

LEY 19.947

por *Andrea Muñoz Sánchez*
Profesora de Derecho Civil
Universidad Diego Portales

NOTAS SOBRE LA NULIDAD, LA SEPA-
RACIÓN Y EL DIVORCIO EN LA NUE-
VA LEY DE MATRIMONIO CIVIL

I

La nueva ley de matrimonio civil que comentamos nació como una moción parlamentaria, impulsada hace ya casi diez años, por un grupo de diputados de distintas tendencias políticas; el Ejecutivo le otorgó su patrocinio cuando el proyecto se encontraba en el segundo trámite constitucional, oportunidad en la cual presentó una indicación tendiente a introducirle algunas modificaciones¹. El resultado que hoy observamos es, pues, fruto de un largo debate en que se escucharon diversas opiniones de especialistas y al cual fueron convocados también los representantes de las principales iglesias. Ésta es una ley en muchos aspectos emblemática, en la medida que introduce formalmente

¹ Indicación del Presidente de la República, oficio N° 227-344 de 13 de septiembre de 2001, en anexo N° 1, pp. 4 a 71, del Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley que establece una nueva ley de matrimonio civil (*Boletín* 1759-18)

el divorcio vincular y refleja el esfuerzo por conciliar diferentes posturas, con el fin de lograr establecer un estatuto razonable para el matrimonio, en todas las etapas de lo que podríamos llamar el íter contractual.

II

Lo primero que hay que decir, es que estamos en presencia de un nuevo cuerpo legal que sustituye íntegramente la ley de matrimonio civil de 1884. Consta de nueve capítulos, a través de los cuales se aborda la celebración del matrimonio (II), la separación de los cónyuges (III), la terminación del matrimonio, sea por muerte natural o presunta de uno de los cónyuges (IV), por nulidad (V) o por divorcio (VI), reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio (VII), donde se trata de la compensación económica, de la conciliación y de la mediación, la ley aplicable y el reconocimiento de las sentencias extranjeras (VIII) y, para concluir, normas de carácter procesal (IX), relativas a los juicios de separación, nulidad y divorcio. Se trata de un cuerpo legal sistemático y completo, que perfecciona la normativa anterior en variados aspectos, entre los cuales mere-

cen una consideración especial las tres instituciones jurídicas a través de las cuales es posible abordar las rupturas matrimoniales. En efecto, el tratamiento que se le da a la nulidad, separación y divorcio resulta interesante, en la medida que se establece un estatuto propio para cada institución y se contemplan, además, reglas comunes a todas ellas, atendido que las consecuencias que de tales figuras se derivan son, a la postre, de la misma naturaleza.

Aunque sea en el ámbito general, no pueden dejar de mencionarse otros aspectos, si se quiere, de carácter adjetivo, que completan este cuadro y permiten darle un sello a la nueva ley. Me refiero a la incorporación de la Mediación, como mecanismo cooperativo de solución de los conflictos, a la radicación de estas causas en los futuros tribunales de familia y a la regulación de una compensación económica destinada a reparar el menoscabo que pudo haber sufrido el cónyuge que se hubiere dedicado al cuidado de los hijos.

III

Sin perjuicio de las diferentes posturas manifestadas durante su discusión en el Congreso, ha prevalecido la orientación del proyecto original, que buscaba fundamentalmente dar una solución legal para las rupturas matrimoniales, en el marco de los siguientes principios o ideas matrices: protección de la familia, preservación de las relaciones de filiación, resguardo del interés superior de los hijos y del cónyuge más débil, reconocimiento de la autonomía

de los cónyuges para regular aspectos de su propia relación y relativos a su relación con los hijos. La nueva normativa ha incorporado, además, una fuerte priorización por el matrimonio, como base de la familia.

Cabe preguntarse, pues, ¿de qué manera se encuentran recogidos en la nueva ley estos principios que acabamos de enunciar?

1. Protección de la familia

- encontramos elementos tendientes a hacer más consciente y responsable la decisión de casarse, como la elevación del mínimo de edad para contraer el vínculo (artículo 5, N° 1) y los cursos de preparación al matrimonio (artículo 10), entre otros.
- Se promueve la utilización de mecanismos para solucionar los conflictos en forma menos confrontacional y para lograr acuerdos cooperativos acerca de la relación entre los cónyuges y en relación con los hijos: regulación de la Mediación (artículos 71 y ss.).
- Se le otorga competencia para conocer de los asuntos que trata esta ley a los tribunales de familia (artículo 87).
- La existencia de plazos asociados al cese de la convivencia, como causal objetiva de divorcio (artículo 55).
- Se prevé la resolución conjunta de todas las materias que afectan la vida familiar, cuando el juez se pronuncia sobre la nulidad, separación o divorcio: tuición, visitas, alimen-

tos, régimen de bienes, etcétera (artículo 89).

2. *Preservación de las relaciones de filiación*

- El juez debe resolver todas las cuestiones atinentes a la nulidad, separación o divorcio, conciliándolas con los derechos y deberes provenientes de las relaciones de filiación (artículo 3°).
- El juez debe intentar conciliar la ruptura con la subsistencia de una vida familiar compatible con la separación entre los cónyuges (artículo 3°).
- Los acuerdos que los cónyuges celebren respecto a materias provenientes de las relaciones de filiación deben ser *completos y suficientes* (artículos 27 y 55).

