

## **CRISIS Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE MATRIMONIO, EN LA NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL<sup>12</sup>.**

En los párrafos que siguen, haremos un análisis de las situaciones que suponen crisis del contrato de matrimonio (la separación de hecho y la separación judicial) y su extinción (nulidad y divorcio), todo ello, a la luz de las disposiciones contenidas en la nueva Ley de Matrimonio Civil, que nos rige desde el 18 de noviembre de 2004.

### **CAPITULO I: DE LA SEPARACION DE LOS CONYUGES.**

Distingue la ley, dos tipos de separación: la de hecho y la judicial<sup>3</sup>, que analizaremos en los párrafos siguientes.

a) De la separación de hecho.

a.1) Aspectos que pueden o deben regular los cónyuges separados de hecho.

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

- los alimentos que se deban; y
- las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio (artículo 21º, inciso 1º). Por ejemplo, acordando la separación de bienes o liquidando el régimen de participación en los gananciales.

En todo caso, si hubiere hijos<sup>4</sup>, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos:

- el régimen aplicable a los alimentos;
- el cuidado personal de los hijos<sup>5</sup>; y

---

<sup>1</sup> El presente trabajo se ha estructurado sobre la base del libro “Análisis de la Nueva Ley de Matrimonio Civil”, publicado por la Editorial Metropolitana.

<sup>2</sup> Trabajo publicado en la Revista “ENTHEOS” de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de las Américas, año 3, Volumen único, año 2005, págs. 221 a 265. La presente versión, contiene algunas modificaciones y actualizaciones y hemos agregado jurisprudencia emanada de las Cortes, durante el año 2006.

<sup>3</sup> Hasta cierto punto, los efectos de la separación judicial, son homologables a los efectos del divorcio perpetuo, que contemplaba la ley de 1884.

<sup>4</sup> Aunque la ley no lo expresa, debe entenderse que se refiere fundamentalmente a los hijos no emancipados, salvo si se trata del pago de alimentos, que pueden extenderse más allá del momento en que el hijo cumpla 18 años (de conformidad al inciso 2º del artículo 332 del Código Civil, “...los alimentos concedidos a los descendientes (...) se devengarán hasta que cumplan veintiún años, salvo que estén estudiando una profesión u oficio, caso en el cual cesarán a los veintiocho años; que les afecte una incapacidad física o mental que les impida subsistir por sí mismos, o que, por circunstancias calificadas, el juez los considere indispensables para su subsistencia”).

- la relación directa y regular que mantendrá con los hijos<sup>6</sup> aquél de los padres que no los tuviere bajo su cuidado (artículo 21°, inciso 2°).

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

Los antedichos acuerdos, constituyen una manifestación de los principios del interés superior de los hijos y de la protección del cónyuge más débil, establecido en el artículo 3° de la ley.

a.2) Casos en que el acuerdo de los cónyuges separados de hecho, tiene fecha cierta.

Conforme al artículo 22°, inciso 1°, el acuerdo que conste por escrito en alguno de los siguientes instrumentos otorgará fecha cierta al cese de la convivencia<sup>7</sup>:

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

No obstante lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 22°, si el cumplimiento del acuerdo requiriese una inscripción, subinscripción o anotación en un registro público, se tendrá por fecha del cese de la convivencia aquella en que se cumpla tal formalidad (artículo 22°, inciso 2°). Sería el caso, por ejemplo, de la inscripción que debe hacerse en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces competente, de la adjudicación de un inmueble hecha a uno de los cónyuges; o de la subinscripción que debe practicarse cuando los cónyuges se han separado totalmente de bienes.

La declaración de nulidad de una o más de las cláusulas de un acuerdo que conste por medio de alguno de los instrumentos señalados en

---

<sup>5</sup> Esta expresión, ha reemplazado a la antigua “*tuición*”, que empleaban los textos legales.

<sup>6</sup> La expresión “*relación directa y regular*” ha sustituido al antiguo “*derecho a visitas*”, menos descriptiva que la primera, para referirse al vínculo que debe mantenerse entre el padre o madre que no tiene el cuidado personal del hijo menor, y éste, cuando los padres no estuvieren casados, o si lo están, estuvieren separados de hecho o judicialmente, o se encontraren divorciados o se hubiere decretado la nulidad del matrimonio. En el mismo sentido, el inciso 1° del artículo 229 del Código Civil dispone que “*El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber, que consiste en mantener con él una relación directa y regular, la que ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo, o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo*”.

<sup>7</sup> La fecha cierta del cese de la convivencia, tiene crucial importancia para los efectos de los plazos que deben haber transcurrido, para que opere el divorcio, según veremos más adelante. De igual forma, puede incidir en la determinación de la compensación económica, en los casos en que ésta proceda, tratándose de la nulidad y del divorcio.

el inciso 1° del artículo 22°, no afectará el mérito de aquél para otorgar una fecha cierta al cese de la convivencia (artículo 22°, inciso 3°).

a.3) Regulación judicial, a falta de acuerdo de los cónyuges.

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

Las materias de conocimiento conjunto a que se refiere el artículo 23°, se ajustarán al mismo procedimiento establecido para el juicio en el cual se susciten (artículo 24°, inciso 1°).

En la resolución que reciba la causa a prueba, el juez fijará separadamente los puntos que se refieran a cada una de las materias sometidas a su conocimiento (artículo 24°, inciso 2°).

La sentencia deberá pronunciarse sobre todas las cuestiones debatidas en el proceso (artículo 24°, inciso 3°). Se trata entonces, de dar una solución integral a todos los aspectos jurídicos atinentes a la familia.

a.4) Otros casos en que el cese de la convivencia tiene fecha cierta.

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

1° a partir de la notificación de la demanda, en el caso del artículo 23°;

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

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

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

En estos dos últimos casos, debe además notificarse al otro cónyuge la voluntad de poner fin a la convivencia. Se tratará de una gestión voluntaria y se podrá comparecer personalmente. La notificación se practicará según las reglas generales (artículo 25°). Atendida la expresión “*según las reglas generales*”, la notificación ha de ser personal, existiendo fecha cierta desde el momento en que se practique<sup>8</sup>.

b) De la separación judicial.

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

b.1) De las causales.

b.1.1. Hipótesis que sólo permite demandar la separación judicial al cónyuge que no haya dado lugar a la causal.

Se contempla, en términos genéricos, en el artículo 26°, estableciendo el precepto que la separación judicial podrá ser demandada por uno de los cónyuges si mediare falta imputable al otro, siempre que constituya:

- una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio (vale decir, una infracción “*grave*”<sup>9</sup> a la obligación de fidelidad (artículo 133 del Código Civil)<sup>10</sup>, al deber de socorro (artículos 131 y 134 del Código Civil), al deber de ayuda mutua (artículo 131 del Código Civil)<sup>11</sup>; al deber de protección recíproca (artículo 131 del Código Civil)<sup>12</sup>, al deber de convivencia (artículo 133 del Código Civil) o al deber de respeto recíproco (artículo 131 del Código Civil); o
- una violación grave de los deberes y obligaciones para con los hijos (vale decir, una infracción “*grave*” a los deberes de crianza y

---

<sup>8</sup> Rodríguez Grez, Pablo, “Ley de Matrimonio Civil”, artículo publicado por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Desarrollo, “Curso de Actualización Jurídica. Nuevas Tendencias en el Derecho Civil”, Santiago, año 2004, pág. 36.

<sup>9</sup> La ley no definió lo que se entiende por violación “*grave*” a un deber del matrimonio, de manera que será una cuestión que el juez determine conforme a los antecedentes que se le presenten por el cónyuge afectado.

<sup>10</sup> Sin embargo, no podrá invocarse el adulterio cuando exista previa separación de hecho consentida por ambos cónyuges (artículo 26°, inciso 2° de la ley).

<sup>11</sup> A diferencia del deber de socorro, que tiene una connotación económica y que se traduce en definitiva en el pago de alimentos, el deber de ayuda mutua se refiere al cuidado y atención personal que los cónyuges se deben en todas las circunstancias de la vida, mientras dure el matrimonio. El segundo de estos deberes, por ende, tiene un significado moral o afectivo antes que económico.

<sup>12</sup> Dado que previamente hemos aludido al deber de socorro y al deber de ayuda mutua, el deber de protección recíproca pareciera estar referido a la protección que un cónyuge debe al otro frente a una eventual agresión de terceros.

educación de los hijos, regulados en los artículos 222 y siguientes del Código Civil, y de proporcionar alimentos y mantener con el hijo una relación directa y regular, contemplados en los artículos 321 a 337 (alimentos), 229 (relación directa y regular) del Código Civil y en la Ley número 14.908 (ambos deberes).

En todo caso, en los dos casos mencionados, la infracción grave debe ser de tal entidad, *“que torne intolerable la vida en común”*. Esta es una cuestión de hecho, que deberá determinar el juez que conozca de la causa.

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

b.1.2. Caso en el cual cualquiera de los cónyuges puede demandar la separación judicial.

El artículo 27°, inciso 1°, previene que cualquiera de los cónyuges podrá solicitar al tribunal que declare la separación, cuando hubiere cesado la convivencia.

b.1.3. Requisito exigido por la ley, si la solicitud de separación fuere conjunta.

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

- sus relaciones mutuas; y
- con respecto a sus hijos.

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

- será *“completo”*, si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21, vale decir:

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

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

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

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

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

- será “suficiente”:
  - 1° Si resguarda el interés superior de los hijos;
  - 2° Si procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura; y
  - 3° Si establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita.

b.2) Del ejercicio de la acción.

b.2.1. Procedimiento aplicable.

Nos referiremos al punto al analizar el Capítulo IX de la ley, y sus disposiciones transitorias.

b.2.2. Irrenunciabilidad de la acción.

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

b.2.3. Posibilidad de solicitar la separación judicial en otros procedimientos judiciales.

Dispone el artículo 29° que la separación podrá solicitarse también:

- en el procedimiento a que dé lugar alguna de las acciones a que se refiere el artículo 23°, precepto al que ya hicimos referencia; y
- en el procedimiento a que dé lugar una denuncia por violencia intrafamiliar<sup>13</sup> producida entre los cónyuges o entre algunos de éstos y los hijos. Cabe destacar que en este último caso, se amplían las facultades del juez que conoce de una denuncia por violencia intrafamiliar, al permitírsele, a petición de parte, decretar la separación judicial de los cónyuges.

b.2.4. Facultad de los cónyuges para solicitar otras medidas de protección.

El artículo 30°, inciso 1°, establece que si los cónyuges estuvieren casados en sociedad conyugal, cualquiera de ellos podrá solicitar al tribunal:

- la adopción de las medidas provisionales que estime conducentes para la protección del patrimonio familiar; y

---

<sup>13</sup> Véase la Ley 20.066, que establece Ley de Violencia Intrafamiliar.

- la adopción de las medidas provisionales que estime conducentes para el bienestar de cada uno de los miembros que integran la sociedad conyugal.

