final es establecer el divorcio por abandono o decisión unilateral de uno de los cónyuges, que es lo que ha hecho la ley sueca, la cual admite el divorcio por demanda de uno de los esposos, exigiendo un plazo de reflexión de seis meses si el otro cónyuge se opone o tiene hijos menores de dieciséis años a su cuidado⁴².

⁴¹ Gabriel García Cantero, "El divorcio en los Estados Modernos", en la obra colectiva *El Vínculo Matrimonial*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1978, p. 472 y siguientes.

⁴² Hernán Corral, *op. cit.*, p. 25.

De este examen hemos de sacar, además, la conclusión de que también se simulan fraudulentamente las causales de divorcio, y que, por lo tanto, introducir el divorcio no es en modo alguno remedio al fraude que se comete ahora en Chile con la causal de nulidad por incompetencia del oficial civil.

Ya lo decía en 1929 Bertrand Russell, filósofo inglés, propiciando que se estableciese el divorcio por mutuo acuerdo:

“La base más habitual del divorcio —expresaba— debería ser la que ahora se acepta en algunos países, a saber, el mutuo consentimiento. La legislación inglesa como la del Estado de Nueva York establece que no se concederá el divorcio si ambos lo desean. Esto es intrínsecamente absurdo. No hay nada que haga más digno de preservación un matrimonio del que ambos cónyuges están cansados que uno que todavía parece salvable a uno de ellos. Además, como todo el mundo sabe, la legislación da lugar a evasiones y perjurios. De hecho, la inmensa mayoría de los divorcios se obtienen por mutuo consentimiento, aunque abogados y jueces tengan que fingir ignorancia de este hecho. Mejor sería que la ley se adaptara a lo que verdaderamente se hace, puesto que es imposible adaptar la práctica a la teoría legal”⁴³.

Para cuando no hay hijos Russell preconiza la autorización del divorcio por decisión unilateral⁴⁴.

B.4. La experiencia de la Rusia Soviética

En la Rusia Soviética se estimó, al principio, que la familia era una institución propia de la burguesía, que “había hecho su época”, como decía Mme. Kolontai⁴⁵. Se dio por las leyes de 1917 y por el código civil de 1926 igual valor al matrimonio de hecho que al oficial, y se igualó a los hijos ilegítimos con los legítimos, suprimiéndose la distinción entre ellos. Aumentó entonces la delincuencia juvenil con la contribución enormemente mayoritaria de los hijos ilegítimos o sin hogar, según lo establecían las estadísticas policiales de Leningrado. A raíz de esto se dictó la ley de 1936 que hizo más difíciles los divorcios, y la de 8-VIII-1944 que dio validez plena sólo al matrimonio solemne

⁴³ Bertrand Russel, *Una Visión Liberal del Divorcio*, publicado en Little Blue Book, N° 1582. Haldeman-Julius Publications, Girar, Kansas, 1929, incluido en el libro Bertrand Russel. *Sobre la Ética, el Sexo y el Matrimonio*, selección de Al Seckel, Alcor, Barcelona, 1993, pp. 377-378.

⁴⁴ *Op. cit.*, ed. cit., p. 377.

⁴⁵ Pedro Lira Urquieta, “Las grandes líneas de la legislación contemporánea”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1957, pp. 85-119.

y autorizó a los tribunales para denegar el divorcio, actuando en conciencia, si resultaba contrario a la "moral soviética"⁴⁶.

La demostración empírica o inductiva que resulta de los datos estadísticos nos permite decir, parodiando la famosa sentencia de Voltaire de que Dios es tan necesario que si no existiera habría que inventarlo, que la familia basada en el matrimonio monogámico indisoluble es tan necesaria, que si no fuera realmente una institución natural, habría que inventarla: cualquier congreso imparcial de sociólogos, economistas y expertos en ciencias sociales, reunido para recomendar soluciones para los gravísimos problemas que aquellos datos denuncian, tendría que concluir proponiendo que los padres vivieran en un mismo hogar con los hijos comunes, de modo que cada pareja se responsabilizara de los propios, y que para asegurar la indispensable estabilidad de esa vida común el matrimonio fuese de uno con una e indisoluble, sin excepción alguna.

No recomendarían, por cierto, castigar ni perseguir a quienes de hecho formasen otras uniones, o familias irregulares; como no puede recomendarse castigar o perseguir a los obesos, a los alcohólicos, a los avaros ni a los que se entregan a la libertad sexual. Ni el iusnaturalismo ni el sentido común lo recomiendan. Pero tampoco estarían de acuerdo en incorporar a la institucionalidad jurídica el desplome de la institución familiar, como no podrían estar de acuerdo en incorporar esas otras deficiencias citadas, ubicadas todas en el margen que en la realización concreta y contingente de la naturaleza humana se produce de hecho, entre el ser y el deber ser.

III. EL DIVORCIO ES CONTRARIO AL DERECHO NATURAL Y NO SÓLO A LA MORAL

Todo lo anterior nos permite concluir que el divorcio vincular es intrínsecamente contrario a la justicia —ese valor al que se suele referir la ley civil—, porque atenta contra el derecho natural de los hijos a ser formados y asistidos material y espiritualmente por sus dos padres unidos en vida de hogar entre sí y con ellos; y porque atenta contra el derecho natural de cada cónyuge a contar con el otro como compañero en forma perpetua y exclusiva, según la promesa en que el matrimonio consiste y ha consistido siempre; y en fin, porque atenta contra el derecho natural de la sociedad a que el género humano se propa-

⁴⁶ Pedro Lira, *op. cit.*

gue y se una en las condiciones adecuadas, a través de la institución diseñada por la naturaleza para ello, que es el matrimonio monógamo e indisoluble.

Todo esto supuesto, el matrimonio resulta ser indisoluble por las exigencias de justicia de la propia naturaleza del hombre, que en cuanto regla de la bondad o licitud de sus actos se llama ley natural, y en lo tocante a la justicia, derecho natural.

Los propios redactores del Código de Napoleón, que contempló el divorcio, y que lo justificaron malamente por la diversidad de cultos de la población, y por una errada aplicación del principio del mal menor, reconocían que el matrimonio es por su naturaleza indisoluble, con independencia de toda ley humana: "La educación de los hijos -dice en su célebre Discurso Preliminar Portalis- exige, durante largos años, los cuidados comunes de los autores de sus días. Durante todo este tiempo, el marido, la mujer, los hijos, reunidos bajo el mismo techo y por los más caros intereses, contraen el hábito de los más dulces afectos. Ambos esposos sienten la necesidad de amarse, y de amarse siempre; se ven nacer y consolidarse los más dulces sentimientos conocidos de los hombres, el amor conyugal y el amor paternal". "La vejez, si es permitido decirlo, no llega jamás para los esposos fieles y virtuosos. En medio de las debilidades de esta edad, el fardo de una vida que decae es aligerado por los más conmovedores recuerdos, y por los cuidados tan necesarios de la joven familia en la cual uno se ve renacer, y que parece detenernos en los bordes de la tumba". "Tal es el matrimonio, considerado en sí mismo y en sus efectos naturales independientemente de toda ley positiva. Nos presenta la idea fundamental de un contrato propiamente dicho, y de un contrato perpetuo por su finalidad"⁴⁷.

Como puede verse, no sólo los teólogos, sino los legisladores y juristas han percibido la natural indisolubilidad del matrimonio. Entre nosotros, el príncipe de nuestros jurisconsultos, don Luis Claro Solar, justificando esta característica, expresa: "Prescindiendo de toda idea religiosa, no puede desconocerse que el matrimonio en todos los pueblos cristianos se contrae con espíritu de perpetuidad. En el momento en que los esposos se unen aspiran a la eternidad de un lazo que de dos seres no debe formar más que uno". "Sin la idea de la perpetuidad, la familia, a la que el matrimonio sirve de base, no existiría, y sin la familia, no existiría el Estado"⁴⁸.

⁴⁷ Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, t. I, p. 485, París, 1836.

⁴⁸ Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, t. I, N° 714, pp. 411-412.

El que la indisolubilidad del matrimonio haya sido mejor conocida y consagrada legislativamente en general bajo la influencia del Cristianismo, no significa que no se trate de un precepto de derecho natural. La verdad es que ésta y otras muchas reglas que nadie discutiría que son de derecho natural han alcanzado la plenitud de su vigencia en el clima cristiano. Tales son, por ejemplo, las de la igualdad esencial de los hombres, la función social de la propiedad, la justicia laboral, la intangibilidad de la vida humana, la libertad política, la destinación de la autoridad al bien común.