3. *Resguardo del interés superior de los hijos y del cónyuge más débil*

- El juez debe resolver los asuntos regulados en la ley cuidando de proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil (artículo 3°).
- el juez debe oír a los niños que estén en condiciones de formarse un juicio propio y tener en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez, teniendo en especial consideración el interés superior del niño (artículo 85).
- Se establece la obligación de pagar una compensación económica en beneficio de aquel de los cónyuges que se hubiere dedicado al cuida-

do de los hijos, sin poder desarrollar una actividad lucrativa, a causa de lo cual sufre un menoscabo en su patrimonio (artículo 61).

4. *Reconocimiento de autonomía de los cónyuges para regular sus relaciones mutuas y la relación con sus hijos*

- Si los cónyuges solicitan conjuntamente la separación o el divorcio, deberán presentar un acuerdo que regule en forma *completa y suficiente* sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos (artículos 27 y 55).
- Los cónyuges mayores de edad podrán convenir el monto y la forma de pago de la compensación económica que corresponda a uno de ellos; sólo a falta de acuerdo, corresponnde al juez determinar su procedencia (artículo 63).
- Si los cónyuges se separan de hecho, podrán regular de común acuerdo sus relaciones mutuas y su relación con los hijos (artículo 21).
- La Mediación, como mecanismo de resolución de los conflictos, implica privilegiar la alternativa de que sean los propios cónyuges los que encuentren soluciones para las materias derivadas de las relaciones de filiación (artículo 71 y ss.).

IV

En relación con la *nulidad del matrimonio*, se destacan principalmente las modificaciones introducidas en los requisitos de validez del matrimonio, orientadas a establecer estándares más exigentes en relación con la capacidad para casar-

se, así como a velar porque el consentimiento de los contrayentes sea libre y espontáneo. Hay que recordar que en estas materias la ley de matrimonio civil actualmente vigente es francamente insuficiente y ha sido largamente superada por otros cuerpos legales, como las propias normas de Derecho Canónico, modificadas el año 1983, que se han preocupado de establecer condiciones que aseguren un grado de comprensión adecuado por parte de los contrayentes, acerca de las obligaciones, naturaleza y fines del matrimonio. Estas mismas orientaciones son las que han llevado al legislador, por otra parte, a elevar la edad mínima para casarse y a eliminar la incompetencia del oficial del Registro Civil. La idea ha sido la de reconducir la nulidad –utilizada hasta la fecha para fines que no le son propios– a su finalidad esencial cual es la de verificar el cumplimiento de los requisitos de validez de la institución matrimonial.

En lo que respecta a los *requisitos de validez del matrimonio*, se introducen modificaciones tanto en el ámbito de la capacidad para casarse (en el derecho matrimonial se habla de *impedimentos dirimentes*) como en el de los vicios del consentimiento. En relación con los impedimentos absolutos, las modificaciones son las siguientes:

- i) se eleva la edad para contraer matrimonio a los 16 años, tanto para el hombre como para la mujer. Ésta es una reforma importante, por cuanto se abandona la lógica anterior que asocia la capacidad para casarse con la aptitud para procrear. Lo que se pretende es que las personas que se casan tengan un mayor

grado de madurez y sean más conscientes al tomar una decisión de tal envergadura;

- ii) se elimina el impedimento relativo a la impotencia de uno de los cónyuges,
- iii) se impide contraer matrimonio a aquél que no pudiera expresar claramente su voluntad por cualquier medio, ya sea en forma oral, escrita o por medio del lenguaje de señas, con lo cual se amplían las modalidades hasta hoy existentes al aceptar el lenguaje de señas, un mecanismo suficientemente confiable y seguro para expresar la voluntad y
- iv) se incorporan algunos impedimentos que están prácticamente tomados del Derecho Canónico vigente, los que impiden contraer matrimonio a quienes:
 - *se encuentren privados de uso de razón* (artículo 5, N° 3), causal que podría entenderse similar a lo que hoy representa la demencia o enajenación mental;
 - *los que por un trastorno o anomalía síquica fehacientemente diagnosticada sean incapaces de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio* (artículo 5°, N° 3), bajo esta causal lo único que importa es que el trastorno síquico sea de tal naturaleza, que impida que el cónyuge desarrolle una vida propia de la comunidad matrimonial, pudiendo abarcar situaciones de variada índole,
 - *los que carecieren de suficiente juicio o discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio* (artículo

5°, N° 4), esta causal alude, en el fondo, a la falta de madurez del contrayente para dimensionar las responsabilidades que surgen del contrato matrimonial, se le exige un discernimiento específico, que le permita comprender y comprometerse con los derechos y obligaciones que emanan del matrimonio.

Como es posible observar, se trata de impedimentos bastante abiertos y subjetivos, difíciles de evaluar, particularmente si ha transcurrido mucho tiempo desde la celebración del matrimonio. Si bien existe una amplia jurisprudencia en el ámbito del Derecho Canónico respecto de cada uno de ellos, no parece una tarea simple trasladar esta doctrina al juzgamiento que harán los tribunales civiles o de familia. El proyecto original, si bien también basado en el Derecho Canónico, se limitaba a incorporar como impedimento absoluto al que “por causas de naturaleza síquica no pudiere asumir las obligaciones esenciales del matrimonio, sea absolutamente o de una manera incompatible con la naturaleza del vínculo”. Los impedimentos que han sido consagrados por la ley, finalmente, surgen de la indicación del Ejecutivo y responden a la intención de facilitar el acceso a la nulidad de matrimonio por parte de los matrimonios católicos. Con ello se corre el riesgo, sin embargo, de que estas causales sean utilizadas para encubrir verdaderos divorcios, con lo cual se puede volver a caer en las simulaciones que esta ley pretendía dejar en el pasado.