El artículo 30°, inciso 2°, agrega que además de lo recién expuesto, los cónyuges, cualquiera sea el régimen patrimonial del matrimonio, podrán solicitar alimentos o la declaración de bienes familiares, conforme a las reglas generales<sup>14</sup>.

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

b.2.5. Puntos sobre los cuales debe pronunciarse el juez, en su sentencia.

Además de decretar a los cónyuges como separados judicialmente, el artículo 31° ordena al juez:

- resolver todas y cada una de las materias que se señalan en el artículo 21°, a las que ya aludimos (vale decir, regulará el juez los alimentos que se deban los cónyuges que se separan, las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio, y si hubiere hijos, el régimen aplicable a los alimentos; el cuidado personal de los hijos; y la regulación concerniente a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquél de los padres que no los tuviere bajo su cuidado)<sup>15</sup>;
- tener en especial consideración los criterios de suficiencia señalados en el artículo 27° (vale decir, procurará el juez en su sentencia resguardar el interés superior de los hijos; procurar aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura; y establecer relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita);

---

<sup>14</sup> Dichas “reglas generales” son, en lo que respecta a los alimentos, los artículos 321 a 337 del Código Civil y las normas de la Ley 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, y en lo relativo a los Bienes Familiares, los artículos 141 a 149 del Código Civil.

<sup>15</sup> En armonía con esta obligación del juez de resolver las cuestiones más esenciales para la familia, el artículo 48 ter de la Ley de Menores (Ley 16.618), agregado a ésta por la Ley 19.947, dispone que en el caso de haberse deducido una demanda de alimentos a favor de los hijos, o entre los cónyuges en forma adicional a aquélla, o se solicite la regulación del cuidado personal o de la relación directa y regular que mantendrá con ellos aquél de los padres que no los tenga bajo su cuidado, y no exista previamente una resolución judicial que regule dichas materias o que apruebe el acuerdo de las partes sobre las mismas, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal que emita en la sentencia un pronunciamiento sobre cada una de ellas, aunque no hubieren sido incluidas en la demanda respectiva o deducidas por vía reconvenzional. El tribunal hará lugar a esa solicitud, a menos que no se den los presupuestos que justifican su regulación. Para estos efectos, las acciones que hubieren dado lugar a la interposición de la demanda se tramitarán conforme al procedimiento que corresponda, mientras que las demás se sustanciarán por vía incidental, a menos que el tribunal, de oficio o a petición de parte, resuelva tramitarlas en forma conjunta.

- utilizar los mismos criterios de suficiencia, al evaluar el acuerdo presentado o alcanzado por los cónyuges, procediendo en su sentencia a subsanar sus deficiencias o a modificarlo si fuere incompleto o insuficiente;
- liquidar el régimen matrimonial que hubiere existido entre los cónyuges, siempre y cuando:
  - i) así se le hubiere solicitado por ambos cónyuges<sup>16</sup>; y
  - ii) se hubiere rendido la prueba necesaria para tal efecto: los cónyuges deberán, acompañar, por ejemplo, copia de las inscripciones de los inmuebles en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces correspondiente, certificados de inscripción de automóviles en el Registro Nacional de Vehículos Motorizados, certificados en que conste el dominio de acciones que alguno de ellos posea en sociedades anónimas, inventario de bienes muebles, etc. Cumplir con este requisito es indispensable, pues tal como se declara en una sentencia de fecha 7 de agosto de 2006, de la Corte de Apelaciones de Concepción, *“La liquidación de la comunidad de bienes constituye una operación compleja, que supone no sólo la determinación del activo y pasivo de la sociedad conyugal, sino también otros aspectos, como las recompensas entre los cónyuges y de éstos en contra o a favor de la sociedad conyugal, y lo que más se echa en menos en estos antecedentes, una tasación de los bienes que componen el activo. Sin una prueba idónea sobre tales extremos, no es posible acceder a lo pedido por la actora principal.”*<sup>17</sup>

La obligación del juez de proceder a liquidar la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales que hubiere existido entre los cónyuges, constituye un innegable avance legal, pues antes de la vigencia de la ley, cuando la mujer pedía la separación judicial de bienes (conforme a las causales establecidas en los artículos 155 y siguientes del Código Civil) o cualquiera de los cónyuges solicitaba al tribunal declarar terminado el régimen de participación en los gananciales<sup>18</sup>, expiraba el régimen respectivo, pero persistía en el primer caso una comunidad formada por los

---

<sup>16</sup> En la primera edición de nuestro libro “Análisis de la Nueva Ley de Matrimonio Civil”, sostuvimos que cualquiera de los cónyuges podía solicitar la liquidación de la sociedad conyugal. Ahora, con un mejor análisis del punto, y atendido lo dispuesto en el artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales, creemos que los cónyuges sólo pueden pedirla actuando de consuno. En caso contrario, no quedará otro camino que recurrir al viejo expediente del juez árbitro.

<sup>17</sup> LEYES & SENTENCIAS número 24 (Santiago de Chile, año 2006), págs. 25 a 29.

<sup>18</sup> En el caso previsto en el artículo 19 de la Ley 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias. Conforme al artículo 19 de la Ley número 14.908 (modificado por la Ley 19.335), cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la separación de bienes si el otro, obligado al pago de pensiones alimenticias, en su favor o en el de los hijos comunes, hubiere sido apremiado por dos veces por el no pago de tales pensiones. El artículo 14 de la Ley 14.908, regula los apremios que pueden solicitarse. No es necesario que los apremios hayan sido consecutivos.



bienes sociales y quedaba pendiente la determinación del crédito de participación en los gananciales, en el segundo caso, lo que resolvía a medias la situación que afectaba a los cónyuges. En tal sentido, el inciso 2° del artículo 158 del Código Civil, dispone que *“Una vez decretada la separación, (entiéndase en el contexto de este precepto sólo la de bienes) se procederá a la división de los gananciales y al pago de las recompensas o al cálculo del crédito de participación en los gananciales, según cual fuere el régimen al que se pone término.”* El problema era que la ley no decía que dicha división o liquidación debía efectuarla el mismo juez que había decretado la separación de bienes. Ahora, el juez debe cerrar todos los aspectos patrimoniales que se hubieren originado a consecuencia de haber operado la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales, liquidando la primera y determinando el crédito de participación en los gananciales, en el segundo. En armonía con lo anterior, la Ley 19.947 agregó un inciso final al artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales, que establece los asuntos que deben resolverse por árbitros, del siguiente tenor: *“Los interesados, de común acuerdo, pueden también solicitar al juez que conoce el procedimiento sobre la separación judicial, la declaración de nulidad del matrimonio o el divorcio, que liquide la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales que hubo entre los cónyuges”.*

### b.3) Efectos de la separación judicial de los cónyuges.

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

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

Los efectos de la separación judicial son los siguientes:

### b.3.1. Se origina el estado civil de separados.

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

A juicio del profesor Hernán Corral, los cónyuges no adquieren un nuevo estado civil, el que sencillamente es el de casados, pues la ley sólo alude en el artículo 32 a que adquirirán la “*calidad*” de separados, no “*el estado civil*” de separados<sup>19</sup>. Discrepamos de esta opinión, pues la propia ley, deja en claro en otras disposiciones, que se trata de un nuevo estado civil, a saber:

- el artículo 38 (el destacado es nuestro), al disponer que la reanudación de la vida en común de los cónyuges, “**restablece el estado civil de casados**”; obviamente, aquello que se restablece, era algo que no se tenía;
- el artículo 6° transitorio de la ley, que dispone (el destacado es nuestro): “*Las personas que con anterioridad a la vigencia de la presente ley se hayan divorciado, temporal o perpetuamente, por sentencia ejecutoriada, **tendrán el estado civil de separados**, y se regirán por lo dispuesto en ella para los separados judicialmente respecto del ejercicio de derechos y demás efectos anexos que tengan lugar después de su entrada en vigencia*”;
- la ley 19.947, modificó el inciso 1° del artículo 305 del Código Civil, cuyo tenor inicial reza ahora (el destacado es nuestro): “**El estado civil de casado, separado judicialmente, divorciado o viudo, ...**”

Creemos que el tenor de los preceptos citados, es suficiente para concluir que la ley ha creado, efectivamente, el estado civil de “*separados*”. La misma opinión, en contra de Corral, ha sostenido el profesor Cristián Maturana<sup>20</sup>.

### b.3.2. Se suspenden algunos deberes y obligaciones personales del matrimonio.

Dispone el artículo 33 que la separación judicial deja subsistentes todos los derechos y obligaciones personales que existen entre los cónyuges, con excepción de aquellos cuyo ejercicio sea incompatible con la vida separada de ambos, tales como los deberes de cohabitación (que se ha entendido como aquel consistente en mantener relaciones sexuales) y de

---

<sup>19</sup> Opinión formulada en Seminario del Colegio de Abogados, efectuado en Santiago, con fecha 31 de mayo y 1 de junio de 2004.

<sup>20</sup> Opinión expresada en el citado Seminario del Colegio de Abogados, con fecha 1 de junio de 2004.

fidelidad, que se suspenden. La expresión “*tales como*” empleada por el artículo 33, nos parece imprecisa para un tema tan importante como es el determinar qué deberes quedan efectivamente suspendidos. Cabe preguntarse entonces cuáles de los otros deberes que origina el matrimonio, serían compatibles con la vida de separados. Al respecto, debemos considerar los siguientes deberes, y concluir si ellos se suspenden o no:

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

### b.3.3. Expiran ciertos regímenes matrimoniales.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 34, por la separación judicial termina la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales que hubiere existido entre los cónyuges. Sin embargo, la disolución de estos regímenes no afecta aquellos derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes declarados como “*familiares*”, que se hubieren constituido a favor del cónyuge no propietario<sup>21</sup>.

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

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

---

<sup>21</sup> Dispone el inciso 1º del artículo 147 del Código Civil, modificado por la Ley 19.947, que “*Durante el matrimonio, el juez podrá constituir, prudencialmente, a favor del cónyuge no propietario, derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares*”.

b.3.4. Puede ocasionar una alteración en el derecho de los cónyuges a sucederse por causa de muerte.

El artículo 35, inciso 1º, dispone que el derecho de los cónyuges a sucederse entre sí no se altera por la separación judicial<sup>22</sup>. Con todo, agrega el precepto que “*se exceptúa*” el caso de aquél que hubiere dado lugar a la separación por su culpa, en relación con el cual el juez efectuará en la sentencia la declaración correspondiente, de la que se dejará constancia en la subinscripción.

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

De lo expuesto, puede concluirse entonces que si la separación judicial se produjo por cese de la convivencia, o sea cuando no operó por falta imputable a uno de los cónyuges, subsisten los derechos hereditarios recíprocos, entre los cónyuges.

b.3.5. Puede alterarse el derecho a pedir alimentos.