IV. FUNCIÓN QUE TIENE LA LEY CIVIL EN RELACIÓN CON LA INDISOLUBILIDAD DEL MATRIMONIO

A. LA LEY CIVIL DEBE CONFORMARSE A LA LEY NATURAL

Expuesta la doctrina iusnaturalista conviene hacer algunas precisiones sobre la función de la ley civil, refutando argumentos que se dan a favor de la autorización del divorcio vincular. Ante todo, la ley civil debe conformarse a la ley moral natural, que es precisamente la que nos permite enjuiciar, como solemos, la justicia de las leyes civiles. Como veíamos al principio, la ley injusta —es decir, la que no respeta a cada uno lo que la ley natural le asigna como suyo en orden a su desenvolvimiento— no es verdadera ley: es arbitraria y tiránica, es un desorden institucionalizado. Nos remitimos sobre esto a la doctrina de Cicerón expuesta más arriba.

B. LA FUNCIÓN DOCENTE DE LA LEY

En segundo lugar, no es una creencia de la Ilustración, como alguien ha afirmado, que la ley civil tenga una función pedagógica. Es así, la tiene: la función docente, o preceptiva —preceptor viene de precepto—, o directiva, es la más esencial de la ley; la cual no es otra cosa que un juicio o enunciado de la razón práctica sobre lo que es moralmente bueno en orden al bien común temporal, porque lleva al hombre a su último fin; su función coactiva es secundaria, consecuen- cial, ministerial, y, concebida como “fuerza pública”, puede faltar, y falta en muchos casos sin que la ley deje de ser tal. Y no es ésta una idea de la Ilustración, sino de toda la buena tradición filosófica y jurídica: “Es lo derecho empezar por la virtud, diciendo que en razón de ella puso las leyes el legislador”, nos dice Platón en Las Leyes (631

a), y luego añade: “El legislador debe cuidar rectamente, dando honra o castigo, de sus recíprocas uniones matrimoniales (de los ciudadanos), y tras de ellas, de los nacimientos y crianza de los hijos debe en todas sus relaciones observar sus dolores y sus placeres, las pasiones y afanes de amor de todos ellos, y reprenderlos y alabarlos rectamente por medio de las mismas leyes” (631 d- 632 a). En el título III del libro 1º del Digesto, ley 2, se transcribe esta definición de Demóstenes: “Es ley aquello a lo que todos deben obedecer, entre otras muchas razones, principalmente porque toda ley es hallazgo y don de Dios, dogma (enseñanza) de hombres prudentes, corrección de las faltas tanto voluntarias como involuntarias, y convenio común de la ciudad”. Y don Alfonso el Sabio, en el Prólogo del Código de las Siete Partidas, nos dice que lo hizo, porque mucho conviene a los reyes “conocer las cosas según son, e estremar (separar) al derecho del tuerto (chueco), e la mentira de la verdad”. Portalis, en el Discurso Preliminar del Proyecto de Código Civil Francés, apunta que “las buenas leyes civiles frecuentemente son la única moral del pueblo, y siempre forman parte de su libertad”.

La ley tiene, pues, ante todo una función docente. Y por ello no puede jamás decir que es bueno lo que es malo ni que es justo lo injusto. De ahí es que no le será nunca lícito establecer la disolubilidad del matrimonio que la naturaleza humana hace indisoluble.

C. LA INDISOLUBILIDAD DEL MATRIMONIO ES UN ASUNTO DE JUSTICIA Y, POR TANTO, MATERIA PROPIA DE LA LEY CIVIL

En tercer lugar, si bien es verdad que la ley civil no tiene por misión hacer perfectos a los hombres, mandando todos los actos de todas las virtudes y reprimiendo todos los males, habiendo de cautelar especialmente la justicia, no lo es menos, por una parte, que el divorcio vincular lesiona la justicia, atropellando el derecho natural o “humano” de los hijos a criarse en el hogar de sus dos padres unidos; el derecho irrenunciable de cada cónyuge a la convivencia y unidad de vida con el otro, y el derecho de la sociedad a la estabilidad de la familia; y, por otra parte, la ley civil que puede imperar actos de otras virtudes distintas de la justicia cuando sean necesarios al bien común. Conforme a lo dicho, la indisolubilidad del matrimonio es materia de elemental justicia.

D. LA LEY CIVIL SE REFIERE A LA CONCIENCIA

En cuarto lugar, contra lo que algunos sostienen, es esencial a la ley civil justa –la otra no es ley– obligar en conciencia, pues a la conciencia incumbe tener por bueno lo que conduce al fin último, y tal es la función de la ley civil, que no es sino una determinación de la ley natural. Además, y esto es lo más importante, la indisolubilidad del matrimonio no es un precepto de la ley civil, sino uno de la ley natural recogido en la ley civil, como ocurre con las prohibiciones de matar y hurtar. Y no podría la ley civil, sin injusticia, declarar disoluble el matrimonio siquiera fuese para los solos efectos civiles, porque tales efectos no pueden tener sentido alguno si no derivan de la ley natural.

E. LA SANCIÓN DE LA INDISOLUBILIDAD NO IMPORTA APLICAR COACTIVIDAD A LA FAMILIA

En quinto lugar, no es efectivo que la ley civil al declarar indisoluble el matrimonio aplique coactividad a la familia: la ley sienta un principio: coactividad sería volver por la fuerza al hogar al cónyuge que se va y se une a otra o a otro.

F. PRINCIPIOS DE PRIVACIDAD Y PLURALISMO: NO OBSTAN A LA PROHIBICIÓN DEL DIVORCIO VINCULAR

En sexto lugar, tampoco puede decirse que en la familia haya de prevalecer el llamado principio de privacidad, que permitiría distinguir una sociedad totalitaria de una liberal y pluralista, remitiendo el régimen del matrimonio a la conciencia de las personas. Desde luego, el criterio básico para saber si una sociedad es o no totalitaria, es ver si se ajusta a la ley natural objetiva. El totalitarismo consiste, precisamente, en imponer un criterio de conducta sin otro fundamento objetivo que el ser decisión de la autoridad o de la mayoría, y no por ser exigencia de la naturaleza humana. Además, nadie ignora que el régimen de la familia es de orden público, por referirse, precisamente, a la base misma de la sociedad. El llamado principio de privacidad viene a ser una versión de la concepción que tenía Kant del derecho como ámbito de coexistencia de las libertades individuales –poder hacer cualquier cosa mientras no se estorbe al vecino el que también haga lo que quiera–, concepción tan absurda como que se basaba en la idea de su autor de que no podemos conocer el mundo exterior.

A propósito del llamado principio de pluralismo, debe también observarse que el límite infranqueable de su aplicación está en los derechos de la sociedad y de todos y cada uno de sus miembros. Así no podría consentirse el actuar conforme a sus concepciones a terroristas, anarquistas, antropófagos, antisemitas, etc. Análogamente, no puede en virtud del citado principio de pluralismo consentirse la autorización del divorcio, porque él vulnera derechos fundamentales de los hijos, de los cónyuges y de la sociedad.

Asimismo, a este propósito conviene aclarar —como ha hecho el profesor Hernán Corral— que el argumento de que al establecer el divorcio a nadie se obliga a divorciarse es errado: se obliga al cónyuge que no está o no estaría de acuerdo, y se obliga a los hijos a serlo de padres divorciados y a sufrir con ello la destrucción del hogar.

G. LA LEY CIVIL ES SIEMPRE FRUCTÍFERA AL RECONOCER LA INDISOLUBILIDAD

En séptimo lugar, no es cierto que la ley civil haya mantenido la indisolubilidad infructuosamente. El que se burlara el precepto a veces, o muchas veces, no significaba que él fuera estéril ni lo hacía superfluo o digno de cambiarse. Piénsese que con el mismo criterio podríamos proponer la derogación de la ley que prohíbe el homicidio, porque se cometen crímenes.