Las modificaciones introducidas en los vicios del consentimiento, por su

parte, están orientadas a comprender hipótesis no consideradas en la ley vigente, pero que efectivamente constituyen obstáculos para la manifestación de un consentimiento libre y espontáneo. En lo que respecta al error, se admite que éste pueda recaer en *alguna de las cualidades personales del otro contrayente que, atendida la naturaleza o los fines del matrimonio, ha de ser estimada como determinante para otorgar el consentimiento* (artículo 8, N° 2). Como se sabe, el error, limitado a aquél que recae en la identidad física del otro contrayente, no es capaz de amparar situaciones reales de error sobre la persona del otro contrayente como las que incorpora esta nueva norma. Desde luego, que no cualquier condición o cualidad desconocida del otro contrayente es suficiente para viciar de esta manera el consentimiento, sino sólo aquéllas que de acuerdo con *los fines o la naturaleza del matrimonio*, puedan ser estimadas como determinantes para otorgar el consentimiento. En esta causal puede quedar comprendida, por ejemplo, la hipótesis de una persona que tiene una orientación sexual desconocida para el otro cónyuge y que no es compatible con la naturaleza del matrimonio. En cuanto a la fuerza, cabe destacar que lo que se ha pretendido es incorporar la hipótesis de que la fuerza o presión psicológica pueda ser ocasionada no sólo por una persona sino *por una circunstancia externa* (artículo 8, N° 3), lo que permite cubrir situaciones bastante frecuentes y que a la luz de los requisitos de la fuerza en materia contractual no podían ser considerados, como el caso de una menor o adolescente que al estar embarazada se ve sometida a

una presión social externa –no identificable con una persona específica– que la lleva a casarse. Por último, se elimina el rapto, hipótesis de escasa o nula aplicación en el Derecho vigente.

En cuanto a los impedimentos dirimentes relativos, se mantiene la incapacidad por parentesco (artículo 6º) y la relativa al homicidio del otro cónyuge (artículo 7º), con una corrección formal el primero (se elimina el error en relación con los colaterales de aludir “hasta el segundo grado inclusive”) y una adaptación a los nuevos cánones procesales penales, la segunda. Se elimina, acertadamente, el impedimento que había quedado luego de la reforma de la ley 19.335, relativo al adulterio.

En consecuencia, de acuerdo con lo señalado en el capítulo v de la nueva ley (artículos 44 y 45), las causales de nulidad que actualmente rigen, son lo que podríamos llamar los impedimentos dirimentes absolutos contenidos en el artículo 5º, los dirimentes relativos del artículo 6 y 7, los vicios del consentimiento consagrados en el artículo 8º y una causal formal, relativa a la falta de testigos hábiles en la celebración del matrimonio (artículo 45, en relación con el 17).

En lo relativo al tratamiento de los restantes aspectos técnicos de la nulidad de matrimonio, debemos advertir que se observa un evidente mejoramiento, en la medida que se precisan o acotan los titulares de la acción y al abordar los efectos, se recogen en el texto legal algunas soluciones que la doctrina nacional ya ha consolidado y se zanján otras cuestiones que eran materia de discusión.

En términos generales, en cuanto a los titulares de la acción de nulidad se mantienen las reglas básicas, según las cuales el ejercicio de la acción le corresponde a cualquiera de los presuntos cónyuges, salvo excepciones que se precisan y la acción sólo podrá intentarse mientras vivan ambos cónyuges, también con las excepciones clásicas del vínculo matrimonial anterior no disuelto y el matrimonio en artículo de muerte. Las modificaciones que se introducen tienen relación básicamente con:

- eliminar como titulares al ministerio público y “a las personas que tengan actual interés en ella” (en la nulidad). En su reemplazo lo que se hizo fue acotar las situaciones en que otros terceros podrían intervenir; así, se le otorga acción a cualquier persona (una especie de acción popular), en interés de la moral o de la ley, pero exclusivamente para reclamar la nulidad en caso de los impedimentos relativos de parentesco y de homicidio, y en el caso de nulidad por vínculo matrimonial anterior no disuelto, se acota el ejercicio de la acción al cónyuge anterior y a los herederos, quedando fuera las hipótesis que eventualmente podían llegar a cubrir hasta acreedores de los cónyuges.
- en lo que respecta a los ascendientes, se circunscribe su actuación a la nulidad basada en la causal de haber contraído el vínculo sin el mínimo de edad exigido e, incluso, por un tiempo limitado, pues alcanzada la edad de 16 años por los cónyuges, la acción se radica sólo en ellos.
- se mantiene la norma que entrega la acción al cónyuge afectado por

alguno de los vicios del consentimiento.

En materia de prescripción se introducen algunos cambios, ampliándose a tres años en caso de vicios del consentimiento, a un año por impedimento de edad, pero contado desde alcanzada la mayoría de edad y acotándose a un año desde la celebración del matrimonio, la causal de falta de testigos hábiles, lo que precave cualquier tipo de fraude por esa vía. Con todo, habría sido deseable que se hubieren establecido plazos de prescripción en relación con las causales más abiertas análogas al Derecho Canónico, para evitar posibles fraudes a la ley.