De conformidad al artículo 321 del Código Civil, los cónyuges se deben alimentos. Según lo indicamos, el deber de socorro a que alude el artículo 131 del Código Civil se manifiesta, principalmente, en cumplir con dicha obligación. Ahora bien, en relación a los efectos de la separación judicial de los cónyuges, el inciso 2º del artículo 35 de la Ley de Matrimonio Civil, dispone que tratándose del derecho de alimentos, regirán las reglas especiales contempladas en el Párrafo V, del Título VI del Libro Primero del Código Civil. Las normas a que alude el precepto, son aquellas contenidas en los artículos 172 al 178 del Código Civil<sup>23</sup>, bajo el epígrafe

---

<sup>22</sup> Podemos afirmar que hoy día, y particularmente si se trata de una sucesión intestada, el cónyuge sobreviviente es el asignatario por causa de muerte preferido por la ley. Entre los legitimarios, es el que mayores derechos tiene, según se desprende de los artículos 988 y 1337 regla 10ª del Código Civil. Sobre el particular, ver nuestro trabajo “Apuntes en torno a la sucesión por causa de muerte”, Revista de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción, número 8, año 2000, págs. 131 a 137.

<sup>23</sup> La Ley 19.947, derogó el artículo 170, modificó el artículo 172 y sustituyó los artículos 173, 175 y 178 del Código Civil.

*“Excepciones relativas a la separación judicial”*. Las reglas pueden sintetizarse en los siguientes términos:

- De acuerdo con la modificación introducida al artículo 174 por la Ley número 18.802, por la Ley número 19.585 y por la Ley número 20.145, el cónyuge que no haya dado causa a la separación judicial tiene derecho a que el otro cónyuge le suministre alimentos, según las reglas generales. Dado que el artículo 35 de la Ley de Matrimonio Civil se remite a este artículo si los cónyuges estuvieren separados judicialmente, el cónyuge que no hubiere dado motivo a la separación, podrá exigirle alimentos al culpable de la misma. Debemos tener presente que hoy en día, los alimentos que se deben por ley son, por regla general, *“congruos”*, lo que implica, de acuerdo al artículo 323 inciso 1° del Código Civil, que *“Los alimentos deben habilitar al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social”*. Vale decir, se deben proporcionar alimentos considerando la condición social de quien los pide, aunque al decretarlos por el juez, éste debe tener en cuenta que han de ser suficientes para una *“modesta subsistencia”*, pero dentro del rango social respectivo;
- *A contrario sensu* de lo expresado en el artículo 174, en principio, podría concluirse que el cónyuge culpable de la separación judicial, carecería del derecho a percibir alimentos del otro cónyuge. No es así, sin embargo. En efecto, el cónyuge que haya dado motivo a la separación judicial por su culpa, tendrá también derecho a alimentos, de acuerdo a lo que dispone el artículo 175 del Código Civil<sup>24</sup>. Con todo, en este caso, la ley señala que el antedicho cónyuge, tendrá derecho *“para que el otro cónyuge lo provea de lo que necesite para su modesta sustentación”*. Nótese que el artículo no exige que los alimentos permitan subsistir al alimentario dentro de su condición social. Por ende, podemos concluir que se trataría de los antiguos alimentos *“necesarios”* que contemplaba nuestro Código Civil, o sea, aquellos imprescindibles para la subsistencia de la persona, los que subsistirían para la hipótesis que estamos analizando. En este caso, agrega la ley que el juez, al determinar el monto de los alimentos, tendrá en cuenta la conducta del alimentario antes del juicio respectivo, durante su desarrollo o con posterioridad a él. Dependerá entonces de esa conducta, el rango dentro del cual el juez fije los alimentos en favor del cónyuge culpable de la separación judicial, pero, siempre respetando la exigencia legal de fijarlos en un monto que sólo permita la subsistencia del que los recibe.

b.3.6. Puede alterarse la filiación de los hijos.

---

<sup>24</sup> Reemplazado por la Ley 19.947.

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

Establece por su parte el artículo 37 de la ley, que el hijo concebido después de haber sido declarada la separación judicial de los cónyuges, no quedará amparado por la presunción de paternidad establecida en el artículo 184 del Código Civil<sup>25</sup>. Dispone el artículo 184 que se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los 300 días siguientes a su disolución o a la separación judicial de los cónyuges.

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

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

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

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

b.3.7. Afecta el cuidado personal de los hijos comunes.

---

<sup>25</sup> Modificado por la Ley 19.947.

La separación judicial produce efectos en el derecho que tienen los padres de dirigir y vigilar la crianza y educación de sus hijos. Según el artículo 225 del Código Civil, corresponde a la madre el cuidado de los hijos menores, cuando los padres viven separados.

Excepcionalmente, no se le concederá el cuidado de los hijos, cuando por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez estime necesario entregar el cuidado personal del menor al padre. En tal caso, o en el caso que la madre se halle inhabilitada por otra causa (demencia o la circunstancia de encontrarse con su salud gravemente quebrantada, por ejemplo), se confiará el cuidado personal de los hijos al padre.

Sin embargo, no podrá el juez confiar el cuidado personal al padre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado de la madre, pudiendo hacerlo.

En el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, el juez puede confiar el cuidado de los hijos a otras personas competentes. Se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo, a los ascendientes (artículo 226 del Código Civil). A falta de consanguíneos, el artículo 41 de la Ley número 16.618, sobre Menores, establece que el juez puede confiar el cuidado a un reformatorio, a una institución de beneficencia con personalidad jurídica o a cualquier otro establecimiento autorizado para este efecto por el Presidente de la República.

b.3.8. Puede alterar el ejercicio de la patria potestad.

La sentencia que decreta la separación judicial de los padres no pone fin a la patria potestad, sino que sólo altera el derecho a dirigir la crianza y educación de los hijos que normalmente corresponde a ambos padres. Con todo, la madre o el padre a quien se haya concedido el cuidado personal de los hijos puede solicitar que se le otorgue también la patria potestad de los mismos (artículos 244, inciso 3° y 245 del Código Civil).

b.3.9. Cesa la incapacidad especial para celebrar el contrato de compraventa, entre los cónyuges.

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

b.3.10. Cesa la causa de suspensión de la prescripción, en favor de la mujer que se encontraba casada en sociedad conyugal.

De conformidad a lo previsto en el penúltimo inciso del artículo 2509 del Código Civil<sup>26</sup>, no se suspende la prescripción adquisitiva ordinaria en favor de la mujer separada judicialmente de su marido. Por ende, correrán contra la mujer los plazos de prescripción, cuando un tercero haya entrado en posesión de bienes de aquélla. De igual forma, corren en contra de la mujer separada judicialmente, los plazos de prescripción extintiva para los efectos de interponer acciones contra terceros deudores de aquella, pues ya no regirá el artículo 2520, inciso 1° del Código Civil.

b.3.11. Constituye una causal de impedimento para la adopción de menores.

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

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

b.3.12. Posibilidad de revocar las donaciones hechas al cónyuge culpable de la separación judicial.

El cónyuge inocente puede revocar las donaciones hechas al culpable de adulterio, sevicia atroz, atentado contra la vida del otro cónyuge u otro crimen de igual o mayor gravedad (artículo 172 del Código Civil<sup>27</sup>). Este artículo se refiere a las donaciones irrevocables que los cónyuges se hubieren hecho antes del matrimonio, pues las donaciones efectuadas durante su vigencia se consideran siempre revocables.

b.4) De la reanudación de la vida en común.

b.4.1. Requisitos y efecto fundamental.

---

<sup>26</sup> Modificado por la Ley 19.947.

<sup>27</sup> Modificado por la Ley 19.947.



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

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

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

#### b.4.2. Efectos de la reanudación de la vida en común, ante terceros.

Para que la reconciliación de los cónyuges surta efectos frente a terceros, es necesario cumplir con las formalidades de publicidad<sup>28</sup> a que nos referiremos seguidamente.

Cabe distinguir dos situaciones:

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

#### b.4.3. Efectos de la reanudación de la vida en común, en relación al régimen patrimonial del matrimonio.

---

<sup>28</sup> La ley incorpora un sistema distinto al que regía en la ley de 1884, donde la reconciliación que ponía fin al divorcio, no contemplaba la exigencia de cumplir con formalidades de publicidad, lo que constituía, sin duda, un grave defecto de la antigua normativa.

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

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

- Si se trata de la separación de bienes efectuada en virtud de decreto judicial, ésta, en principio, es irrevocable. No podrá quedar sin efecto por acuerdo de los cónyuges ni por resolución judicial;
- Si se trata de la separación de bienes efectuada por disposición de la ley, será irrevocable;
- Si se trata de una separación convencional de bienes, los cónyuges, por una sola vez, podrán pactar el régimen de participación en los gananciales, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 1723 del Código Civil;
- Lo mismo ocurrirá, en el caso del artículo 40 de la Ley de Matrimonio Civil, conforme ya lo explicamos.

b.4.4. Posibilidad de producirse nuevamente la separación judicial de los cónyuges.

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

## **CAPITULO II: DE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO.**

a) Características de la nulidad matrimonial.

a.1. Tal como la nulidad en materia patrimonial, ésta debe ser declarada judicialmente (artículo 42 número 3 de la Ley de Matrimonio Civil).

a.2. A diferencia de la nulidad patrimonial, ésta no admite el distingo entre nulidad absoluta y relativa. Con todo, cabe advertir que algunos autores, entre ellos Claro Solar, hacen el distingo, fundándose en que hay causales de nulidad que por estar establecidas en función del interés privado, sólo pueden ser hechas valer por los cónyuges. Tales serían el error y la fuerza, que se diferencian de las demás causales que pueden ser invocadas por cualquier interesado.

Rossel, sin desconocer esta diferencia, concluye que ella no basta para asentar un distingo tan fundamental, pues se nota la ausencia de todas las diferencias restantes que caracterizan los dos tipos de nulidades patrimoniales (plazo de saneamiento distinto; ratificación del acto nulo relativamente). Si la distinción está cuidadosamente formulada en los arts. 1681 y ss, y la Ley de Matrimonio Civil no la hace en forma alguna, ello es porque el legislador la abandonó al establecer la nulidad en materia matrimonial<sup>29</sup>.

a.3. Sus causales son taxativas: el legislador, al establecer cada requisito, va indicando si su infracción produce o no la nulidad. Por ello, si no existe una disposición expresa que sancione la infracción con la nulidad del acto, ella no puede aplicarse (así, por ejemplo, la falta de manifestación, de información o de inscripción no produce nulidad del matrimonio). No es admisible reclamar una nulidad genérica como la del último inciso del artículo 1682, que dispone: *“Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato”*.

a.4. A diferencia de la nulidad patrimonial, en materia matrimonial, el juez no puede declarar de oficio la nulidad del matrimonio.

a.5. De acuerdo con la regla general del artículo 3° del Código Civil, las sentencias no tienen fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronunciaren. Tienen efecto relativo, afectando sólo a las personas que han intervenido en el juicio. Tal principio se altera con la sentencia que

---

<sup>29</sup> Rossel Saavedra Enrique, “Manual de Derecho de Familia”, Editorial Jurídica de Chile, Séptima Edición Actualizada, Santiago, año 1994, pág. 50.

declara la nulidad del matrimonio, que produce efectos *erga omnes* modificando lo dispuesto en el artículo 1690 del Código Civil, que respecto de las sentencias de nulidad en materia patrimonial, reitera el principio del efecto relativo del artículo 3 del Código Civil (recordemos que el efecto *erga omnes* de las sentencias, es característico del Derecho de Familia; en tal sentido, artículo 315, del cual se desprende que las sentencias en que se declare verdadera o falsa la paternidad o maternidad de un hijo tienen efecto absoluto, valen respecto de todos, no solamente respecto de quienes intervinieron en el juicio, relativamente a los efectos que dicha paternidad o maternidad acarrea. Lo mismo ocurre).

a.6. Por regla general, la acción para impetrar la nulidad del matrimonio, es imprescriptible.

b) Causales de nulidad del matrimonio.