H. LOS CÓDIGOS ANTIGUOS Y EL PROGRESO EN LA CONCIENCIA MORAL DE LA HUMANIDAD

En octavo lugar, en cuanto a la invocación del Código de *Hammurabi* y del derecho romano, que se ha llegado a hacer, o de la ley mosaica, resulta hartamente sorprendente y supone desconocer los avances en la conciencia moral de la humanidad. ¿Por qué no se invocan entonces esos monumentos legales para restablecer la esclavitud o la pena del Talión? Hay que precisar, a este respecto, que el conocimiento de la ley natural admite cierto progreso. Que algo sea de derecho natural no significa que siempre se haya conocido de igual manera; ni que haya habido siempre, o alguna vez, unanimidad al respecto: significa que se deduce por vía de raciocinio, en forma necesaria —o que puede así deducirse— de los primeros principios, cuando no pertenece a ellos. Algo análogo, por lo demás, ocurre con las leyes naturales físicas: lo que descubrió Galileo, contra Aristóteles, de que los cuerpos pesados o graves caen con la misma velocidad cualquiera sea

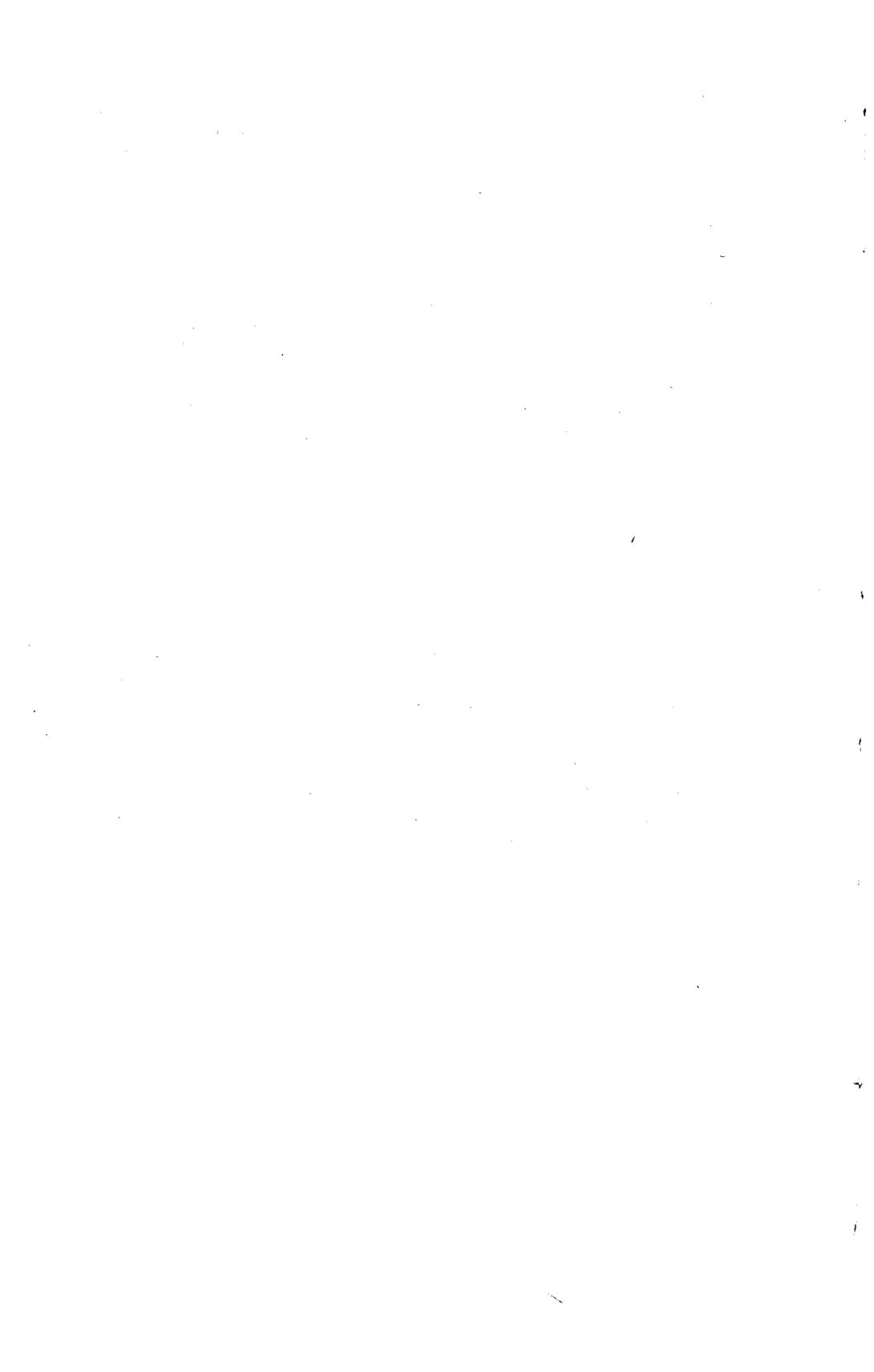
su masa, era algo que se desprendía necesariamente de principios ciertos de Física, pero que, de hecho, no se solía deducir.

I. LA FRECUENCIA DE LAS RUPTURAS NO PUEDE LEGITIMAR LA LEY DE DIVORCIO

En noveno lugar, el argumento basado en la frecuencia de las rupturas, cuyos efectos la ley civil debería ordenar, es inadmisibile si con él se pretende, no regular las consecuencias jurídicas de una separación en cuanto a las personas y los bienes, sino justificar la autorización por la ley civil del divorcio vincular. La ley está por su esencia llamada a informar los hechos, a regirlos según justicia, y no a ir en pos de ellos, a ser regida ella por las situaciones fácticas. Con el mismo argumento se podría autorizar el homicidio, si se cometiera con mucha frecuencia, y éste no podría ser ilícito en un país de antropófagos.

V. CONCLUSIÓN

Ya aprobado en Chile, por desgracia, el divorcio vincular, volvemos sobre estas argumentaciones, que de diversas formas se hicieron tantas veces para evitar su autorización legal, con pena, por una parte, y con la esperanza, por otra, de que el legislador del futuro restaure alguna vez el derecho de familia, volviéndolo al estado que tenía en un principio, y que mantuvo mientras los padres no se habían resuelto todavía a echar sobre los débiles hombros de sus hijos sus propias dificultades, frustraciones, fracasos o infidelidades.



**CRITERIOS ÉTICO-JURÍDICOS SOBRE LA
APLICABILIDAD DE LA LEY DE DIVORCIO
POR PARTE DE ABOGADOS Y JUECES:
EL PROBLEMA DE LA COOPERACIÓN AL MAL**

CRISTÓBAL ORREGO SÁNCHEZ
Doctor en Derecho (U. Navarra)
Profesor de Derecho Natural
Universidad de los Andes

I. INTRODUCCIÓN

Una persona honesta responde con una negativa rotunda a la pregunta de si está dispuesta a cooperar con el mal.

—¿Puede usted ayudarme a difundir este poco de pornografía?, podría ser la pregunta. O bien:

—He sobornado a dos jueces, ¿me hace usted el favor de llevarles estos sobres con dinero?

O mejor aún:

—¿Puede usted poner la música, lo más alta posible, por favor, mientras torturamos a este rufián? Usted sabe, suelen gritar más de la cuenta.

¿Y qué tal este otro ejemplo?:

—¿Podría usted facilitarme un lugar para vivir con mi amante, ahora que he abandonado a mi mujer con nuestros cinco hijos?

Una persona honrada, incitada a cooperar con el mal, pensará: “Si éste quiere hacer algo malo, y yo no puedo evitarlo, por lo menos me quedo al margen”.

Por eso muchos se extrañan al enterarse de que la Iglesia Católica *acepta* la licitud de la cooperación al mal, según una doctrina *extraña*, pero *imprescindible* a causa de la complejidad de las relaciones sociales, que Jesucristo representó mediante la parábola del trigo y de la cizaña (cfr. *Mateo*, 24-30). El intento de erradicar completamente el mal o de evitar toda acción que, de alguna manera, coopere con el

mal ajeno, llevaría consigo, al mismo tiempo, la erradicación violenta de muchos bienes y la omisión de muchas acciones honestas.

Si hubiéramos de evitar toda cooperación con el mal que otras personas hacen, no haríamos nada bueno tampoco. No podríamos comprar nada, porque con ese dinero algunos vendedores se emborrachan y golpean a sus mujeres. No podríamos usar los servicios de un banco, porque el mismo banco presta dinero que otros usan para cometer delitos. No podríamos casarnos y tener hijos, porque muchas veces de padres buenos nacen hijos díscolos, y ¿hasta dónde son responsables los hombres por el mal que hacen los hijos que ellos han traído al mundo? No deberíamos pagar impuestos, porque el Estado, junto con hacer muchas cosas buenas, hace algunas malas.

Sin embargo, el primer principio del orden moral es inderogable: se ha de hacer y proseguir el bien y se ha de evitar el mal, según la formulación de santo Tomás¹. Por eso es necesario un principio de razonamiento práctico para discernir cuándo una acción es una forma lícita de hacer y de proseguir un bien o de evitar un mal, 'a pesar de que, de alguna manera, colateralmente coopera con también con el mal que otra persona realiza.