En lo que toca a los efectos de la nulidad, quiero destacar básicamente: a) se traslada al nuevo cuerpo legal el famoso artículo 122 del *Código Civil*, relativo al matrimonio putativo, consignándose la hipótesis de la ratificación, en caso de haberse celebrado el matrimonio ante una entidad religiosa (artículo 51, inciso 1°), b) en el caso que sólo uno de los cónyuges estuviere de buena fe, éste puede optar entre liquidar los bienes comunes conforme a las normas propias del régimen de bienes que hubieren tenido hasta la fecha, o someterse a las reglas generales de la comunidad (artículo 51, inciso 2°), c) se establece que es en el juicio de nulidad donde debe alegarse y probarse la mala fe del otro cónyuge. Caso contrario, se presume la buena fe y justa causa de error (artículo 52), d) se mantiene la regla de que la nulidad no afecta para nada la filiación de los hijos que hubiere sido determinada, a pesar de que no hubiera habido justa causa de error ni buena fe por parte de ninguno de los cónyuges.

V

Uno de los aciertos de la nueva normativa es la regulación de la *separación de los cónyuges* que, como sabemos, salvo algunas normas aisladas que hacían alusión a ella (como la del artículo 155, inciso 3° del *Código Civil*), no era objeto de una regulación sistemática. Es obvio que, analógicamente, las normas que más se le parecen son las relativas al divorcio no vincular, en la medida que por su intermedio se consagraba la “separación de cuerpos”, pero su escasa aplicación práctica (como no fuera para buscar efectos colaterales de índole patrimonial), la había convertido en una institución extraña y algo inútil. El interés por regular esta alternativa de separación de los cónyuges aparece fundamentado en la exposición de motivos de la moción que dio impulso al proyecto de ley original, atribuyéndosele a la separación judicial, básicamente, dos roles: por una parte, se considera una suerte de alternativa al divorcio, dado que se establecen las mismas causales para ambas instituciones, de manera que podría ser utilizada por personas que por diversas razones prefirieren no acceder al divorcio; y desde otra perspectiva, la separación se entiende como una antesala del divorcio, convirtiéndose en un tiempo de espera, sensato y prudente, que permitiría a los cónyuges evaluar sin premuras, la procedencia efectiva del divorcio.

Por su parte, la indicación del Ejecutivo propuso una separación *provisoria y otra definitiva*, estableciéndose un mecanismo que utilizaba la separación personal de los cónyuges como requi-

sito indispensable para alcanzar el divorcio o, incluso, la nulidad del matrimonio, lo cual presentaba dificultades técnicas y prácticas, que fueron tomadas en cuenta para su rechazo.

La nueva ley optó por distinguir, finalmente, entre la *separación de hecho* y la *separación judicial*.

1. Las normas relativas a la *separación de hecho* obedecen básicamente a dos propósitos: a regular, por una parte, el contenido y la forma de los acuerdos a que pueden llegar los cónyuges que se separan y, por otra, a utilizar estos acuerdos para fijar una fecha cierta, a partir de la cual se produce el cese de la convivencia entre los cónyuges, cuestión que resulta de gran importancia a la hora de contabilizar los plazos requeridos para poder invocar el cese de convivencia como causal de divorcio. Resulta evidente que el primer propósito es del todo funcional al segundo y me atrevo a sugerir que dichas normas parecen haber sido creadas, justamente, para establecer un mecanismo seguro a través del cual se pudiera establecer un hito, o momento indiscutible, a partir del cual contabilizar los plazos del cese de convivencia, de manera de evitar fraudes a la ley.

En ese contexto, se reconoce la autonomía de los cónyuges para celebrar acuerdos que regulen sus relaciones mutuas, en especial, lo relativo a los alimentos que se deban y a las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio. Tratándose de un matrimonio con hijos, se establecen las materias que

dicho acuerdo debe regular en todo caso: el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquel de los padres que no los tuviere bajo su cuidado.

En la medida que esos acuerdos consten por escrito, en alguna de las tres formas que señala el artículo 22 –en escritura pública o acta extendida ante notario, en acta extendida ante oficial del registro civil o en transacción aprobada judicialmente– otorgarán fecha cierta al cese de la convivencia. De no haber acuerdo, se entiende que hay fecha cierta a partir de la notificación de la acción entablada por el otro cónyuge, para regular materias propias del conflicto, sean alimentos, visitas, u otra semejante. Si no mediare acuerdo ni demanda, la ley establece un mecanismo según el cual aquel de los cónyuges que desea poner fin a la convivencia, podrá expresarlo en escritura pública o acta ante oficial del registro civil o, bien, dejar constancia ante un tribunal civil, entendiéndose que hay fecha cierta a partir de la notificación de cualquiera de esos hechos al otro cónyuge, la que se practicará según las reglas generales (artículo 25).

Asumiendo que estos mecanismos tienen la loable intención de evitar fraudes, ya que se considera necesario que exista un tiempo efectivo de separación previa para poder pedir el divorcio, sin que baste el mero acuerdo de los cónyuges, es difícil evaluar qué tan eficaz será

la normativa. Supondrá, obviamente, internalizar nuevas pautas de conducta. Consideramos, en todo caso, que pudiera resultar algo engorroso y podrían producirse dificultades con las constancias unilaterales².

2. *La separación judicial* implica, por su parte, una autorización que otorga el juez a los cónyuges para que vivan separados, subsistiendo el vínculo matrimonial que los une. La separación puede pedirse por el cese de la convivencia, o bien por causa imputable a uno de los cónyuges, siempre que se trate de una violación grave de las obligaciones que surgen del matrimonio o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torna intolerable la vida en común (artículo 26 y 27). Como se dijo, ambas causales son análogas a las que se regulan en relación con el divorcio.