Están contempladas en los artículos 44 y 45 de la ley:

- Cuando uno de los contrayentes estuviere afectado por alguno de los impedimentos dirimentes absolutos o relativos o incapacidades señaladas en los artículos 5º, 6º y 7º de la ley;
- Cuando el consentimiento no hubiere sido libre y espontáneo en los términos expresados en el artículo 8º de la ley;
- Cuando el matrimonio no se hubiere celebrado ante el número de testigos hábiles determinado en el artículo 17º<sup>30</sup>.

Como ha señalado la profesora Andrea Muñoz<sup>31</sup>, se recupera el carácter técnico que posee la nulidad, conforme al cual, los tribunales deben verificar si el vínculo matrimonial es válido o, por el contrario, adolece de un vicio de nulidad. Este ejercicio jurisprudencial fue muy pobre en los últimos setenta años, considerando que la inmensa mayoría de los juicios de nulidad de matrimonio, se promovían invocando la causal de incompetencia del Oficial del Registro Civil. Ahora, por el contrario, es dable esperar que se dicten sentencias que vayan formando un rico acervo de jurisprudencia acerca del alcance de las causales de nulidad del matrimonio, especialmente aquellas que se han trasladado del Derecho Canónico.

c) De la titularidad y del ejercicio de la acción de nulidad.

c.1. Titulares de la acción de nulidad de matrimonio.

---

<sup>30</sup> Se suprimió la causal de nulidad consistente en la incompetencia del oficial del Registro Civil. Disponía el antiguo artículo 31 de la Ley de 1884 que era nulo el matrimonio que no se celebrare ante el oficial del Registro Civil competente. Recordemos que era tal, el del domicilio de cualquiera de los contrayentes o de su residencia de tres meses anteriores a la celebración del matrimonio (artículo 9 de la ley de 1884). Hoy, como lo hemos expresado, es Oficial Civil competente cualquiera de los que ejerzan su cargo, en el territorio nacional.

<sup>31</sup> En Seminario de la Universidad Diego Portales, efectuado con fecha 15 y 16 de junio de 2004.

Están señalados en el artículo 46°. La titularidad de la acción de nulidad del matrimonio corresponde:

- A cualesquiera de los presuntos cónyuges;
- A cualesquiera de los cónyuges o a alguno de sus ascendientes, cuando la nulidad está fundada en el número 2 del artículo 5°, esto es, cuando alguno o ambos contrayentes eran menores de dieciséis años. Sin embargo, alcanzados los dieciséis años por parte de ambos contrayentes, la acción se radicará únicamente en el o los que contrajeron el matrimonio sin tener esa edad;
- Exclusivamente al cónyuge que hubiere sufrido el error o la fuerza;
- A los demás herederos del cónyuge difunto, en los casos de matrimonio celebrado en artículo de muerte;<sup>32</sup>
- También al cónyuge anterior o a sus herederos, cuando la acción de nulidad se funda en la existencia de un vínculo matrimonial no disuelto;
- A cualquiera persona, en el interés de la moral o de la ley, cuando la declaración de nulidad se funda en alguna de las causales contempladas en los artículos 6° y 7° de la ley, vale decir, cuando se hubiere infringido, al contraer matrimonio, algunos de los impedimentos dirimientes relativos, o sea, el de parentesco (artículo 6°) y el de homicidio (artículo 7°)<sup>33</sup>. Se trata por ende de una acción popular.

Establece el artículo 46° que el cónyuge menor de edad y el cónyuge interdicto por disipación son hábiles para ejercer por sí mismos la acción de nulidad. Se trata de una excepción a las reglas generales, que impiden actuar por sí mismos a los incapaces relativos, a menos que hubieren sido previamente autorizados. Nada impide, como agrega el precepto, que los mencionados incapaces relativos actúen por medio de sus representantes.

De conformidad al artículo 47, la acción de nulidad sólo podrá intentarse mientras vivas ambos cónyuges, salvo en los siguientes casos:

---

<sup>32</sup> La ley, alude correctamente a “*los demás herederos del cónyuge difunto*”, considerando que el cónyuge sobreviviente es también heredero. Como es obvio, la acción de nulidad no será promovida por éste, sino por aquellos.

<sup>33</sup> Observamos las siguientes diferencias entre el artículo 46 de la nueva ley y el artículo 34 de la ley 1884, acerca de los titulares de la acción de nulidad de matrimonio:

1° No se alude ahora al ministerio público entre los titulares de la acción, aunque debemos entender que podría intervenir, tratándose de las causales fundadas en los artículos 6° y 7° de la nueva ley, pues en estos casos, la nulidad podrá ser solicitada por cualquier persona, en el interés de la moral o de la ley;

2° Nada dice el artículo 46, ni otra disposición de la nueva ley, como sí lo hacía el artículo 34, acerca de la obligación de oír al ministerio público. Entendemos que dicho trámite debe obviarse;

3° El artículo 46 permite demandar la nulidad del matrimonio al cónyuge menor de edad y al interdicto por disipación, circunstancia no admitida en el artículo 34.

- Cuando la acción la interponen los demás herederos del cónyuge difunto, en los casos de matrimonio celebrado en artículo de muerte;<sup>34</sup>
- Cuando la acción la interponen el cónyuge anterior o sus herederos, en el caso en que la acción de nulidad se funde en la existencia de un vínculo matrimonial no disuelto.

Si la acción es deducida por alguno de los presuntos cónyuges, deberá dirigir su demanda contra el otro de los presuntos cónyuges. Si la acción de nulidad es interpuesta por un tercero, deberá demandar a los dos presuntos cónyuges. En este sentido, como destaca el profesor Hernán Corral Talciani, no puede ser nulo el contrato de matrimonio para uno de los cónyuges y válido para el otro, pues el estado civil es indivisible<sup>35</sup>. Estamos ante una excepción al principio consagrado en el artículo 1690 del Código Civil, que contempla los efectos relativos de la nulidad judicialmente declarada, y en cuya virtud el contrato podría ser nulo para algunos contratantes y válido para otros.

#### c.2. Formas de iniciar una demanda de nulidad de matrimonio.

El juicio de nulidad del matrimonio puede iniciarse por demanda o por demanda reconvenional. Esta última podría deducirse por el cónyuge demandado por divorcio, caso en el cual el juez deberá fallar primero la demanda de nulidad, pues el divorcio supone un matrimonio válidamente celebrado (artículo 91). Volveremos sobre este punto.

#### c.3. Prescripción de la acción de nulidad de matrimonio.

Distingue la ley entre la regla general y los casos excepcionales:

- Regla general: la acción de nulidad de matrimonio no prescribe por tiempo (artículo 48); estamos por ende ante una excepción al principio en virtud del cual, no hay acción transcurrido que sean diez años, contados desde la fecha de la celebración del contrato (artículo 1683 del Código Civil).
- Excepciones: prescribirá la acción, en los siguientes casos, señalados en el artículo 48:
  - i) Tratándose de la nulidad fundada en la causal establecida en el número 2 del artículo 5° de la ley (esto es, cuando alguno o ambos contrayentes eran menores de dieciséis años), la acción prescribirá en **un año**, contado desde la fecha en que el

<sup>34</sup> Ver nota 31.

<sup>35</sup> Hernán Corral Talciani, opinión vertida en Seminario organizado por el Colegio de Abogados y realizado en Santiago, los días 31 de mayo y 1 de junio de 2004.

- cónyuge inhábil para contraer matrimonio hubiere adquirido la mayoría de edad;<sup>36</sup>
- ii) En los casos previstos en el artículo 8° de la ley (esto es, en los casos de error o fuerza), la acción de nulidad prescribe en el término de **tres años**, contados desde que hubiere desaparecido el hecho que origina el vicio de error o fuerza;<sup>37</sup>
  - iii) Cuando se tratare de un matrimonio celebrado en artículo de muerte, la acción de nulidad prescribirá en **un año**, contado desde la fecha del fallecimiento del cónyuge enfermo;<sup>38</sup>
  - iv) Cuando la causal invocada sea la existencia de un vínculo matrimonial no disuelto, la acción podrá intentarse **dentro del año siguiente al fallecimiento** de uno de los cónyuges;<sup>39</sup> aquí, cabe consignar, como una curiosa consecuencia, que si por ejemplo fallece un bigamo y no se deduce la acción de nulidad en el plazo indicado, las dos cónyuges serán reconocidas como tales y todos los hijos tendrán filiación matrimonial, pues el segundo matrimonio será irrevocablemente válido. Todos concurrirán por ende, con igualdad de derechos, a la sucesión del causante<sup>40</sup>.
  - v) Cuando la acción de nulidad se fundare en la falta de testigos hábiles, prescribirá en **un año**, contado desde la celebración del matrimonio.<sup>41</sup>

En verdad, puede seguir afirmándose, como lo hacía nuestra doctrina, que siendo tantas las excepciones que establecen plazos de prescripción de la acción de nulidad, la regla general acerca de la imprescriptibilidad no sería tal, quedando circunscrita a los siguientes casos:

- i) Tratándose de la nulidad fundada en la causal establecida en el número 1 del artículo 5° (vale decir, vínculo

---

<sup>36</sup> Vale decir, se podrá accionar de nulidad, hasta que el demandante haya cumplido 19 años. El plazo es el mismo que establecía la ley de 1884, con la salvedad que en ella, la acción prescribía un año después que el cónyuge impúber llegaba a la pubertad, o sea, prescribía la acción al cumplir la mujer 13 años o el varón 15 años, según lo establecía el artículo 35, inciso 2° de la Ley de 1884.

<sup>37</sup> Se amplía el plazo, de un año previsto en la ley antigua, a tres en la nueva. Este plazo difiere del que establece el artículo 1691 del Código Civil, que a propósito de la acción para solicitar la declaración de nulidad de un contrato patrimonial, cuando las causales de nulidad relativa son la fuerza, el error o el dolo, dispone que el plazo, de cuatro años, se contará, en el caso de la fuerza, desde que ésta hubiere cesado, y en el caso del error o del dolo, desde el día de la celebración del acto o contrato.

<sup>38</sup> La regla es similar a la que establecía la antigua ley. Al igual que la ley antigua, la nueva se refiere al fallecimiento del "*cónyuge enfermo*". Admitiendo que se trata del caso más frecuente de matrimonio en artículo de muerte, cabe preguntarse si aquél de los contrayentes que ha sido condenado a muerte (por ejemplo, por juzgado militar en tiempo de guerra, por cobardía ante el enemigo) queda o no comprendido en esta hipótesis. Creemos que sí.