Este principio, usualmente denominado "de cooperación al mal", tiene aplicación en todas las áreas de la vida personal, familiar y social. En este artículo vamos a referirlo al caso de la nueva Ley de Matrimonio Civil, que introduce en Chile el divorcio con disolución de vínculo. Comenzaré situando la cuestión en un contexto más amplio (sección 1), para después exponer el principio en general (sección 2) y recordar algunas enseñanzas del Magisterio de la Iglesia sobre la cooperación al mal del divorcio (sección 3). Por último, propondré lo que en conciencia juzgo como la aplicación correcta del principio a algunos casos posibles en la nueva situación jurídica y social en Chile (sección 4).

II. ENTRE *ESCI*LA Y *CARIBDIS*: UNA BRÚJULA PARA NO PERDER EL NORTE

Ulises logró evadir a Escila y Caribdis, dos monstruos marinos situados a cada lado del Estrecho de Mesina. Lamentablemente, por huir de Caribdis, se acercó demasiado a Escila, que devoró a seis tripulantes. Por eso se dice corrientemente que seguir la vía media en casos difíciles —no la mediocridad, sino la cumbre heroica de la virtud

¹ Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I-II, q. 94, a. 2, resp.

y la rara objetividad de la prudencia— es pasar *entre Escila y Caribdis*, a veces sufriendo algún daño, a pesar del éxito en lo fundamental.

Así sucede en los casos complejos de cooperación al mal. Incluso entre personas bien intencionadas, con deseos de promover el bien y de evitar el mal, surgen diferencias profundas. Siempre se navega entre Escila y Caribdis. Tan fácil es el excesivo rigor como la laxitud de conciencia: evitan pensar el caso a fondo. Los dos son, además, igualmente peligrosos e inútiles.

El rigorismo, por una parte, obligaría a los cristianos y a los hombres de buena voluntad a abstenerse de intervenir allí donde más se los necesita activos, donde ha predominado por largo tiempo el mal. El único consejo prudente, desde esta posición, es la huida, la abstención, como si no fuese pecado la omisión del bien que es posible en una situación difícil.

Por otra parte, el laxismo pervierte la buena intención de quienes, generalmente so capa de libertad de conciencia o de imperiosa necesidad de actuar, omiten lo que está de su parte para resistir la injusticia, y terminan, por desgracia, no solamente tolerando el mal ajeno, sino cohonestándolo y haciéndose cómplices.

Tanto el rigorismo como el laxismo son, a la postre, inútiles en la lucha por la justicia. Los dos llevan a rehuir el enfrentamiento contra el mal: el rigorismo mediante un apresurado apartarse de las situaciones de riesgo; el laxismo, cediendo ante lo que, por principio, debería combatirse.

Debemos reconocer, con todo, que la tentación más frecuente, en el caso de la ley de divorcio, es el laxismo, la complicidad, el actuar como si esta ley no fuese injusta. Por eso, tres disposiciones morales se necesitan para razonar adecuadamente sobre la posible licitud de la cooperación con el divorcio: rectitud de intención, valentía, caridad.

En primer lugar, rectitud de intención. No se trata de buscar la aprobación de la autoridad moral —por ejemplo, de la Iglesia Católica o del consejero espiritual de turno— para estirar lo más posible un “permiso para pecar” o para “llegar a consensos” con quienes estiman que el divorcio es justo. Señal clara de falta de rectitud interior es la de quién abraza la esperanza de que “se pueda”, en tal o cual caso que le afecta, hacer una excepción a la ley moral de la indisolubilidad del matrimonio; que sea lícito —bajo la etiqueta de imprescindible “cooperación material con el mal”— ir adelante con un divorcio o con algunas de las injusticias concomitantes. La rectitud de intención llevará a estar siempre contra la injusticia del divorcio y a favor del legítimo matrimonio, de manera que cualquier actuación que concurra con la aplicación de la ley injusta tenga siempre como objeto reducir

el daño que esa ley puede causar, jamás la injusticia que ella impone o autoriza.

Por otra parte, se necesita valentía para no callar la verdad que se conoce o que se sospecha. En el caso del divorcio, si una actuación equivale a aprobar el mal del divorcio, no es lícito consentir en ella ni ejecutarla. La valentía, como disposición interior, impide que el juicio de conciencia se oscurezca o que la prudencia no impere decididamente el bien arduo que se ha de obrar. Y esto es imprescindible para atestiguar la verdad ante quienes no viven conforme a ella —tantas veces parientes y amigos— y para resistir la crítica, a menudo insolente y totalitaria, de los *progresistas*, que en realidad son retrógrados: proponen el retorno a la barbarie.

Por último, más allá de la valentía y de la rectitud interior, la caridad es imprescindible para acertar en estos casos difíciles. Esta virtud, el amor a Dios y al prójimo por Dios, más que en dar está en *comprender*². La caridad exige no aprobar nunca el mal que otros hacen, pues dicha aprobación sería complicidad y conllevaría un daño objetivo que el amor y la justicia prohíben. Esto no se opone a esa verdad perenne, tan difícil de vivir, según la cual la mejor forma de luchar contra la injusticia es amando incluso a quienes la cometen, para perdonar y para sugerir el perdón. En efecto, la injusticia daña más a quien la comete que a quien la padece. No se supera adecuadamente mediante la compensación y el castigo, si no se entra simultáneamente en el misterio del perdón, que gratuitamente se ofrece o humildemente se implora.

Los conflictos más profundos son los que afectan al matrimonio, pues aquí se anuda la más íntima y profunda unidad de la naturaleza corpóreo-racional del hombre: mujer y varón. En estos casos es necesario compatibilizar la clara defensa de la indisolubilidad y, especialmente, de la parte más débil —el cónyuge y los hijos abandonados—, con el trato comprensivo y exento de ira para quienes conviven *more uxorio* de manera irregular, sobre todo si la convivencia se ha consolidado socialmente y hay otros hijos de la sucesiva unión.

La acogida, el respeto y la caridad hacia quienes no han sido fieles a un compromiso de amor originario —con independencia de su culpabilidad interior, que solamente puede juzgar Dios—, no deben equivocar jamás a la aprobación del mal del divorcio. Por caridad, pues, sin ceder ante el mal, siempre será posible comenzar de nuevo, no en el

² Cfr. San Josemaría Escrivá de Balaguer, *Camino*, n. 463: "Más que en "dar", la caridad está en "comprender". Por eso busca una excusa para tu prójimo —las hay siempre—, si tienes el deber de juzgar".

sentido de la ideología divorcista —ese *rebacer la vida* desconociendo los compromisos adquiridos—, sino en el genuino sentido cristiano de *recomponer la propia existencia* mediante un retorno, a veces paulatino y operoso, al orden moral. Siempre es posible partir de una situación objetivamente mala, como la de una familia rota, una convivencia ilegítima o una mujer abandonada con sus hijos —lo más corriente—, para acotar el mal, impedir su propagación, estabilizar lo que amenaza con hacerse peor, facilitar el perdón interior, aproximarse al arrepentimiento. Todo esto exige un nivel de buena voluntad y de comprensión que muchas veces el juez, el abogado y otros profesionales que intervienen junto a las familias en crisis pueden ofrecer con más facilidad que los cónyuges o sus parientes, emocionalmente más afectados por el conflicto.

En síntesis, de la misma raíz de la caridad brota la resistencia al divorcio, la acogida a quienes fallan y la posible cooperación indirecta con la legislación injusta y con las concretas rupturas que esa legislación contribuye a legitimar socialmente.

Rectitud de intención. Valentía. Caridad. Con todo, es necesario un principio de prudencia para saber cuándo, en concreto, cabe admitir que nuestra defensa del matrimonio se entremezcle con las injusticias de la ley y de quienes la aprueban o la utilizan para un fin contrario a la ley natural.

III. EL PRINCIPIO DE COOPERACIÓN AL MAL: TOLERAR, SIN APROBAR, LO QUE NO PUEDE EVITARSE

El hombre, como animal social y político, necesita la cooperación de los demás para hacer el bien. Todos, por tanto, somos responsables no solamente del bien o del mal que realizamos, sino también del influjo causal de nuestros actos en el bien y en el mal que otros hacen. Se entiende que tengamos el deber de cooperar al bien, de difundirlo por todas partes. Sin embargo, hasta el fin de los tiempos crecen juntos el trigo y la cizaña, y las malas obras de unos afectan a los otros.