Nos interesa destacar, en todo caso, que si los cónyuges solicitan de común acuerdo la separación, por el cese de la convivencia, deberán acompañar un acuerdo que regule en forma *completa y suficiente* sus relaciones mutuas y las relaciones

con sus hijos. ésta es una cuestión clave y característica de la ley, que también se exige cuando el divorcio es pedido por ambos cónyuges y refleja la intención del legislador de que todas las materias conexas a la separación o el divorcio queden resueltas en esta instancia. Los adjetivos atribuidos a los acuerdos regulatorios, suponen, por otra parte, la intervención del juez para su calificación, por lo que no parece ser un requisito formal. La ley define lo que entiende *por completo y suficiente*. Es *completo* el acuerdo, si en relación con los hijos se regulan, a lo menos, las materias de tuición, visitas y alimentos (artículo 27 en relación con el 21) y en relación con las relaciones mutuas, los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio. Hay que hacer presente que si los cónyuges no lo hacen por sí mismos, le podrían pedir al juez, de común acuerdo, que liquide el régimen matrimonial. Se entiende que es *suficiente* aquel acuerdo que resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo ocasionar la ruptura y establece relaciones equitativas entre los cónyuges hacia el futuro.

En lo que respecta a la causal por culpa, que implica una conducta reprochable que se le imputa al otro cónyuge, se ha optado por establecerla en forma genérica, sin enunciar situaciones específicas como ocurre en el divorcio. Caben en ella, con todo, esas mismas hipótesis y otras que los cónyuges puedan probar, como maltrato, adulterio,

² En la sesión llevada a cabo el 15 de enero de 2004, de discusión en la sala del proyecto despachado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se discutió largamente una indicación que proponía notificar el cese unilateral a través de Carabineros, la que se rechazó finalmente. No hubo discusión particularizada, sin embargo, de la modificación introducida finalmente, que establece la alternativa de hacerlo ante los Tribunales de Justicia y la notificación según las reglas generales.

abandono, etc. De hecho, es útil destacar que se podrá solicitar la separación en el procedimiento a que dé lugar una denuncia por violencia intrafamiliar entre los cónyuges (artículo 29). Este tipo de causal suele ser criticada por el escándalo que puede conllevar su prueba en juicio y el daño que ocasionaría no solo entre los cónyuges sino en relación con los hijos, pero hay que reconocer que hubiera sido difícil prescindir de ella. Se destaca que el nuevo cuerpo legal –al contrario de lo que existe hoy respecto del divorcio no vincular– no contempla plazo de prescripción para el ejercicio de la acción.

En cuanto a los efectos, quisiera destacar, básicamente lo siguiente: a) en relación con los cónyuges, en el ámbito personal, quedan subsistentes todos los derechos y obligaciones que existen entre ellos, con excepción de los que no resultan compatibles con la vida separada, es por ello que se suspende la obligación de cohabitación y de fidelidad entre los cónyuges (artículo 33). Si bien pudiera resultar discutible la suspensión del deber de fidelidad, la verdad es que responde a una situación absolutamente real. Coherente con ello, se establece, asimismo, en el artículo 37, que el hijo concebido después de decretada la separación judicial, no goza de la presunción de paternidad, sin perjuicio que el nacido puede ser inscrito como hijo de los cónyuges, si concurre el consentimiento de ambos. El mismo espíritu es el que inspira la norma que prohíbe invocar como causal de divorcio el adulterio, si existe previa separación de hecho consentida por ambos cónyuges (artículo 26, inciso 2°), b) en lo patrimonial,

la separación pone término al régimen matrimonial que hubiera existido entre los cónyuges, se aplican las reglas especiales contempladas en el *Código Civil* sobre alimentos y en materia sucesoria, no se altera el derecho de los cónyuges a sucederse entre sí, salvo el caso del que hubiere dado lugar a la separación por su culpa, con lo que se mantiene la norma vigente referida al divorcio no vincular en el artículo 994 del *Código Civil*, el que se reforma para hacer alusión a la separación judicial, c) efectuada la subinscripción de la sentencia que declara la separación al margen de la respectiva inscripción matrimonial, los cónyuges adquieren la *calidad de separados*. Inicialmente, los senadores habían aprobado la idea de crear un nuevo *estado civil de separados*, lo que se corrigió mediante indicación³, acertadamente en mi opinión, dado que lo anterior constituía un error conceptual. d) por último, en relación con los hijos, cabe consignar que no se produce alteración ninguna en las relaciones de filiación que estuvieren determinadas.

La nueva ley regula detalladamente la reanudación de la vida común entre los cónyuges, normas de las que no nos ocuparemos en esta ocasión.

³ Sesión, (n. 2), en la misma sesión, se discutió y aprobó la mencionada indicación. Lamentablemente, no se hizo la adecuación necesaria en el artículo 38, que mantiene una frase que podría resultar contradictoria, cuando se refiere a que la reanudación de la vida en común de los cónyuges restablece *el estado civil de casados*.

VI

Por razones obvias, la regulación del *divorcio* fue la materia donde el debate parlamentario resultó más intenso. Había que definir el tipo de divorcio por el cual el nuevo cuerpo legal se iba a pronunciar, cuestión que está mucho más cargada de elementos morales, religiosos e ideológicos que las materias que antes hemos comentado y en las que hubo altos grados de consenso. Sin embargo, debemos hacer presente que el marco fijado por el proyecto original, en cuanto abordaba el divorcio como un mal menor y no como una institución a través de la cual se reivindicara un derecho a la libertad, fue un sello que primó y le dio relativa homogeneidad al debate, sin que se advirtieran posiciones demasiado extremas.