<sup>39</sup> La regla es similar a la contemplada en la antigua ley.

<sup>40</sup> Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., págs. 52 y 53.

<sup>41</sup> En este caso, se innovó la situación prevista en la ley 1884, pues en ésta, la acción fundada en esta causal era imprescriptible.

- matrimonial no disuelto), salvo que uno de los cónyuges fallezca, pues en tal caso, sí prescribirá la acción, conforme a lo expresado;
- ii) Tratándose de la nulidad fundada en la causal establecida en el número 3 del artículo 5° (esto es, los que se hallaren privados del uso de razón; y los que por un trastorno o anomalía psíquica, fehacientemente diagnosticada, sean incapaces de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio);
  - iii) Tratándose de la nulidad fundada en la causal establecida en el número 4 del artículo 5° (o sea, los que carecieren de suficiente juicio o discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio);
  - iv) Tratándose de la nulidad fundada en la causal establecida en el número 5 del artículo 5° (vale decir, los que no pudieren expresar claramente su voluntad por cualquier medio, ya sea en forma oral, escrita o por medio de lenguaje de señas);
  - v) Tratándose de la nulidad fundada en la causal establecida en el artículo 6° (infracción al impedimento dirimente relativo de parentesco);
  - vi) Tratándose de la nulidad fundada en la causal establecida en el artículo 7° (infracción al impedimento dirimente relativo de relación criminal).

Se ha criticado que no se haya acotado el plazo dentro del cual puede demandarse la nulidad del matrimonio, cuando las causales invocadas son las contempladas en los números 3 y 4 del artículo 5. Nos parece razonable esta crítica, pues después de transcurridos varios años, no parece plausible esgrimir alguna de las aludidas causales.

c.4. Situación relativa a la existencia de un matrimonio anterior no disuelto.

El artículo 49 dispone que en el caso de haberse deducido la acción de nulidad fundada en la existencia de un matrimonio anterior, deberá resolverse primero si el matrimonio precedente es válido o es nulo, si se adujere su nulidad.

La regla es lógica, porque si el primer matrimonio es nulo, no habría bigamia, siendo el segundo matrimonio válido.

d) De los efectos de la nulidad de matrimonio.



d.1. Momento a partir del cual la nulidad del matrimonio produce sus efectos.

Distinguimos, según se trate de los efectos de la nulidad entre las partes (es decir, ex presuntos cónyuges) y respecto de terceros:

- Efectos de la nulidad entre los ex presuntos cónyuges<sup>42</sup>: la nulidad produce sus efectos desde la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia que la declara, retrotrayéndose las partes al estado en que se encontraban al momento de contraer el vínculo matrimonial (artículo 50, inciso 1º)<sup>43</sup>. Se trata del efecto natural de toda nulidad judicialmente declarada, previsto en el artículo 1687, inciso 1º, del Código Civil, que establece: *“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”*. La nulidad, entonces, extingue o suprime todos los efectos que había producido el pseudo matrimonio, como si éste nunca hubiere existido. Quien obtiene la nulidad de su matrimonio, nunca estuvo por tanto casado. Esta es una diferencia esencial, según veremos, con el divorcio, pues en éste, termina el matrimonio, reconociendo la ley que existió el contrato.
- Efectos de la nulidad respecto de terceros: la sentencia ejecutoriada en que se declare la nulidad del matrimonio, deberá subinscribirse al margen de la respectiva inscripción matrimonial y no será oponible a terceros sino desde que esta subinscripción se verifique (artículo 50º, inciso 2º). A diferencia de la ley de 1884, la Ley 19.947 señala derechamente que de no mediar la subinscripción de la sentencia de nulidad, ésta no producirá efectos frente a terceros. Esta disposición, debemos relacionarla con el inciso 1º del artículo 8º de la Ley de Registro Civil, que dispone: *“Las sentencias judiciales y los instrumentos que, en conformidad a esta ley, deben ser inscritos o subinscritos en los registros, no podrán hacerse valer en juicio sin que haya precedido la inscripción o subinscripción que corresponda”*. Frente a este precepto, se planteaba la siguiente discusión en nuestra doctrina: algunos señalaban que este artículo 8 debía entenderse en el sentido que la nulidad del matrimonio sencillamente no era oponible a terceros hasta que la inscripción se hiciera, lo que llevaba a la necesaria conclusión que todos los efectos de la nulidad quedarían supeditados a dicha inscripción (por

---

<sup>42</sup> Se alude a los *“presuntos cónyuges”*, puesto que si se declaró la nulidad, entonces nunca hubo matrimonio, y por ende, tampoco *“cónyuges”*.

<sup>43</sup> La ley es ahora explícita en cuanto al efecto natural de toda nulidad judicialmente pronunciada, lo que no ocurría en la ley de 1884, aunque la doctrina señalaba que, no obstante el silencio de la ley en esta materia, debía también entenderse que aplicando los principios generales de la legislación, era posible concluir que declarada la nulidad del matrimonio, los ex presuntos cónyuges quedaban en la misma situación que si dicho matrimonio no hubiera existido.

ejemplo, la sociedad conyugal debería reputarse subsistente, si la hubiere, y el marido su administrador, etc).

No era este el alcance de la citada disposición, decía otra parte de la doctrina (Enrique Rossel)<sup>44</sup>. El artículo 8 se limitaría, decía Rossel, a privar a la sentencia de valor en juicio, vale decir, le desconocía el mérito probatorio que corresponde a todo instrumento público que no se presenta al juicio en la forma debida; pero ello no significaba que desconozca la existencia misma del nuevo estado civil que se crea con la sentencia que declara la nulidad del matrimonio. Para ello, sería necesario que un texto legal así lo estableciera (como ocurre, por ejemplo, tratándose de la inscripción de las capitulaciones matrimoniales o del pacto de separación de bienes, en que la ley dice categóricamente que no surten efecto ni entre las partes ni respecto de terceros mientras la inscripción no se efectúe: artículos 1716 y 1723 del Código Civil, respectivamente). En consecuencia, si se producía controversia sobre la existencia del estado civil creado por la sentencia que anuló el matrimonio (soltería), este estado no podría acreditarse mediante la copia autorizada del fallo, pero sería susceptible de cualquier otro medio probatorio. Si el fallo se inscribía, podría presentarse al pleito. Hoy, dado el tenor explícito de la Ley 19.947, debemos concluir que la doctrina aplicable es la primera. Mientras no se proceda a la subinscripción, la sentencia de nulidad sencillamente será inoponible a los terceros, no sólo en juicio, sino para cualquier materia.

#### d.2. El matrimonio putativo.

Existe una importante excepción a los efectos de la sentencia de nulidad del matrimonio, que, según lo expresamos, suprime todos los efectos del matrimonio anulado. Tal excepción, está constituida por la figura denominada por la doctrina “*matrimonio putativo*”, que consagraba el Código Civil en el artículo 122. Si bien este precepto fue derogado por la Ley 19.947, se incorporó en la misma ley, en su artículo 51<sup>45</sup>. Dispone este precepto en su inciso 1º: “*El matrimonio nulo que ha sido celebrado o ratificado ante el Oficial del Registro Civil produce los mismos efectos civiles que el válido respecto 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*”.

---

<sup>44</sup> Rossel, Enrique, ob. cit., págs. 53 y 54.

<sup>45</sup> Consta del Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que los Senadores Bombal, Chadwick, Coloma y Larraín, plantearon mantener el artículo 122 del Código Civil, indicación que fue rechazada por la Comisión, “*en resguardo de la sistematización de la nulidad del matrimonio y sus efectos*”: pág. 59.

Se trata de un matrimonio que tenía la apariencia de válido, al menos para uno de los ex presuntos cónyuges. Por ello, a pesar de que se declare su nulidad, no se entienden extinguidos los efectos que hubiera producido, reconociéndolos la ley, como si el matrimonio hubiere sido válidamente contraído.

La putatividad del matrimonio puede tener gran importancia para uno de los cónyuges. Así, por ejemplo, si habiendo sociedad conyugal y durante el matrimonio después declarado nulo se había adquirido a título oneroso un inmueble por cualquiera de los cónyuges, y después fue enajenado por el marido (que estaba de mala fe al contraer matrimonio, por ejemplo, porque era bigamo) sin la autorización de la mujer (que estaba de buena fe al contraer matrimonio, pues ella ignoraba que su presunto cónyuge tenía un vínculo matrimonial no disuelto), dicha compraventa adolecerá de nulidad relativa, pues el matrimonio fue putativo para la mujer; en cambio, si no lo fuere para ninguno de los ex presuntos cónyuges (porque ambos se casaron de mala fe), estaremos ante una venta de cosa parcialmente ajena, o sea, ante una hipótesis de inoponibilidad, no de nulidad.

Para que nos encontremos ante esta figura, deben cumplirse los siguientes requisitos, que se desprenden del mismo artículo 51°:

- Que se declare la nulidad del matrimonio;
- Que el matrimonio se hubiere celebrado ante Oficial del Registro Civil o ante un ministro de culto perteneciente a una entidad religiosa con personalidad jurídica de derecho público, y ratificado en el plazo legal ante el Oficial del Registro Civil;
- Que al menos uno de los cónyuges lo haya celebrado de buena fe, o sea, con la convicción de que era válido (por ejemplo, como se señaló, no estará de buena fe, aquél de los cónyuges que tenía un vínculo matrimonial no disuelto, pero sí el otro, ignorante de tal circunstancia);
- Que al menos uno de los cónyuges lo haya celebrado con justa causa de error (por ejemplo, si los contrayentes eran hermanos, pero ninguno lo sabía).

El inciso 2° del artículo 51° agrega que si sólo uno de los cónyuges hubiere contraído el matrimonio de buena fe, tiene un derecho opcional:

- Podrá optar entre reclamar la disolución y liquidación del régimen de bienes que hubiere tenido hasta ese momento (o sea, la sociedad conyugal o el de participación en los gananciales); en este caso, podrá ejercerse el derecho conferido en el artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales;

- Podrá someterse a las reglas generales de la comunidad: vale decir, a lo dispuesto en los artículos 2304 a 2313 del Código Civil, que regulan el cuasicontrato de comunidad.

El cónyuge que hubiere celebrado el matrimonio de buena fe, tendrá también derecho a retener las donaciones que el otro cónyuge le hubiere hecho por causa de matrimonio.

Cabe indicar que el artículo 52° establece que se presume que los cónyuges han contraído matrimonio de buena fe y con justa causa de error, salvo que en el juicio de nulidad se probare lo contrario y así se declare en la sentencia. Dicho en otros términos: en principio, el matrimonio se entenderá putativo para ambos cónyuges, aunque la mala fe de uno, o de ambos, podría quedar establecida en la sentencia de nulidad. La solución del artículo 52° guarda coherencia, por lo demás, con el principio general del Código Civil, en orden a presumir la buena fe de los contratantes, y que se consagra en el artículo 707 del citado Código, y en probar, por el contrario, la mala fe de un contratante.