Ante la constatación de que abstenerse de hacer el bien, para no colaborar indirectamente con el mal que otros hacen, llevaría a no hacer nada bueno, los moralistas clásicos elaboraron el principio de cooperación al mal. Puede enunciarse así:

La acción que coopera con una acción ajena moralmente mala es también inmoral siempre si mueve al otro a querer el mal (escándalo) o si, aun sin influir en su mala voluntad, supone consentir en su obra o en su intención

(cooperación formal); es inmoral *generalmente* si, sin inducir ni consentir en el mal, ayuda al agente principal (cooperación material inmediata o directa) o le proporciona medios para obrar (cooperación material mediata o indirecta), pero a veces es lícita y aun obligatoria si, siendo de suyo buena o indiferente y procediendo de intención honesta, existe una causa justa proporcionada al mal con el que se coopera.

Algunas definiciones básicas, desarrolladas especialmente por la teología moral católica, nos permiten comprender mejor este principio tradicional³.

a) En general, *cooperación al mal* es todo *concurso prestado a la acción mala de otros*, como dar mal ejemplo, ordenar, aconsejar, persuadir, prestar ayuda personal o instrumentos, tolerar pudiendo impedirlos, etcétera.

b) Se distingue entre el *escándalo*, un pecado especial que consiste en mover a otro a pecar —antes no había voluntad de pecar en la otra persona—, y la *cooperación en sentido estricto*, una acción que posibilita o facilita el pecado ajeno sin influir en la voluntad de cometerlo.

c) Dentro de la cooperación en sentido estricto, *cooperación formal* es la concurrencia de la voluntad propia en el pecado ajeno en cuanto pecado, es decir, en cuanto se quiere, aprueba o consiente el *desorden moral* de la voluntad ajena, se manifieste o no esta aprobación mediante un acto exterior. En cambio, *cooperación material* es la concurrencia en la acción física del que peca, sin que dicha concurrencia física suponga querer o aprobar o consentir el desorden moral mismo (pecado). El que coopera formalmente *obra el mal* al concurrir con el agente principal a nivel intencional; quien coopera materialmente no obra el mal, sino que realiza algo formalmente bueno que se insertará materialmente en el curso causal e intencional de una acción ajena moralmente mala, sobre la cual no se tiene control y cuya malicia solamente se tolera, no se aprueba.

³ Todo este artículo está tomado casi textualmente —incluyendo algunos de los ejemplos— de los libros que se citan en la bibliografía. Lógicamente, soy responsable de mi comprensión, síntesis y aplicación de esta doctrina tradicional. El reconocimiento de que la doctrina procede de la Teología moral católica explica nuestra decisión de conservar la palabra “pecado”, más usual en la Teología que en la Deontología jurídica o la Filosofía del Derecho.

d) La cooperación material puede ser directa (inmediata) o indirecta (mediata).

Coopera *directamente* quien ayuda físicamente en el acto externo mismo que conlleva el desorden moral, pero —no se trata de cooperación formal— esa ayuda no supone, en ningún momento, aprobar el desorden, que solamente se tolera. En este tipo de cooperación no hay otra acción o evento que se interponga entre la acción mala y la acción cooperante, por lo que toda cooperación directa o inmediata es también *próxima*. Así, por ejemplo, el cajero del banco asaltado, que entrega el dinero, coopera de manera directa (y próxima) con el robo, aunque él sea víctima y no comparta la intencionalidad injusta que define el objeto moral del acto. Dicho en castellano simple: el cajero no es cómplice del asalto; en cambio, el chofer de la banda, aunque no entre al banco, es cómplice del asalto.

Coopera *indirectamente* quien proporciona los instrumentos o los medios materiales o realiza una acción buena que, posteriormente, es usada por el otro para hacer el mal. En este caso, no hay contacto físico entre la acción mala y la acción del que coopera, pues entre las dos se interponen otras acciones u otros eventos.

e) La cooperación material indirecta puede ser, a su vez, más o menos *próxima* o *remota*⁴, según el número de elementos que, en el concreto curso causal de que se trate, medien entre la acción cooperante y la acción exterior mala con cuya realización se coopera. Puesto que esta *distancia* entre las respectivas acciones puede ser variable, la proximidad admite grados. Así, por ejemplo, el banco que concede un préstamo a quien lo usará para editar un periódico inmoral coopera de manera *material* —supuesto que el préstamo no supone, por alguna circunstancia especial, aprobación del negocio, en cuyo caso sería cooperación formal—; *indirecta* —el banco no edita el periódico—, y *próxima* —el dinero recibido se utiliza en financiar el periódico, sin escalones intermedios—; en cambio, quien deposita sus ahorros en ese banco, coopera de manera *remota*, porque entre su acción de ahorrar y la acción de editar el periódico se interpone la acción de prestar el dinero.

Estas distinciones conceptuales se hicieron para poder razonar de manera precisa acerca de cuándo es lícito cooperar con el mal ajeno.

⁴ La cooperación material directa —o inmediata— siempre es próxima, como se acaba de decir.

Las principales reglas de prudencia en las que se concreta el principio de cooperación al mal son las siguientes:

1ª El *escándalo directo* y la *cooperación formal* consisten, respectivamente, en mover a hacer el mal –lo cual es obrar directamente contra el bien espiritual del prójimo– o en compartir formalmente la intencionalidad inmoral, ya respecto de la acción elegida, ya respecto del fin intentado. Son, pues, siempre inmorales, ya que *no es lícito hacer el mal para que venga el bien* (cfr. *Epístola a los Romanos*, 3, 8). Siempre debe excluirse este tipo de acciones de la deliberación, porque son *moralmente imposibles*, análogamente a como se excluye ir de vacaciones a Marte.

2ª La cooperación material es ilícita *en general*, porque es contrario al amor al prójimo ayudarle a hacer el mal o no impedirlo, pudiendo hacerlo con medios lícitos, incluso cuando no se comparte la intencionalidad mala. Sin embargo, *no es absoluta* la obligación de impedir el mal o de renunciar al bien para no cooperar con el mal. Sólo son absolutas –i.e., que no admiten excepción– las prohibiciones que versan sobre acciones intrínsecamente malas, consideradas en la regla precedente. De ahí que las siguientes reglas *no constituyen una excepción* al primer principio de la ley natural, que nos ordena hacer el bien y evitar el mal, sino que ayudan a delimitar racionalmente, en casos ambiguos, cuál es el bien que se ha de hacer y el mal que se ha de evitar.

3ª La cooperación meramente material al mal ajeno es *lícita* cuando es necesario realizar la acción cooperante para obtener un bien o para evitar un daño, proporcionalmente importantes en relación con el mal con que se coopera. En efecto, nadie está obligado a negarse a realizar una acción de suyo buena o indiferente, renunciando por ello a un bien necesario o padeciendo un daño, para evitar que otra persona obre mal o para evitar un daño a terceros, cuya culpa sólo cabe atribuir a quien elige el mal moral. Por ejemplo, el cajero no tiene por qué negarle las llaves al asaltante –cooperación material directa con el robo–, y que le descerrajen un tiro en la nuca, para poner un obstáculo inútil a una acción mala que él de ninguna manera aprueba. Sería irracional acusar al cajero de complicidad en el asalto, por su cooperación meramente material, aunque sea directa y próxima.

4ª La acción cooperante es una acción de doble efecto: de suyo intenta un efecto bueno, pero materialmente se incorpora en el curso

causal que, mediante la acción mala, realiza también un efecto malo. Por eso, la cooperación solamente es lícita si concurren los requisitos del principio de doble efecto o voluntario indirecto:

- a) Según su objeto moral, la acción cooperante ha de ser buena o indiferente; por tanto, el efecto inmediatamente elegido, que especifica la acción cooperante, no puede ser un efecto derivado de la acción mala con la que se coopera (en tal caso, necesariamente se quiere esa acción mala como medio para el efecto bueno, y se coopera formalmente);
- b) La intención de quien coopera ha de ser honesta, es decir, ordenada solamente a conseguir el bien o a evitar el daño, que con la cooperación se consigue o se evita;
- c) Debe haber una causa justa o proporcionada, es decir, que el bien necesario que se consigue o el daño que se evita tengan una importancia tal, que valga la pena tolerar el mal proveniente de la acción mala a la que se coopera. Se han de tener en cuenta unos criterios objetivos para valorar la justa causa, que pueden resumirse de la siguiente manera:

Tanto más importante debe ser el motivo o la causa: (i) *cuanto más grave* sea el pecado ajeno al que se coopera; (ii) *cuanto más opuesto a la justicia* (se considera no solamente el daño del que peca, sino el perjuicio a terceros inocentes); (iii) *cuanto más probable* es que, sin esa cooperación, el pecado no se cometería; (iv) *cuanto más probable o cierto* es el efecto del pecado ajeno; (v) *cuanto más próxima* es la acción del que coopera a la del que peca; (vi) *cuanto menor derecho* se tiene realizar la acción cooperante, y (vii) *cuanto más obligación* se tiene de evitar el pecado ajeno o sus malos efectos.