El proyecto de ley original contemplaba causales subjetivas y objetivas de divorcio⁴. Entre las primeras, básicamente, consideraba el incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones matrimoniales, que hacía intolerable la vida en común. Era una fórmula global, inspirada en la ley francesa de 1975, que se refería a la causal culpable clásica que da cuenta de un divorcio tipo sanción, aunque parecía menos inquisitoria al no listar cada hipótesis probable. El Senado optó por mantenerla, pero introduciendo algunos cambios. Se proponía como causal subjetiva, además, la hipótesis de que alguno de los cónyuges adoptara una actitud que resultara

incompatible con la naturaleza del vínculo, como conductas homosexuales o atentados contra la vida del otro cónyuge, cuestión que finalmente el Senado asimiló a la causal anterior, por considerar que era una hipótesis algo ambigua. Entre las causales objetivas, se contemplaba la figura clásica del divorcio remedio, en que bastaba acreditar la imposibilidad de la vida en común, como resultado de circunstancias objetivas, no imputables a ninguno de los cónyuges, sin que hubiera, razonablemente, probabilidad de reconciliación. Esta causal contemplaba como requisito de admisibilidad, que hubieren transcurrido a lo menos dos años desde la celebración del matrimonio y se presumía la imposibilidad de la vida en común, si se había producido un cese de la convivencia de, a lo menos, cinco años. Finalmente, se consignaba la separación de hecho y judicial, como causales objetivas para pedir el divorcio. En el primer caso, bastaba que hubiere transcurrido un lapso mayor de dos años desde que ambos cónyuges hubieren aceptado el cese de la convivencia y en el segundo, que hubieren transcurrido dos años desde que quedara a firme la resolución que dispuso la separación judicial. Para morigerar la causal del divorcio remedio y la de cierre (cese de convivencia por cinco años), el proyecto original consideraba una llamada *cláusula de dureza*, similar a algunas contempladas en países de Europa (que, en todo caso, tienen escasa o casi nula aplicación práctica). Mediante esta cláusula se permitía al juez no decretar el divorcio, pese a verificarse las causales reseñadas, si atendida la edad avanzada de los cónyuges u

⁴ Título v, artículos 50 a 57 del proyecto original.

otra circunstancia de similar naturaleza, el juez consideraba que el daño que con el divorcio se evitaría era menor que el que se ocasionaría de decretarlo.

El proceso de discusión sobre las causales de divorcio, en las distintas etapas de tramitación constitucional del proyecto, hizo que desaparecieran algunas, que otras se refundieran y que a fin de cuentas se optara por una *causal subjetiva*, que es la ya referida del incumplimiento grave de las obligaciones surgidas del matrimonio que hace intolerable la vida en común, y por otra *objetiva*, que rescata la idea del cese de convivencia entre los cónyuges y que establece plazos mayores o menores, según si hay o no concurrencia de voluntad entre los cónyuges para solicitar el divorcio. En la Cámara de Diputados se eliminó la causal de dureza, considerando que entregaba una excesiva discrecionalidad al juez y precaviendo una interpretación ideologizada, que pudiera utilizar la norma más bien en función de criterios personales del juez sobre la conveniencia o inconveniencia del divorcio, como institución, y no en relación con el caso concreto.

Con respecto a la causal subjetiva, se conservó la idea matriz del proyecto—incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, que haga intolerable la vida en común—exigiendo sólo que fuera grave y no reiterado; se agregó el incumplimiento de deberes para con los hijos, con lo cual se hace análoga a la causal de separación y se aceptó la enmienda del Ejecutivo, que consideraba un listado, a modo ejemplar, de hipótesis de incumplimiento de obligaciones, entre las cuales están el maltrato, el

abandono, la transgresión de los deberes de socorro, convivencia y fidelidad. Ahora bien, para verificar si de verdad está recogido en la norma actual el llamado divorcio sanción, es necesario determinar cuáles son las consecuencias que el divorcio obtenido por esta vía lleva implícito. Lamentablemente nos encontramos con que al regular la compensación económica se introdujo este criterio, abriendo la posibilidad de que el juez deniegue la compensación o disminuya prudencialmente su monto, si se declara que el divorcio es culpable. Eso, desgraciadamente, será un estímulo para interponer demandas o reconveniciones basadas en el divorcio por culpa, lo que constituye una seria distorsión al espíritu contemplado en la regulación inicial de la compensación (es producto de una indicación posterior del Ejecutivo).

Con respecto al cese de la convivencia, hay que consignar que ésta es quizá una de las causales que más acogida y aplicación ha tenido en el último tiempo en el Derecho Comparado, atendido que efectivamente es una causal más limpia, que no está contaminada con la prueba de cuestiones subjetivas y que refleja aquello que al juez le debe interesar constatar, cual es el fracaso del proyecto o plan de vida de la pareja, que aconseja poner fin al matrimonio. El tiempo de efectiva separación entre los cónyuges, es el elemento que otorga certeza en relación con la imposibilidad de mantener la vida en común, por lo que parece razonable que si ambos cónyuges requieren el divorcio conjuntamente, este lapso sea más breve, mientras que si lo pide uno sólo de los

cónyuges, sea necesario prolongar un poco más ese tiempo de espera, justamente en busca de una mayor certeza del quiebre matrimonial.