#### d.3. Situación de los hijos habidos durante el matrimonio declarado nulo.

El último inciso del artículo 51°, establece que la nulidad no afectará la filiación ya determinada de los hijos, aunque no haya habido buena fe ni justa causa de error por parte de ninguno de los cónyuges. Por ende, los hijos conservan su filiación matrimonial, a pesar que el matrimonio, jurídicamente, se entienda no haber existido jamás. Estamos ante lo que se ha denominado “*matrimonio nulo calificado*”, esto es, el matrimonio que sin cumplir con los requisitos del putativo, produce sin embargo un efecto: confiere filiación matrimonial a los hijos.

Debemos destacar que la protección a los hijos, en cuanto a conferirles filiación matrimonial, con todas las consecuencias que de ello se derivan, es ahora más amplia, que lo que acontecía bajo el imperio del antiguo artículo 122 del Código Civil. En efecto, se desprendía de dicho precepto, que los hijos tendrían filiación matrimonial en los siguientes casos:

- Tratándose del matrimonio válido;
- Tratándose del matrimonio nulo putativo;
- Tratándose del matrimonio nulo que no reunía los requisitos del putativo en ninguno de los ex presuntos cónyuges, cuando la causal de nulidad consistía en la incompetencia del funcionario (Oficial del Registro Civil), o por no haberse celebrado el matrimonio ante el número de testigos requeridos por la ley o por haberse celebrado el matrimonio ante testigos inhábiles.

Ahora, dado que el artículo 51, último inciso, no hace distingo alguno, debemos concluir que los hijos nacidos de cualquier matrimonio declarado nulo, sea simplemente nulo, y con mayor razón si fuere putativo, tendrán filiación matrimonial.

### **CAPITULO III: DEL DIVORCIO.**

#### a) Concepto.

La ley no define al divorcio, limitándose el artículo 53° a establecer que el divorcio pone término al matrimonio, pero agregando que no afectará en modo alguno la filiación ya determinada ni los derechos y obligaciones que emanan de ella.

La instauración en nuestra legislación de un divorcio vincular (o sea, con disolución del vínculo matrimonial) es la más importante de las novedades de la Ley 19.947, y supuso un arduo debate en la comunidad nacional, entre anti-divorcistas y pro-divorcistas. Finalmente, se impuso la tesis de los últimos, aceptando como causal de término del matrimonio, el divorcio, bajo las condiciones que estudiaremos en los párrafos siguientes.

En el marco de la ley de 1884, definía la doctrina el divorcio allí regulado, que no producía la disolución del vínculo matrimonial, como *“la separación legítima de un hombre y una mujer que se encuentran unidos por vínculo matrimonial”*.<sup>46</sup>

Como es obvio, tal definición no sirve para aludir al divorcio que disuelve el vínculo matrimonial.

Un Diccionario contemporáneo, define la voz *“divorcio”*, como *“Disolución legal de un matrimonio válido cuando se reúnen las condiciones necesarias que establece la ley.”*<sup>47</sup>

Considerando la regulación establecida en la Ley 19.947 y el sentido natural y obvio de la palabra, podemos definir al divorcio como la causal de término del matrimonio válidamente celebrado, que declara el juez, a petición de uno o de ambos cónyuges, cumpliendo previamente los requisitos que lo autorizan y en ciertos casos, transcurrido que sea el plazo previsto en la ley.

Según estudiaremos a continuación, cabe distinguir las siguientes hipótesis de divorcio:

---

<sup>46</sup> Rossel, Enrique, ob. cit., pág. 61.

<sup>47</sup> Larousse, Diccionario Enciclopédico 2003, Colombia, Colombiana S.A., pág. 357.

- Divorcio por falta o por culpa en la que incurre uno de los cónyuges;
- Divorcio por cese efectivo de la convivencia, que comprende a su vez dos casos:
  - i) Divorcio decretado a consecuencia de la demanda unilateral interpuesta por uno solo de los cónyuges, por cese efectivo de la convivencia por al menos tres años;
  - ii) Divorcio decretado a consecuencia de la demanda conjunta de los cónyuges, por cese efectivo de la convivencia por al menos un año.

b) Causales de divorcio<sup>48</sup>.

b.1) Causal que autoriza demandar el divorcio, por uno de los cónyuges, por culpa o falta del otro cónyuge.

Se desprende del artículo 54, que el divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- Que la demanda tenga por fundamento una falta imputable al otro cónyuge<sup>49</sup>;
- Que dicha falta constituya:
  - i) Una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio a los cónyuges; o

---

<sup>48</sup> Como indica el profesor Carlos Peña González, nuestro legislador ha optado por dos tipos básicos de divorcio, ambos basados en la ley francesa del año 1975: el primero, el denominado divorcio por falta o por culpa, consagrado en el artículo 54 de la ley; el segundo, el divorcio por ruptura irremediable de la vida en común o cese efectivo de la convivencia, consagrado en el artículo 55 de la ley. En el primero, se admite la posibilidad que el divorcio sea reclamado por uno solo de los cónyuges, lo que por cierto no significa que nuestra ley haya consagrado, como erróneamente algunos han afirmado, el divorcio unilateral o repudio, pues resulta imperativo probar la falta en que incurrió el cónyuge demandado. En el segundo caso, pueden darse dos situaciones: la primera situación, permite que uno solo de los cónyuges demande el divorcio, lo que tampoco significa que se haya admitido el divorcio unilateral o repudio, pues resulta imprescindible probar el cese efectivo de la convivencia por al menos tres años. La segunda situación, permite que los cónyuges puedan solicitar la declaración de divorcio conjuntamente, no siendo tampoco efectivo que se haya admitido el divorcio de común acuerdo, pues en esta segunda situación, debe acreditarse el cese efectivo de la convivencia por al menos un año. El divorcio por mutuo consentimiento, en cambio, que se recoge en la ley francesa, supone que el juez está obligado a decretarlo cuando se lo piden los cónyuges, lo que no acontece en nuestra ley, si éstos no pueden probar el cese de la convivencia por el plazo mínimo exigido por la ley: exposición en Seminario de Colegio de Abogados, 1 de junio de 2004. En todo caso, hay que considerar que el divorcio unilateral es de antigua data. Así, en el Deuteronomio, 24, 1, se lee: *“Si un hombre toma una mujer y se casa con ella, puede ser que le encuentre algún defecto y ya no la quiera. En ese caso, escribirá un certificado de divorcio que le entregará antes de despedirla de su casa.”* Se advierte enseguida, que habiendo salido la mujer de la casa de quien la repudió, podrá ser la mujer de otro, pero si éste a su vez también la repudia o muere, el primero que la repudió no podrá volver a tomarla como su mujer.

<sup>49</sup> El profesor Carlos Peña González plantea la hipótesis de culpabilidad de ambos cónyuges, tanto del demandante como del demandado, concluyendo que en tal caso, debe concederse el divorcio, sin que opere la compensación de culpas como fundamento plausible para rechazar la demanda de divorcio: exposición en Seminario indicado. Dicho en otros términos, no operaría aquí, haciendo un símil con los contratos patrimoniales bilaterales, el principio consagrado en el artículo 1552 del Código Civil, acerca de que la mora de uno de los contratantes purga la mora en que ha incurrido el otro contratante, o excepción de contrato no cumplido.

- ii) Una violación grave de los deberes y obligaciones para con los hijos;
- Que la falta, de la gravedad señalada, torne intolerable la vida en común.

Se trata entonces de una causal genérica, que debe ser ponderada por el juez que conozca del juicio respectivo.

Según vimos, esta causal es la misma que puede invocarse tratándose de la separación judicial, de acuerdo a lo previsto en el artículo 26°, ya analizado.

Nótese que en este caso, no hay exigencia de la ley en cuanto a que haya transcurrido algún plazo de cese efectivo de la convivencia o desde la celebración del matrimonio.

Agrega el artículo 54 que se incurre en dicha causal, entre otros casos (frase que demuestra que no se trata de casos taxativos, sino meramente ejemplares)<sup>50</sup>, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos:

- Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos;<sup>51</sup>
- Trascresión grave y reiterada de los deberes de convivencia<sup>52</sup>, socorro<sup>53</sup> y fidelidad<sup>54</sup> propios del matrimonio. El abandono continuo o reiterado del hogar común, es una forma de trascresión grave de los deberes del matrimonio;
- Condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad

---

<sup>50</sup> Hay en este punto una diferencia con la ley de 1884, pues el encabezado del artículo 21, que establecía las causales de divorcio, señalaba: “*El divorcio procederá solamente por las siguientes causas*”, lo que indicaba que se trataba de casos taxativos.

<sup>51</sup> El número 2 del artículo 21 de la ley de 1884, establecía la causal en los siguientes términos: “*Malos tratamientos graves y repetidos, de obra o de palabra*”. Como puede observarse, ahora la ley no exige la repetición de los atentados. Podría bastar con uno solo, que tenga la gravedad suficiente.

<sup>52</sup> Es natural que constituya una causal de divorcio, si tenemos presente que uno de los tres fines esenciales del matrimonio es “*vivir juntos*”; con todo, no olvidemos que el artículo 133 del Código Civil previene que uno de los cónyuges puede exonerarse del deber de vivir juntos, cuando “*le asista razones graves para no hacerlo*”, circunstancia que deberá acreditar quien la alega.

<sup>53</sup> La ley de 1884, incluía como causal de divorcio, en el número 5 del artículo 21, “*Avaricia de cualquiera de los cónyuges, si llega hasta privar al otro de lo necesario para la vida, atendidas sus facultades*”; ahora, la infracción está centrada en el incumplimiento del deber de socorro, que, según se expresó, tiene una connotación eminentemente económica, y se traduce en proporcionar alimentos al cónyuge que los necesite. Por ello, la causal de divorcio se probará, principalmente, acompañando las piezas del juicio de alimentos en que conste el incumplimiento de este deber.

<sup>54</sup> El número 1 del artículo 21 de la ley de 1884, establecía como causal de divorcio “*Adulterio de la mujer o del marido*”; era suficiente, entonces, un episodio de infidelidad, para solicitar el divorcio. Ahora, la trascresión ha de ser reiterada. Ahora bien, dado que reiterar, según el Diccionario de la Lengua Española significa “*repetir una cosa*”, dos episodios serían suficientes.

públicas, 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<sup>55</sup>; puede observarse que deben cumplirse tres requisitos para que opere esta causal:

- i) Que se trate de la comisión de ciertos delitos, los más graves que contempla el Código Penal;
  - ii) Que se dicte sentencia, y esta quede ejecutoriada; y
  - iii) Que la comisión del delito, además, provoque una grave ruptura de la armonía conyugal, lo que deberá probar quien demande el divorcio.
- Conducta homosexual<sup>56</sup>;
  - Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos<sup>57</sup>; y
  - Tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos<sup>58</sup>.