Una consecuencia de lo expuesto es que nunca es lícita la cooperación material cuando el bien necesario puede obtenerse —o el daño, evitarse— mediante otras acciones que no cooperen con el mal, aunque impliquen un esfuerzo mayor, menos ganancias, etc., hasta alcanzar la causa *proporcionada* que justifica cooperar.

5ª Aun cuando sea lícita la cooperación, el cooperante debe evitar cuanto sea posible el escándalo indirecto, *i.e.* que otras personas, más allá de la intención del cooperante, se vean movidos juzgar que se aprueba la acción mala, de donde pueden seguirse diversos pecados ajenos: que deje de percibirse la gravedad del pecado, que se imite con facilidad, que los que cooperan pierdan la autoridad moral para rechazarlo, etc.

6ª Aun cuando sea lícita la cooperación, el cooperante debe evitar ponerse él mismo en ocasión próxima de pecado, esto es, en el peligro objetivo de consentir en el desorden moral con el que materialmente coopera. Una forma de hacerlo es manifestar el desacuerdo, mostrar que se coopera por necesidad, e intentar retraer o hacer reflexionar al que obra mal.

Esta doctrina sobre la cooperación al mal, elaborada dentro de la tradición de la teología moral, ha sido aplicada a situaciones difíciles por el Magisterio de la Iglesia Católica. En la sección siguiente recogemos sus principales pronunciamientos en relación con la moral profesional de los juristas en los casos de divorcio.

IV. EL MAGISTERIO DE LA IGLESIA CATÓLICA SOBRE LA COOPERACIÓN CON EL MAL DEL DIVORCIO

Tres intervenciones del Magisterio de la Iglesia sobre el tema que nos ocupa —entre las muchas de los últimos dos siglos— resumen su doctrina y su aplicación práctica más general: un discurso de Pío XII, otro de Juan Pablo II y el *Catecismo de la Iglesia Católica*.

A. EL DISCURSO DE PÍO XII DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1949

Su Santidad Pío XII, uno de los pontífices más clarividentes y precisos —y santos: no me resisto a decirlo ante tantos ataques recientes, arteros e ingratos—, formuló las *normas fundamentales* sobre la cooperación al mal en el caso de las profesiones jurídicas:

1ª Para toda sentencia vale el principio de que el juez no puede pura y simplemente rechazar de sí la responsabilidad de su decisión, haciéndola recaer enteramente sobre la ley y sobre sus autores. Es verdad que éstos son los principales responsables de los efectos de la misma ley. Pero el juez, que en su sentencia la aplica a un caso particular, es concausa y, por lo tanto, corresponsable —por igual— de aquellos efectos.

2ª El juez no puede nunca con su decisión obligar a nadie a cualquier acto intrínsecamente inmoral, es decir, que por su naturaleza sea contrario a la ley de Dios o de la Iglesia.

3ª El juez no puede en ningún caso reconocer y aprobar expresamente la ley injusta —que, por lo demás, jamás constituiría el fundamento de un juicio válido en conciencia y ante Dios—. Por esto no puede pronunciar una sentencia penal, que sea equivalente a una aprobación semejante. Más grave sería aún su responsabilidad si su sentencia ocasionase escándalo público.

4ª Sin embargo, no toda aplicación de una ley injusta equivale a su reconocimiento o a su aprobación. En este caso, el juez puede —a veces, quizá

debe— dejar su curso a una ley injusta, siempre que sea el único medio de impedir un mal mucho mayor (...). Naturalmente, cuanto más grave en consecuencias sea la sentencia judicial, tanto más importante y general debe ser el bien que se ha de tutelar o el daño que se ha de evitar. Sin embargo, hay casos en los que la idea de la compensación mediante el alcance de bienes superiores y el alejamiento de mayores males no puede tener aplicación, como en la condena a muerte. En particular, el juez católico no podrá pronunciar, sino por motivos de gran importancia, una sentencia de divorcio civil —donde éste se halle vigente— para un matrimonio válido ante Dios y la Iglesia. No debe olvidar que semejante sentencia prácticamente no viene sólo a tocar los efectos civiles, sino que más bien conduce en realidad a hacer que erróneamente se considere roto el vínculo actual, y el nuevo válido y obligatorio.

Así, pues, el juez debe resistirse *en principio* a aplicar la ley de divorcio; pero puede haber motivos de gran importancia que justifiquen *dejar su curso a la ley injusta*, esto es, pronunciar materialmente la sentencia que la aplica, sin aprobar formalmente la injusticia de la ley.

B. EL DISCURSO DE JUAN PABLO II DE 28 DE ENERO DE 2002

Juan Pablo II defendió denodadamente el verdadero matrimonio y la familia. El 28 de enero de 2002 se refirió con precisión a nuestro problema.

Por una parte, reafirmó el deber de emprender iniciativas en favor del matrimonio y la familia. “Entre esas iniciativas”, afirmó, “no pueden faltar las que se orientan al reconocimiento público del matrimonio indisoluble en los ordenamientos jurídicos civiles”. Y continuó así:

La oposición decidida a todas las medidas legales y administrativas que introduzcan el divorcio o equiparen las uniones de hecho, incluso las homosexuales, al matrimonio ha de ir acompañada por una actitud de proponer medidas jurídicas que tiendan a mejorar el reconocimiento social del matrimonio verdadero en el ámbito de los ordenamientos que, lamentablemente, admiten el divorcio.

Por otra parte, los agentes del derecho en el campo civil deben evitar implicarse personalmente en lo que conlleve una cooperación al divorcio. Para los jueces esto puede resultar difícil, ya que los ordenamientos no reconocen una objeción de conciencia para eximirlos de sentenciar. Así, pues, por motivos graves y proporcionados pueden actuar según los principios tradicionales de la cooperación material al mal. Pero también ellos deben encontrar medios eficaces para favorecer las uniones matrimoniales, sobre todo mediante una labor de conciliación sabiamente realizada.

Los abogados, como profesionales libres, deben declinar siempre el uso de su profesión para una finalidad contraria a la justicia, como es el divorcio;

sólo pueden colaborar en una acción en este sentido cuando, en la intención del cliente, no se oriente a la ruptura del matrimonio, sino a otros efectos legítimos que sólo pueden obtenerse mediante esta vía judicial en un determinado ordenamiento (cf. *Catecismo de la Iglesia Católica*, N. 2383). De este modo, con su obra de ayuda y pacificación de las personas que atraviesan crisis matrimoniales, los abogados sirven verdaderamente a los derechos de las mismas, y evitan convertirse en meros técnicos al servicio de cualquier interés.

En este discurso, el Romano Pontífice explícitamente recuerda la licitud de “actuar según los principios *tradicionales* de la cooperación material al mal”. De ahí la importancia de los principios expuestos en el apartado precedente. Al aplicarlos a los casos particulares, se ve que ciertamente cabe pensar en actuaciones concretas de jueces y de abogados que cooperen materialmente en la aplicación de las disposiciones que legalizan el divorcio. Lo importante es *el sentido hacia el cual se orientan* los actos concretos de cooperación. En este caso, ese sentido –reitero: incluso cuando el juez se ve forzado a decretar el divorcio, o el abogado a patrocinar la demanda– *no puede ser nunca* aprobar la intención de disolver un matrimonio válido, sino solamente obtener la mayor protección posible del matrimonio y de los derechos de las partes.

C. EL NÚMERO 2383 DEL CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA

El *Catecismo de la Iglesia Católica*, después de recordar la doctrina de siempre sobre la indisolubilidad del matrimonio y la malicia del divorcio, hace una referencia muy sucinta al problema de la cooperación al mal.

2383. La separación de los esposos con mantenimiento del vínculo matrimonial puede ser legítima en ciertos casos previstos por el Derecho canónico (Cfr. CIC, can. 1151-55).

Si el divorcio civil representa la única manera posible de asegurar ciertos derechos legítimos, el cuidado de los hijos o la defensa del patrimonio, puede ser tolerado sin constituir una falta moral.

Este número del *Catecismo* menciona el divorcio civil en el contexto de la legitimidad de la “separación de los esposos *con mantenimiento del vínculo matrimonial*”. Sucede que muchas legislaciones no contemplan un régimen de separación sin disolución del vínculo o, en la práctica, han hecho del proceso de divorcio la única vía eficaz para tutelar algunos bienes propios de la familia. En tal caso, se puede *tolerar* el divorcio, es decir, cooperar materialmente con la legislación

divorcistas utilizándola para obtener los efectos legítimos que en ella aún son posibles, a pesar de tener que tolerar la injusticia concomitante, que no se aprueba.