El nuevo cuerpo legal consagra el cese de convivencia, como causal objetiva para solicitar el divorcio, con las dos variantes antes anotadas. Así, si el cese de la convivencia se ha prolongado por espacio mayor de un año, los cónyuges quedan en condiciones de solicitar el divorcio de común acuerdo y si el cese de la convivencia se ha prolongado por el lapso de a lo menos tres años, podrá pedir el divorcio uno solo de los cónyuges (artículo 55). Ambas figuras corresponden a lo que en la opinión pública se ha instalado bajo la denominación de *mutuo consentimiento y divorcio unilateral o repudio*, respectivamente. Quisiera aclarar que es un error técnico hacer esa asimilación, ya que el mutuo consentimiento no requiere de plazo alguno de cese de la convivencia y cuando existe de verdad, lo único que el juez debe verificar es la autenticidad y libertad de la voluntad declarada por ambos cónyuges. En términos doctrinarios el mutuo consentimiento no requiere expresión de causa. La nueva ley no contempla, pues, la causal de mutuo consentimiento, sino que establece una causal objetiva, que desde un punto de vista estrictamente técnico corresponde a un divorcio remedio causado, donde lo que se debe acreditar es el cese de la convivencia, que vendría a constituir una suerte de presunción del quiebre. Tampoco se ha consagrado el divorcio unilateral o repudio, por cuanto, la razón o el motivo por el cual el juez otorgará el divorcio, no es porque se lo pida

uno solo de los cónyuges, sino porque hay una causa objetiva y comprobable que demuestra el fracaso del plan de vida de esa pareja, cual es el cese de la convivencia por un lapso no menor a los tres años. El divorcio sin expresión de causa, por voluntad unilateral de uno de los cónyuges, es poco frecuente en el Derecho Comparado⁵, en él efectivamente cualquier cónyuge puede requerir el divorcio sin necesidad de invocar, ni mucho menos probar, la concurrencia de causales subjetivas ni objetivas, de modo que es la misma voluntad unilateral la que permite acceder al divorcio, cuestión que es del todo diferente al modelo contenido en la nueva ley de matrimonio civil.

Como se habrá observado, los plazos para el cese de la convivencia (uno y tres años), fueron acortados en relación con los que contemplaba el proyecto original (tres y cinco), cuestión que ocurrió en la última etapa del debate en el Senado y luego de haberse barajado diversas opciones, entre las cuales se consultaba una que proponía disminuirlos si no existían hijos, variante que, en nuestra opinión, hubiera sido más prudente acoger⁶. En esta misma etapa, se le introdujo a la causal de cese de convivencia que permite el requeri-

⁵ MIZRAHI, Mauricio Luis, *Familia, Matrimonio y Divorcio*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001, p. 223.

⁶ Sesión (n. 2), En esta misma sesión se debatió el punto. Uno de los argumentos en pro de acortar los plazos que me parece importante destacar, fue el que de establecer plazos demasiado largos podría incentivar la simulación de causales subjetivas (divorcio por culpa), cosa que ha ocurrido en otros países.

miento unilateral, un aspecto que lo condiciona y que consiste en que el demandante no haya dado cumplimiento reiterado a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo. Es, de verdad, una especie de cláusula de dureza, ya que a pesar de concurrir la causal objetiva del cese de convivencia, el juez podría denegar el divorcio si se le acredita, por la parte demandada, los hechos ya descritos (artículo 55, inciso 3°). No queda claro, sin embargo, si se trata de una valla insalvable, de manera que el demandante no podría obtener el divorcio, debiendo esperar otros tres años en los cuales da cumplimiento riguroso a sus obligaciones alimenticias o, bien, el demandante podría enervar la excepción opuesta por la demandada, pagando, poniéndose al día en sus obligaciones, de manera de obtener el divorcio. Probablemente éste será un tema de interpretación que los jueces deberán resolver. En lo personal, me parece prudente utilizar un estímulo para que los cónyuges cumplan con sus obligaciones alimenticias, sin embargo, creo que si este mecanismo es utilizado para obstaculizar el divorcio que pide uno de los cónyuges, los efectos serán negativos y se volverá a una situación similar a la que existe hoy día, en que el divorcio sólo se puede obtener si hay acuerdo entre los cónyuges, dejando una cantidad de casos sin resolver.

Tocante a la forma de contabilizar los plazos del cese de convivencia, se utiliza la norma que revisamos en relación con la separación de hecho, de suerte que se entenderá que el cese de

la convivencia no se ha producido con anterioridad a las fechas a que se refieren los artículos 22 y 25. Ello se ve reforzado con la norma consagrada en el articulado transitorio, que regula los aspectos procesales de estos juicios, mientras no estén instalados los tribunales de familia, la que establece que *la prueba confesional no será suficiente para acreditar la fecha de cese de convivencia entre los cónyuges* (artículo 1° transitorio, regla tercer, numeral 7). Debemos señalar que a pesar de los reparos que pueda merecer este mecanismo de dejar constancia en determinados instrumentos que señala la ley, es probablemente más certero que la propuesta contenida en el proyecto original, que se basaba en la prueba de la *posesión notoria de la calidad de separados*, lo que ciertamente hubiera sido fácil de burlar⁷. Es necesario tener presente, en todo caso, que no regirán las limitaciones que acabamos de señalar para comprobar la fecha de cese de la convivencia entre los cónyuges, respecto de los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley; pudiendo los cónyuges acreditar este hecho por cualquiera de los medios de prueba que contempla la ley (artículo 2° transitorio).