Los hechos mencionados deben haber ocurrido después de celebrado el contrato de matrimonio. Si hubieran acaecido antes de su celebración, podrían configurar, eventualmente, una causal de nulidad del matrimonio, por ejemplo, por error en la persona civil o social, o por padecer uno de los contrayentes un trastorno o anomalía psíquica, de acuerdo a lo que analizamos a propósito de las incapacidades o impedimentos para contraer matrimonio.

b.2) Causal que autoriza demandar el divorcio por uno de los cónyuges, por cese efectivo de la convivencia.

---

<sup>55</sup> Se aprecia también aquí una importante innovación, respecto a la ley de 1884. En efecto, en esta, era causal de divorcio, conforme al número 11 del artículo 21, “*Condenación de uno de los cónyuges por crimen o simple delito*”, causal que por ser demasiado genérica, había sido objeto de críticas por la doctrina, pues era suficiente cualquier delito, aunque no fuera “*infamante*” para la persona del otro cónyuge, como delitos de carácter político, para solicitar el divorcio.

<sup>56</sup> Esta causal no se encontraba contemplada expresamente en el artículo 21 de la ley de 1884. Se justifica su inclusión, pues supone un quebrantamiento al deber de fidelidad que han de guardarse los cónyuges. Cabe plantear si daría derecho a pedir el divorcio aquella conducta homosexual que sin concretarse en una hipótesis de infidelidad, explica la negativa del cónyuge homosexual para cohabitar con el otro cónyuge. La infracción el deber de cohabitar no se encuentra contemplada en el número 2 del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil (que alude a los deberes de convivencia, socorro y fidelidad), pero estimo que podría fundamentar una demanda de divorcio, basada en el número 4 del mismo artículo.

<sup>57</sup> El número 9 del artículo 21 de la ley de 1884 decía “*Vicio arraigado de juego, embriaguez o disipación*”. Como nada se indica respecto de los jugadores compulsivos, debemos entender que no se configura una causal de divorcio, a menos que tal conducta lleve al cónyuge jugador al incumplimiento de sus deberes para con el otro cónyuge.

<sup>58</sup> Esta causal parece refundir las que se contemplaban en los números 4 (“*Tentativa de uno de los cónyuges para prostituir al otro*”) y 13 (“*Tentativa para corromper a los hijos, o complicidad en su corrupción*”) del artículo 21 de la ley de 1884. En todo caso, si la conducta no se vincula específicamente a la prostitución, sino a otros actos igualmente repudiables que supongan atentado contra la integridad física o síquica del cónyuge o de los hijos, deberá invocarse la causal a que alude el número 1 del artículo 54, esto es, atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos.



A la causal genérica para decretar el divorcio prevista en el artículo 54, que permite demandar el divorcio por uno solo de los cónyuges, debemos agregar aquella contemplada en el artículo 55, inciso 3°, esto es, cuando se hubiere verificado un cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, a los menos, **tres años**. En este caso, el cónyuge demandante no fundamenta su acción en una falta o en la culpa atribuible al cónyuge demandado, sino sencillamente en la circunstancia de haber cesado la convivencia entre los cónyuges por el expresado plazo de tres años.

Sin embargo, el mismo artículo 55 advierte que la demanda de divorcio deberá rechazarse, cuando, a solicitud de la parte demandada, el juez verifique que el demandante, durante el cese de la convivencia, no ha dado cumplimiento, reiterado, a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo. Los requisitos para acoger la demanda de divorcio en este caso, serían, entonces:

- El transcurso del plazo mínimo de tres años, contado desde el cese de la convivencia de los cónyuges<sup>59</sup>;
- Que durante dicho plazo, el cónyuge que demanda el divorcio, haya cumplido con su obligación de proporcionar alimentos al otro de los cónyuges y a los hijos comunes, pudiendo hacerlo. Se entenderá cumplido este requisito, si hubiere un solo episodio de incumplimiento de la obligación de proporcionar alimentos al cónyuge y a los hijos comunes, y dicho episodio hubiere sido subsanado por el alimentante, pues la causal exige, para rechazar la demanda, que haya un incumplimiento “reiterado” de tal obligación. Para el profesor Gonzalo Figueroa Yáñez, los alimentos debieron haberse establecido o aprobado por sentencia judicial, para configurarse la causal que autoriza al juez para rechazar la demanda de divorcio<sup>60</sup>. En todo caso, podemos afirmar que esta exigencia de la ley, en orden a que el demandante no se encuentre en situación de incumplimiento de su obligación de proporcionar alimentos, constituye una manifestación del principio de la protección del cónyuge más débil y del principio del interés superior de los niños, consagrados, según estudiamos, en el artículo 3° de la ley. En cuanto a la frase “*pudiendo hacerlo*”, referida a la obligación de proporcionar alimentos, debemos tener presente las normas que al

---

<sup>59</sup> El cese de la convivencia no exige necesariamente, a nuestro juicio, que los cónyuges dejen de vivir bajo un mismo techo. Puede cesar la convivencia matrimonial, aunque continúen viviendo en el mismo inmueble, pues “*la convivencia*” matrimonial es una convivencia calificada, que implica mantener una comunidad de vida, un objetivo o proyecto de vida común. Si ello cesa, si los cónyuges viven juntos pero como perfectos extraños, y aún hostiles, no puede haber convivencia matrimonial. Aún más, hay convivencia matrimonial, cuando los cónyuges viven en inmuebles distintos, pero continúan con un proyecto común, preservando todos los deberes y las obligaciones que impone el matrimonio. En cada caso, será el juez quien pondere la situación.

<sup>60</sup> Figueroa Yáñez, Gonzalo, opinión expresada en citado Seminario de la Universidad Diego Portales.

efecto establece la Ley 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, cuyo artículo 3° contiene las siguientes reglas:

- i) Para los efectos de decretar los alimentos cuando un menor los solicitare de su padre o madre, **se presumirá** que el alimentante tiene los medios para otorgarlos. La presunción opera, entonces, sólo si quien demanda es el hijo menor de edad;
- ii) En virtud de la referida presunción, la ley establece montos mínimos para la pensión de alimentos, de acuerdo a lo que seguidamente se expresa.
- iii) La pensión alimenticia que se decrete a favor de un menor alimentario no podrá ser inferior al 40% del ingreso mínimo remuneracional que corresponda según la edad del alimentante;
- iv) Tratándose de dos o más menores, el monto de la pensión alimenticia no podrá ser inferior al 30% por cada uno de ellos;
- v) El juez podrá rebajar prudencialmente los montos mínimos antes señalados, si el alimentante justificare que carece de los medios para pagarlos;
- vi) Cuando los alimentos decretados no fueren pagados o no fueren suficientes para solventar las necesidades del hijo, el alimentario podrá demandar a los abuelos, de conformidad con lo que establece el artículo 232 del Código Civil. Cabe destacar que esta disposición, establece las siguientes reglas:
  - 1° La obligación de alimentar al hijo que carece de bienes, puede pasar a los abuelos;
  - 2° Ello acontecerá, en dos casos:
    - 2.1. Por la falta de ambos padres;
    - 2.2. Por la insuficiencia de ambos padres.
  - 3° En caso de insuficiencia de uno de los padres, la obligación pasará en primer lugar a los abuelos de la línea del padre o madre que no provee, y en subsidio de éstos, a los abuelos de la otra línea.

Esta causal, como puede observarse, permite solicitar el divorcio por uno solo de los cónyuges, siempre que se cumplan los requisitos mencionados. En todo caso, no se trata, como se expresó en este trabajo, de lo que se conoce, en el derecho comparado, como divorcio unilateral, pues no basta con la sola manifestación de voluntad del cónyuge demandante, sino que, además, deben cumplirse con los requisitos previstos en la ley.

b.3) Causal que autoriza a los cónyuges para solicitar de común acuerdo el divorcio.

El inciso 1° del artículo 55 establece que el divorcio será decretado por el juez, cumpliéndose con lo siguientes requisitos:

- Que ambos cónyuges lo soliciten de común acuerdo<sup>61</sup>;
- Que los cónyuges acrediten que ha cesado su convivencia durante **un lapso mayor de un año**;
- Que se acompañe un acuerdo que, ajustándose a la ley, regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. La exigencia legal, en orden a presentar este acuerdo que debe reunir los requisitos que indicaremos seguidamente, constituye también una manifestación del principio del interés superior de los hijos y del principio de protección del cónyuge más débil.

El acuerdo será **completo**, si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21, vale decir:

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

1° los alimentos que se deban<sup>62</sup>; y

2° las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio (artículo 21°, inciso 1°).

---

<sup>61</sup> En los juzgados civiles de Santiago, durante los meses posteriores a la entrada en vigencia de la Ley de Matrimonio Civil, se ha observado un criterio dispar en cuanto a la forma de presentar la solicitud de divorcio, cuando los cónyuges están de acuerdo. Para algunos juzgados, basta una presentación conjunta. Para otros tribunales, a pesar del acuerdo, uno de los cónyuges debe demandar al otro. Personalmente, creemos más ajustada al espíritu de la ley la primera fórmula, pudiendo ambos cónyuges designar un abogado patrocinante y apoderado común. Lo prudente, con todo, sería averiguar previamente cual de los dos criterios acepta el tribunal competente. En cualquier caso, el tribunal, interpuesta la demanda, deberá citar a la pertinente audiencia de conciliación. Los autores han concordado acerca de la interposición conjunta de la demanda (LÓPEZ Díaz Carlos, *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*, Tomo I (Santiago de Chile, Librotecnia, año 2005), pág. 278; BARRIENTOS Grandón Javier y NOVALES Alquézar, Aranzazú, *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno. Ley número 19.947: celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad* (Santiago de Chile, Editorial LexisNexis, año 2004), págs. 382 y 383). Sin embargo, con fecha 6 de septiembre de 2006, la Corte de Apelaciones de Concepción, expresa una opinión contraria, indicándose: *"1.- Que esta Corte no comparte el dictamen de la Fiscal Judicial, en cuanto a que en los juicios de divorcio de común acuerdo no pueden ambas partes ser patrocinadas y representadas por un solo abogado. Lo anterior porque entiende esta Corte que si ambas partes lo piden de común acuerdo, se está frente a una gestión no contenciosa. No puede haber juicio cuando la pretensión de las dos partes es la misma: que se ponga término al matrimonio por haber cesado la convivencia durante un lapso mayor de un año. El lenguaje que emplea el inciso 1° del artículo 55 de la Ley número 19.947: 'el divorcio será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común acuerdo' es suficientemente ilustrativo, pues no habla de demanda. 2.- Que, lo dicho en el fundamento anterior, no significa que no deba darse cumplimiento en estas causas a las exigencias que la ley prescribe. Desde luego, debe probarse el cese de la convivencia por el plazo legal, requisito que en el caso de autos aparece satisfecho con las declaraciones de los testigos..."*: LEYES & SENTENCIAS número 26 (Santiago de Chile, año 2006), pág. 55 y 56. La sentencia parcialmente transcrita es especialmente interesante, porque fue redactada por el profesor René Ramos Pazos, abogado integrante del mencionado tribunal colegiado.