Teniendo en cuenta la doctrina tradicional resumida en el apartado III y su aplicación autorizada por el Magisterio de la Iglesia, nos falta solamente indicar nuestra opinión acerca de cómo pueden aplicarse los principios a la situación especial de Chile en este momento histórico. Más allá de esta opinión, se recomienda a los abogados y jueces buscar el oportuno consejo de personas prudentes y deliberar con otros juristas de recto criterio, a la luz de las circunstancias particulares de cada caso.

V. LA COOPERACIÓN AL MAL DEL DIVORCIO EN CHILE: DECADENCIA Y RESISTENCIA

El péndulo de la Historia va, de momento, hacia una relajación de las costumbres con nefandas consecuencias para las generaciones futuras. Entretanto, los que tengan el honor de resistir —tendrán su recompensa— a veces no podrán evitar cooperar con el mal, de la forma más remota posible. Lo que no deben hacer es huir cobardemente, trasladarse a otro mundo, que no existe. Desde el interior de un sistema corrupto, mediante la lucha, se revertirá poco a poco la situación.

Mientras tanto, ¿qué es lícito y qué no es lícito en los casos que plantea la ley de divorcio? Formulo a continuación las hipótesis más importantes. Ofrezco mi respuesta personal sobre la licitud de la cooperación.

Antes me permito recordar la serie de males que la ley de divorcio contribuye a causar o al menos legítima. Aunque legalizados genéricamente por igual, no todos ellos están presentes en el mismo grado en cada caso particular, de manera que los datos para el razonamiento prudencial cambiarán. Si se pide, por ejemplo, el divorcio de un matrimonio con hijos mayores, no estará presente, en este caso, el daño gravísimo que el divorcio causa en los niños (yo no menosprecio, en todo caso, el dolor de los hijos adultos, que también es serio). Si dos cónyuges adinerados se divorcian de común acuerdo, no estará presente el daño del abandono de un cónyuge débil y desprotegido. Y así sucesivamente.

En síntesis, los males más importantes con los que el juez, el abogado y otros profesionales, podrían estar cooperando como consecuencia de la ley de divorcio son los siguientes:

- 1º La intención, intrínsecamente desordenada, de disolver o de desconocer los efectos civiles de un compromiso que conscientemente se ha asumido como indisoluble;
- 2º Los adulterios realizados al interior de la unión ilegítima, que se quiere legitimar socialmente mediante el segundo matrimonio legal;
- 3º La aprobación legal y social de esa unión ilegítima y del adulterio;
- 4º La apariencia de legitimidad moral de las segundas uniones, que mueve a engaño en la convivencia y causa escándalo, es decir, facilita el aumento de las nuevas rupturas (espiral del divorcio);
- 5º El abandono del cónyuge legítimo y de los hijos comunes, con la legitimación social de dicho abandono;
- 6º Todas las consecuencias subsiguientes de estos efectos primarios como, entre otras, la legitimación social de la ley misma y de la práctica del divorcio; el aumento del número de divorcios; el daño espiritual, moral y psíquico de los hijos y de los cónyuges; la decadencia económica de la familia rota; el empobrecimiento de las mujeres solas; el aumento de la violencia, la drogadicción, el relajó sexual, etc., en la sociedad en general, fruto de las carencias formativas por falta de familia, etcétera.

De estos males, la acción del cónyuge que pretende disolver su matrimonio válido para contraer un nuevo matrimonio civil constituye el pecado inmediato con el que puede estar cooperando un juez o un abogado en los casos que proponemos a continuación. Los demás males, sean pecados (adulterio, abandono de la familia, etc.) o consecuencias del pecado (daño a los hijos, daño a la sociedad, etc.), también deben tenerse en cuenta en cada caso; pero con ellos se coopera en forma remota.

Los casos más importantes que pueden presentarse son los siguientes:

1º El juez, *ante la demanda de divorcio de personas válidamente casadas*, puede acoger a tramitación la demanda; pero debe examinarla con rigor para exigir todo lo que la ley exige; para dilatar o de otra manera disminuir el daño previsible mediante todos los recursos legales en sus manos; y esto, a lo largo de todo el procedimiento hasta su

término. Además, durante el proceso debe procurar la protección de la familia legítima; el uso, de acuerdo con la ley, de los mecanismos de conciliación y de mediación; y aconsejar a las partes cuando parezca posible la reconciliación o una salida diversa del divorcio.

2º El juez, ante la probabilidad de tener que *dictar sentencia de divorcio civil de personas válidamente casadas*, no puede decretar el divorcio civil a menos que exista una *causa grave*. En consecuencia, si se viese amenazado por un grave daño, puede dejar que la ley civil *siga su curso*, dictando sentencia de divorcio. En este caso, para no participar formalmente de la intención desordenada de quien quiere el divorcio ni mover a escándalo, el juez debe:

a) Reconocer explícitamente su incompetencia en los asuntos que alcancen el sacramento del matrimonio.

b) Manifestar explícitamente que, como consecuencia de lo anterior, su sentencia judicial no afecta en absoluto el matrimonio canónico ni el valor moral del matrimonio no católico (éstos siguen siendo válidos e indisolubles).

c) Explicar que su actuación se reduce a reconocer que el caso que se le presenta cae bajo una de las causales de divorcio de la ley positiva, de manera que él no rompe el vínculo canónico y moral, que nadie puede romper, sino que se limita a declarar, como funcionario estatal, que los cónyuges ya no serán considerados en adelante como marido y mujer *ante el Estado*.

La sentencia de divorcio, así entendida, priva a un matrimonio válido ante Dios de los efectos civiles y del reconocimiento legal, y otorga así a los cónyuges una impunidad legal si desean contraer un matrimonio civil. La sentencia que, mediante estas precisiones, se aparta de la intencionalidad inmoral de quienes piden el divorcio —la intención de desconocer la validez moral del compromiso indisoluble— no constituye un acto intrínsecamente malo ni aprueba el mal moral. No aprueba la injusticia de la ley, que al juez le viene impuesta, ni la injusticia de quien intenta disolver su matrimonio. Sin embargo, la sentencia permite que quien elige divorciarse obtenga el respaldo del ordenamiento jurídico y pueda contraer nuevo matrimonio civil. Siendo tanto la intención de destruir el vínculo como el nuevo matrimonio civil actos humanos malos en sí mismos, la sentencia que materialmente *facilita o hace posible* la realización de tales actos constituye

una *cooperación material próxima* al pecado ajeno. Luego, la causa justificante ha de ser proporcionadamente grave según la situación. En concreto:

a) Se ha de ponderar el daño que se causa, que no es igual en un matrimonio separado desde hace años que en un reciente abandono del cónyuge con los hijos comunes; a mayor daño, mayor obligación del juez de entorpecer el intento de divorcio o de dilatarlo o de concederlo *a más elevado costo* para la parte culpable.

b) Se ha de considerar que la sentencia causará escándalo tanto por la apariencia de *aprobar la ley injusta* como porque conduce al error de considerar realmente disuelto el vínculo original, y válido y obligatorio el que se puede contraer a continuación. Luego, se han de poner los medios para disminuir el escándalo.

En relación con este último punto, existe una diferencia relevante entre el caso de Chile y el de otros países. En los países con una ley de divorcio vigente hace mucho tiempo o donde no existe conciencia firme sobre la indisolubilidad del matrimonio, el escándalo propiamente dicho ya se ha producido, por lo que cada sentencia de divorcio de suyo no produce más escándalo. En cambio, en países como Chile, donde comienza a aplicarse la legislación divorcista, para valorar la grave causa es imprescindible tomar en cuenta el escándalo que se produce en cada caso y la importancia del mal que se provoca al introducir un daño social tan profundo.

Por lo tanto, no es causa suficiente que el juez disminuyese sus ingresos económicos o su prestigio profesional; pero lo sería el verse *obligado a abandonar la profesión, dejándola en manos de jueces sin recto criterio moral*.

3° El juez *puede intervenir en los procesos de separación*, que son en sí mismos lícitos; pero, respecto de los católicos, ha de seguir las indicaciones del Derecho Canónico.