Cabe señalar que si el divorcio por cese de la convivencia lo piden ambos cónyuges conjuntamente, habrán de presentar ante el juez, un acuerdo que regule en forma *completa y suficiente* sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos, en términos similares a lo que se dijo en relación con la separación de

⁷ Proyecto original, artículos 37, en relación con el 71 y 72.

los cónyuges (artículo 55, inciso 2°). Destaco la importancia de esta norma, que insta a los cónyuges a lograr los acuerdos necesarios en relación con sus hijos y a sus relaciones mutuas, como condición previa para pedir el divorcio conjuntamente. Sabemos que los estándares que ha puesto el legislador están orientados a resguardar el mejor interés de los hijos, a aminorar el menoscabo económico que pudo ocasionar la ruptura y a establecer relaciones equitativas entre los cónyuges. Tratándose de la relación entre los cónyuges, eso implicará que aborden una serie de materias de orden patrimonial que tienen que ver con la liquidación del régimen de bienes que hubiere existido durante el matrimonio y con una eventual compensación económica para aquel de los cónyuges que al haberse dedicado al cuidado de los hijos, ha sufrido un menoscabo económico que el otro cónyuge debe reparar. En relación con los hijos, las materias que deben estar resueltas, son las que tienen relación con la tuición, el derecho de alimentos y las visitas.

En relación con los efectos del divorcio, digamos simplemente que éste pone fin al matrimonio, otorgando a los cónyuges el estado civil de divorciados, lo que les permite volver a casarse. La acción de divorcio es irrenunciable y no se extingue por el mero transcurso del tiempo. En lo patrimonial, el divorcio pone fin a las obligaciones y derechos cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio, como los derechos sucesorios recíprocos y el derecho de alimentos, sin perjuicio de la compensación económica

regulada en este nuevo cuerpo legal, entre los artículos 61 y 66. En relación con los hijos, se mantienen sin alteración los vínculos filiativos y como se ha hecho presente al referirnos a los principios, el juez debe poner especial atención en que la separación de los padres sea compatible con el mantenimiento de la vida familiar y el interés superior de los hijos.

VII

El balance que podemos hacer de la normativa que hemos comentado resulta, en mi opinión, bastante razonable. Como se ha hecho presente, sin embargo, advertimos, algunas dificultades en las siguientes materias: en lo que respecta a la nulidad del matrimonio, se corre el riesgo de que bajo alguna de las incapacidades previstas en la nueva ley –tomadas del Derecho Canónico– se amparen situaciones de verdaderos divorcios, lo que, de alguna manera, desvirtúa el sentido de la ley; en lo tocante a la separación, nos asisten algunas dudas acerca de la forma en que operará el mecanismo a través del cual se fija fecha cierta del cese de convivencia, para contabilizar los plazos que permitan invocar el divorcio. Con todo, hemos señalado, también, que nos parece prudente establecer un mecanismo formal para acreditar la separación, que evite fraudes a la ley. En cuanto al divorcio, mi opinión es que se perdió la oportunidad de establecer algunos matices en relación con los plazos del cese de convivencia –como el hecho de existir o no hijos del matrimonio, por ejem-

plo— habiéndose acortado, sin más, los plazos que establecía el proyecto original, los que parecían bastante prudentes y coherentes con la idea de dar tiempo para tener certeza del quiebre de la relación matrimonial. Entendemos, sin embargo, que éste no es un aspecto de técnica jurídica y en tal sentido resulta enteramente opinable. Por otra parte, manifestamos nuestras dudas acerca de la interpretación que se le dará y los efectos prácticos que podría tener la cláusula que se incorporó al divorcio por cese de convivencia que solicita uno sólo de los cónyuges.

Con todo, parece claro que la nueva normativa aprobada es un real avance respecto de lo que había hasta hoy, por cuanto, el divorcio obtenido a través de las nulidades fraudulentas, por incompetencia del oficial del registro civil, constituye un divorcio fácil, que se puede lograr simplemente, pero —paradoja— sólo por mutuo consentimiento, sin que el juez que lo otorga verifique otra cosa que el seudo vicio formal, dejando a la familia, cónyuge e hijos, en la más absoluta desprotección. Predomina, no pocas veces, la ley del más fuerte y los hijos suelen ser usados, como moneda de cambio, en las negociaciones que los cónyuges hacen por su cuenta. Agréguese que al constituir un juicio fraudulento, le está vedado el acceso a quienes carecen de recursos, ya que las corporaciones de asistencia judicial, por razones obvias, tienen prohibición de patrocinar esas causas. Quedan, por otra parte, muchas rupturas sin

solución, al no existir otra vía que el mutuo consentimiento, lo que se traduce en que los afectados opten por vivir nuevas relaciones de pareja al margen del Derecho, con todo lo que ello significa de desprotección para el nuevo núcleo familiar. El costo económico de las separaciones, en este contexto, es alto, multiplicándose los abandonos, sin que sea posible exigir al cónyuge que deja el hogar, alimentos para los hijos o el cónyuge. Es posible que a muchos les parezca que la nueva ley es rebuscada o dificultosa. Es cierto, no se ha buscado facilitar las cosas, se pretendió darle el tratamiento que se merece una institución tan importante como la familia, con tiempos de espera, recursos para solucionar los conflictos a través de medios cooperativos, compensaciones económicas, si corresponden, y dentro del marco de los tribunales de familia que se crearán. Entiendo que los desafíos son muchos, por lo que sólo cabe esperar que la ley empiece a operar —transitoriamente ante los juzgados civiles— y que los tribunales de familia sean instalados lo más pronto posible, para poder evaluar su aplicación práctica. Contamos con que la academia desarrolle los aportes que corresponden en el campo de la dogmática, que el mundo de los abogados utilice la nueva normativa sin buscar resquicios para defraudarla y que los jueces sepan resolver con prudencia y sabiduría los casos —siempre complejos— que se les presenten, interpretando e integrando la ley a la luz de los principios que la inspiran.