<sup>62</sup> Se trata de los alimentos devengados pero no pagados, y no de alimentos que vayan a persistir después del divorcio, pues operando éste, cesa el deber de socorro entre los cónyuges.

ii) Si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos:

1° el régimen aplicable a los alimentos;

2° el cuidado personal de los hijos; y

3° la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquél de los padres que no los tuviere bajo su cuidado (artículo 21°, inciso 2°).

El acuerdo será **suficiente**:

i) Si resguarda el interés superior de los hijos;

ii) Si procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura; y

iii) Si establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita.

Se trata, como ya analizamos, del mismo acuerdo previsto en la separación de los cónyuges, tanto de hecho como judicial.

c) Cómputo del plazo del cese de la convivencia de los cónyuges.

Distinguimos al efecto, entre los matrimonios celebrados con antelación a la entrada en vigencia de la ley (o sea, antes del 18 de noviembre de 2004) y aquellos celebrados a partir de esa data.

c.1) Cómputo del plazo del cese de la convivencia entre los cónyuges, tratándose de los matrimonios celebrados a partir del 18 de noviembre de 2004.

El inciso 4° del artículo 55, dispone que, en todo caso, se entenderá que el cese de la convivencia no se ha producido con anterioridad a las fechas a que se refieren los artículos 22 y 25 de la ley, según corresponda. Recordemos que el artículo 22, se refiere al acuerdo de los cónyuges separados de hecho, acerca de la fecha en que cesó la convivencia, mientras que el artículo 25 alude a hipótesis en las que la fecha cierta emana de actos realizados por uno solo de los cónyuges.

En consecuencia, sea que el divorcio se pida por los cónyuges de común acuerdo, sea que se pida por uno de ellos en forma unilateral, los plazos de uno y tres años cabales, sólo se contarán:

- Si hay acuerdo escrito entre los cónyuges, acerca de la fecha en que cesó la convivencia, expresado en alguno de los siguientes documentos:

1° escritura pública, o acta extendida y protocolizada ante notario público;

2° acta extendida ante un Oficial del Registro Civil, o

3° transacción aprobada judicialmente (artículo 22, inciso 1°).

Adicionalmente, si el cumplimiento del acuerdo requiriese una inscripción, subinscripción o anotación en un registro público, se

tendrá por fecha del cese de la convivencia aquélla en que se cumpla tal formalidad (artículo 22°, inciso 2°).

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

- Si no hay acuerdo entre los cónyuges acerca de la fecha en que cesó la convivencia, esta se deducirá de los siguientes actos, realizados por uno solo de los cónyuges:

1° A partir de la notificación de la demanda, en el caso del artículo 23°;

2° Si no mediando acuerdo ni demanda entre los cónyuges, uno de ellos ha expresado su voluntad de poner fin a la convivencia a través de cualquiera de los instrumentos señalados en las letras a) y b) del artículo 22° (vale decir, escritura pública o acta extendida y protocolizada ante notario público; o acta extendida ante un Oficial del Registro Civil) o dejado constancia de dicha intención ante el juzgado correspondiente, y se notifique al otro cónyuge. En tales casos, se tratará de una gestión voluntaria y se podrá comparecer personalmente. La notificación se practicará según las reglas generales (artículo 25°). Reiteramos aquí lo expresado a propósito de la separación judicial, en cuanto a que la notificación debe ser personal y que habrá fecha cierta a partir del momento en que aquella se practique.

c.2) Cómputo del plazo del cese de la convivencia entre los cónyuges, tratándose de los matrimonios celebrados antes del 18 de noviembre de 2004.

Rige en este caso, lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 2° transitorio de la ley, que establece que no regirán las limitaciones señaladas en los artículos 22 y 25 de la Ley de Matrimonio Civil para comprobar la fecha de cese de la convivencia entre los cónyuges. Por ende, tal hecho podría acreditarse por otros medios de prueba, distintos a los consignados en ambas disposiciones (instrumentos privados, testigos, etc.). Sin embargo, el mismo inciso 3° advierte que el juez podrá estimar que no se ha acreditado el cese de la convivencia, si los medios de prueba aportados al proceso no le permiten formarse plena convicción sobre ese hecho. En todo caso, la sola prueba de testigos, si ella forma convicción suficiente al juez, puede ser suficiente para decretar el divorcio. En tal sentido, una sentencia de fecha 7 de agosto de 2006, de la Corte de Concepción, deja en claro que *“...la limitación probatoria establecida en el inciso penúltimo del citado artículo 55 no rige respecto de los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley número 19.947, de los modo que los cónyuges podrán recurrir a la prueba*

*testimonial, como en el caso de autos, con la única condición que permita al juez formarse plena convicción sobre el hecho del cese efectivo de la convivencia por el lapso requerido para dar lugar al divorcio (...) la declaración de estos testigos, sin tacha, legalmente examinados y que dan razón de sus dichos, conforme a las reglas de la sana crítica, a juicio de estos juzgadores, constituyen plena prueba sobre el hecho de la separación efectiva alegada por los cónyuges en esta causa y, en consecuencia, producen la plena convicción exigida en el inciso final del artículo segundo transitorio de la Ley número 19.947.”<sup>63</sup>*

Con todo, subsiste una importante limitación: de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1º transitorio, regla tercera, número siete, la prueba confesional no será suficiente para acreditar la fecha de cese de la convivencia entre los cónyuges.

La limitación anterior, corrobora que no hay divorcio por el simple acuerdo de los cónyuges ni menos por la mera solicitud unilateral de uno de ellos.

Lo expuesto acerca de la prueba del cese de la convivencia en el juicio de divorcio, rige también para el juicio de separación judicial.

El último inciso del artículo 55, establece que la reanudación de la vida en común de los cónyuges, con ánimo de permanencia, interrumpe el cómputo de los plazos a que se refiere el citado precepto. Nada dispone la ley acerca de la prueba de la reanudación de la vida en común (y no podría aplicarse el artículo 39, pues tal precepto sólo es aplicable para la reanudación de la convivencia acaecida después del 18 de noviembre de 2004), de manera que debiéramos entender que el cónyuge que la alegue, podrá acreditarla a través de cualquiera de los medios de prueba que franquea la ley.

d) De la titularidad y el ejercicio de la acción de divorcio.

De conformidad al artículo 56, la acción de divorcio pertenece exclusivamente a los cónyuges. En principio, cualquiera de ellos podrá demandarlo. Sin embargo, cuando se invoque la causal contemplada en el artículo 54 (esto es, incurrir el cónyuge en una falta que implique una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio a los cónyuges; o una violación grave de los deberes y obligaciones para con los hijos; y en la medida en que la falta, de la gravedad señalada, torne intolerable la vida en común) la acción corresponderá sólo al cónyuge que no hubiere dado lugar a aquélla.

---

<sup>63</sup> LEYES & SENTENCIAS número 24 (Santiago de Chile, año 2006), págs. 30 a 32.

El artículo 57, por su parte, establece que la acción de divorcio es irrenunciable y no se extingue por el mero transcurso del tiempo.

A su vez, el artículo 58 dispone que el cónyuge menor de edad y el interdicto por disipación son hábiles para ejercer por sí mismos la acción de divorcio, sin perjuicio de su derecho a actuar por intermedio de representantes (recordemos que la misma regla se establece en el artículo 46, respecto a la nulidad del matrimonio).

De los artículos 56, 57 y 58, podemos deducir que la acción de divorcio tiene las siguientes características:

- Es una acción personalísima, que sólo los cónyuges pueden deducir;<sup>64</sup> por ello, la pueden deducir incluso los cónyuges incapaces, como lo son el menor adulto capaz de contraer matrimonio y el disipador interdicto.
- En ciertos casos, sólo puede deducirla el cónyuge que no haya incurrido en la causal que justifica la declaración del divorcio;
- Es una acción irrenunciable;
- Es una acción imprescriptible<sup>65</sup>.

e) De los efectos del divorcio.

Distinguimos entre los efectos de la sentencia de divorcio entre los cónyuges y respecto de terceros:

- Entre los cónyuges: el divorcio producirá efectos desde que quede ejecutoriada la sentencia que lo declare (artículo 59, inciso 1°);
- Respecto de terceros: la sentencia ejecutoriada en que se declare el divorcio deberá subinscribirse al margen de la respectiva inscripción matrimonial. Efectuada la subinscripción, la sentencia será oponible a terceros y los cónyuges adquirirán el **estado civil de divorciados**, con lo que podrán volver a contraer matrimonio (artículo 59, inciso 2°).

Como podemos observar, la ley ha creado un nuevo estado civil: el de divorciado, que debemos sumar al de soltero, casado, viudo y separado judicialmente.

Como una consecuencia lógica de la disolución del matrimonio, el divorcio pone fin también a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del

---

<sup>64</sup> Se mantuvo el mismo principio que establecía el artículo 24 de la ley de 1884.

<sup>65</sup> En la ley de 1884, se extinguía la acción por prescripción de un año, contado desde que se había tenido conocimiento del hecho en que se fundaba (artículo 26). Dado que se trataba de una prescripción de corto tiempo, se regía por el artículo 2524 del Código Civil y no se suspendía, vale decir, corría contra toda clase de personas.

matrimonio, como los derechos sucesorios recíprocos y el derecho de alimentos, sin perjuicio de la compensación económica a la que aludiremos en el párrafo siguiente (artículo 60).

De conformidad a lo previsto en el artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales, y al igual que ocurre tratándose de la separación judicial y la nulidad, los cónyuges, de común acuerdo, pueden solicitar al juez, durante el juicio de divorcio, que liquide la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales que hubo entre marido y mujer.

Cabe consignar que este parentesco por afinidad no desaparece con la sentencia de divorcio, como lo da a entender claramente el artículo 31 del Código Civil, al aludir a persona “*que está o ha estado casada*”. Por lo tanto, los divorciados, siguen siendo parientes por afinidad, con los consanguíneos del cónyuge de quien se han divorciado.

#### BIBLIOGRAFÍA:

- BARRIENTOS Grandón Javier y NOVALES Alquézar, Aranzazú, “*Nuevo Derecho Matrimonial Chileno. Ley número 19.947: celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad*” (Santiago de Chile, Editorial LexisNexis, año 2004).
- LÓPEZ Díaz Carlos, “*Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*”, Tomo I (Santiago de Chile, Librotecnia, año 2005).
- RODRÍGUEZ Grez, Pablo, “*Ley de Matrimonio Civil*”, artículo publicado por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Desarrollo, “Curso de Actualización Jurídica. Nuevas Tendencias en el Derecho Civil”, Santiago, año 2004.
- ROSSEL Saavedra Enrique, “*Manual de Derecho de Familia*”, Editorial Jurídica de Chile, Séptima Edición Actualizada, Santiago, año 1994.
- Larousse, Diccionario Enciclopédico 2003, Colombia, Colombiana S.A.
- LEYES & SENTENCIAS número 24 (santiago de Chile, año 2006).
- LEYES & SENTENCIAS número 26 (Santiago de Chile, año 2006).
- Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.