4° El juez que interviene en un proceso de *nulidad o de divorcio de personas no válidamente casadas* puede lícitamente, en principio —desde el punto de vista de su moralidad intrínseca—, decretar la nulidad o, subsidiariamente, el divorcio, pues en los dos casos declara que no existe ante el Estado un matrimonio que de hecho no existe ante Dios. Puesto que la sola apariencia de divorcio vincular es un mal, causa escándalo y coopera materialmente con el mal de la legitimación del

divorcio civil, es necesario que se procure primero declarar la nulidad –si realmente existe–, y que se declare el divorcio solamente en caso de no ser posible aquélla.

Si las personas que solicitan la nulidad o el divorcio civil son católicas, solamente estaremos ante la hipótesis contemplada en este número –que no estén válidamente casadas– si no han contraído matrimonio canónico o si, habiéndolo contraído, ha sido declarado nulo en el respectivo proceso canónico completamente concluido. En tal caso, se aplica lo dicho: el juez puede declarar su nulidad o, en caso de no ser posible la nulidad civil, incluso el divorcio civil, procurando evitar el escándalo. En síntesis, debe intentarse, en principio, la nulidad civil, y sólo subsidiariamente el divorcio civil, para conseguir los efectos civiles de la nulidad eclesiástica o para destruir el matrimonio civil de un católico no casado canónicamente, cuando es necesario para contraer matrimonio canónico con efectos civiles con otra persona o simplemente para quedar libre de un vínculo jurídico civil moralmente ilegítimo (el matrimonio civil).

5° El abogado *no debe* patrocinar una *demanda de divorcio civil que suponga la intención de disolver un matrimonio válido o de desconocer sus efectos civiles*. El divorcio civil, tanto de personas para las cuales su matrimonio civil es matrimonio válido como para los casados canónicamente, es un *acto intrínsecamente malo* no en cuanto a la materialidad de declarar legalmente disuelto el matrimonio –esto puede tolerarse– sino en cuanto a *la intencionalidad de desconocer el compromiso indisoluble para pasar a segundas nupcias*. En mi opinión, por tanto, el abogado que acepta patrocinar esta precisa acción *coopera formalmente* con la injusticia del divorcio; no cabe, entonces, ninguna deliberación acerca de una posible causa proporcionada –bienes que conseguir o daños que evitar–, permisible solamente en los casos de cooperación material, pues no debe hacerse el mal para conseguir el bien.

6° El abogado no debe, *en principio*, patrocinar la demanda de divorcio, aunque le conste que el cónyuge demandante *no tiene* la intención de disolver o desconocer el vínculo precedente para atentar un nuevo matrimonio, sino cualquier otra (*v.gr.*, regular mejor su separación, obtener ventajas fiscales del estado civil de divorciado (*sic*), proteger intereses legítimos, etc.). En efecto, aunque en este caso el cónyuge no elige el acto intrínsecamente malo del divorcio –ergo, el abogado no coopera ni formal ni materialmente con el divorcio *stricto sensu*–, el solo hecho de recurrir a ese procedimiento constituye

una cooperación material a la aplicación de una norma en sí mala, contraria a la ley natural, con el consiguiente escándalo y la progresiva institucionalización de la injusticia.

Sin embargo, tratándose de una cooperación material, cabe una causa proporcionada que la justifique. Por eso, en algunos países es lícito moralmente que el abogado patrocine una demanda de divorcio civil cuando "en la intención del cliente no se oriente a la ruptura del matrimonio, sino a otros efectos legítimos que sólo pueden obtenerse mediante esta vía judicial en un determinado ordenamiento", como afirmó Juan Pablo II, remitiéndose al número 2383 del *Catecismo de la Iglesia Católica* (cf. *supra* 3, b).

En Chile *no se da esta causa proporcionada* y dicha cooperación es ilícita, porque la ley prevé otros medios para obtener los mismos beneficios.

7° El abogado puede patrocinar a cualquiera de las partes en procesos de separación, cumpliendo también las normas cañónicas (cf. *supra*, 3°).

8° El abogado puede patrocinar la demanda de nulidad o, cuando ésta no sea procedente, la de divorcio, de *personas no válidamente casadas*, en los términos y por las razones expuestas en *supra* 4°, procurando siempre evitar el escándalo.

9° El abogado o procurador que, por razón de un oficio, como en la Corporación de Asistencia Judicial, puede ser coaccionado a patrocinar causas de divorcio (*v.gr.*, mediante la amenaza de perder el empleo o de no aprobar la práctica profesional), está en una situación análoga a la del juez. Por lo tanto, debe deliberar de acuerdo con lo expuesto en *supra* 1°, 2°, 3° y 4°. Sin embargo, el abogado o procurador funcionario tiene un margen de libertad que, en mi opinión, debe utilizar prudencialmente para procurar apartarse de esos casos, o bien, llevarlos del modo que más sirva a los derechos legítimos de su cliente y restrinja el daño del divorcio.

10° Los abogados funcionarios y los procuradores pueden intervenir, aplicando criterios análogos, en los casos tratados en *supra* 3°, 4°, 6° (usando solamente los medios alternativos al divorcio), 7° y 8°.

11° El abogado (también el de *supra* 9° y 10°) puede defender al cónyuge demandado de divorcio, nulidad o separación, incluso si a la postre no puede evitar una sentencia injusta de divorcio. Ha de orde-

nar su actuación a salvaguardar adecuadamente los derechos del cónyuge demandado y de los hijos y a que se aplique restrictivamente la ley sobre el divorcio mismo. En este contexto, puede reconvenir de separación, de nulidad –si es al menos probable que existe una causa legal– o aun de divorcio *bajo una forma menos injusta* que la intentada por el demandante, pues en tal caso su acción no aprueba el divorcio en sí, sino que restringe el eventual daño intentado por la contraparte. Así, por ejemplo, el cónyuge demandado de divorcio unilateral puede reconvenir de separación, de nulidad y de divorcio por culpa del demandante, pues en cualquiera de estos casos –por ese orden– se restringe el daño que el demandante intenta.

12° El abogado, que no debe patrocinar una demanda de divorcio que conlleve la intención de su cliente de disolver el vínculo (cf. *supra* 5°), no debe, en consecuencia, concurrir a una demanda de divorcio por mutuo acuerdo en que las dos partes compartan la misma intención divorcista.

Sin embargo, el abogado puede aconsejar y patrocinar al cónyuge que no intenta la ruptura del matrimonio para que concurra en una petición de divorcio de mutuo acuerdo, como parte de un arreglo completo de la ruptura, acuerdo en el que su cliente *intenta* la mejor defensa de los derechos e intereses legítimos y *solamente tolera* la imposición del divorcio vincular por la otra parte. No es determinante de la moralidad del acto el que los dos aspectos concurren materialmente en una sola actuación judicial externa. En efecto, la doctrina tradicional de la cooperación al mal admite, precisamente, que en un mismo acto *material externo* concurren dos personas con intencionalidades morales opuestas, una de las cuales obra el mal mientras la otra solamente lo tolera⁵. De todas maneras, si es posible, en la negociación de la solución completa han de proponerse alternativas menos malas o que supongan un menor escándalo, y que probablemente a la parte con intención divorcista le den lo mismo.

13° Los profesores de Derecho no pueden enseñar una ley injusta de manera neutral, pues el silencio o equivale a consentir –coopera-

⁵ El caso más fuerte es el de la permisión de la cooperación material inmediata con el onanismo del cónyuge: cf. Dominicus M. Prümmer, O. P., *Manuale Theologiae Moralis secundum Principia S. Thomae Aquinatis in usum scholarum*, Herder, Friburgo, 1961, III, pp. 508-514; Enrique Colom y Ángel Rodríguez Luño, *Elegidos en Cristo para ser santos. Curso de Teología Moral Fundamental*, Palabra, Madrid, 2001, p. 490; Pío XI, *Enc. Casti connubii*, 31-XII-1930, n. 22.

ción formal con la injusticia— o da la apariencia de que se aprueba, lo cual constituye escándalo respecto de los estudiantes. Pueden y deben enseñar todos los aspectos técnicos —incluyendo *cómo se tramita un divorcio*—, pero deben ordenar esa enseñanza técnica a restringir los daños del divorcio. Así, por ejemplo, es bueno que un abogado de familia que defiende la indisolubilidad conozca todos los trucos del proceso de divorcio tan bien como el más divorcista de los abogados de la plaza, para darles el uso inverso. Esta necesidad de aprender la técnica, para darle un uso ordenado a la justicia, se explica en los casos en que es lícito cooperar materialmente con el divorcio, tomando parte en tales procedimientos. No sucede así, por el contrario, en casos en que el solo hecho de intervenir en el procedimiento respectivo constituye una cooperación formal con el mal (*v.gr.*, en el aborto): en estos casos, basta con conocer la técnica de manera teórica, no práctica.

