Modifica normas en ley de matrimonio civil
Boletín N° 6008-18

ANTECEDENTE HISTORICO-JURIDICO

En el tercer milenio AC; las diversas ciudades del Indo cuya cultura dravidiana se caracterizaba por un sistema matri-igualitario en que la mujer o el hombre podían poner término a la relación, contrastaba con el de las ciudades de Mesopotamia y China donde el patriarcado permitía el repudio del marido.

Durante el segundo mileno AC; en Babilonia, en caso de que los cónyuges desearen poner fin a la relación matrimonial, la ley permitía a marido repudiar a la mujer, no obstante bajo ciertas circunstancias podía la mujer repudiar al marido. Egipto tenía normativas similares. El patriarcado por principio permitía el repudio del marido, pero el carácter sagrado del matrimonio hacía que no fuera fácil su disolución, era el caso de en Israel, al igual que entre los arios de la India, Persia y en China, de igual manera en los pueblos aqueos de Grecia: Micenas, Esparta entre otros. El sistema patriarcal de la familia, esto es descendencia por línea masculina, y la autoridad asignada al hombre, podía el matrimonio basarse en la monogamia, un hombre casado con una mujer; o en la poliginia, esto es un hombre podía casarse con una o más mujeres en forma simultánea o sucesiva, aun cuando la mayoría se basaba en la monogamia. Para celebrar el matrimonio, era determinante la decisión de los padres en la elección de los contrayentes, cuyas consideraciones eran de tipo económicas y conveniencia mutua para ambas familias, indispensable para autorizar el vínculo. Distinta era la situación entre los pueblos protoceltas o túmulos ubicados en la noroeste de Europa, así como los pueblos íberos/as en el suroeste del mismo continente, y también en los reducidos territorios de la India del sur y noreste donde aun subsiste la cultura dravidiana; en todos ellos se regían por un sistema matri-igualitario de la familia, descendencia por línea femenina e igualdad entre mujeres y hombres, donde el término de la convivencia formal o vínculo matrimonial era posible a solicitud de la mujer y también del marido.

Durante el primer milenio AC; sociedades con sistemas matri-igualitarios como el de Finia (Escandinavia), Bretaña y demás pueblos celtas, Etruria, Iberia, donde imperaba la igualdad de derechos entre mujeres y hombres, eran ellas las que perpetuaban la descendencia, la mujer así como tenía la iniciativa de elegir al hombre con el que deseaba convivir, podía también despedirlo y terminar con la convivencia, facultad que también tenía el hombre respecto de la mujer, lo propio sucedía en Cantabria que se acercaba mas a un sistema matriarcal; los pueblos señalados precedentemente estaban basados en la monogamia, esto es unión de una mujer y un hombre, pero en algunos de ellos en la poliandria, esto es unión de una mujer con dos o mas hombres que pueden o no ser hermanos entre sí. Esparta (ahora pueblo dorio) y Egipto destacaban por una peculiar situación, habían evolucionado desde un sistema patriarcal hacia un sistema familiar de tipo semi-igualitario, esto es, un pasado patriarcal en siglos anteriores, pero con una creciente participación de las mujeres en el momento presente, el divorcio era un derecho que lo podía ejercer tanto la mujer como el marido.

En Roma que se caracterizaba por un sistema patriarcal de la familia, el matrimonio tenía un sentido religioso, los contrayentes para casarse requerían el consentimiento de todos los ascendientes varones, y si bien el marido tenía la facultad de repudiar a la mujer especialmente si incurría en adulterio, la disolución del matrimonio era muy poco frecuente. Atenas en sus primeros tiempos tenía normas similares basadas en el patriarcado; no obstante a contar del siglo IV AC, el divorcio tenía reconocimiento legal en virtud de la cual el marido podía repudiar a su consorte, estando obligado en caso de adulterio de la mujer o si ella no era ciudadana ateniense, la mujer por su parte podía solicitar el divorcio en caso de malos tratos o intento de corromperla y debía solicitarlo si el marido no tenía la calidad de ciudadano ateniense. En Roma a contar del siglo III AC, los divorcios comenzaron a hacerse mas frecuentes, y podían ejercer ese derecho ya no solo el marido sino también la mujer (divorcio proviene del latín divortere y se decía divorsum).

En los comienzos de la Alta Edad Media; hacia el siglo VI DC en Bizancio, Grecia y los dominios Orientales del Imperio, que incluye Numidia y Egipto, se estableció como causales además de las anteriores: adulterio de la mujer o del marido si éste tuviere concubina en el hogar o en el pueblo, atentado contra la vida del otro, tentativa para prostituir a la mujer, crimen contra la seguridad del Estado, locura de uno u otro cónyuge, entre otras, se elimina la causal de mutuo acuerdo, pero después se reestablece. En los países germanos existía a posibilidad de divorciarse con más facilidad, que entre otras causales estaba la de mutuo consentimiento, y podía ser solicitado por el marido o la mujer. El punto en común de las sociedades occidentales era que no obstante la estructura patriarcal de la familia, el matrimonio se basaba en la monogamia, esto es, entre un hombre y una mujer, se permitía el divorcio según el país o lugar con causales mas amplias o mas restringidas según el caso.

En esa época, en países como Arabia tenía el marido amplias facultades para repudiar a la mujer, esto es, poner término al matrimonio sin expresar causa. En países como India, China y Japón, el marido tenía homólogas facultades, aunque en la práctica era menos frecuente el término del matrimonio por voluntad marital; pero en todos ellos imperaba una rígida estructura patriarcal de la familia. La excepción era el Tibet, cuyo sistema matri-igualitario permitía incluso la poliandria, o sea una mujer casada con varios hombres, muchas veces hermanos entre ellos, en ese contexto, la mujer podía poder término a la relación.

Un siglo después en el siglo VII DC en Arabia, se instaura la ley musulmana la que se extiende a Egipto, así como en el resto de norte de Africa, como también en Persia, el matrimonio estaba basado en la poliginia, un hombre podía casarse con varias mujeres eso sí limitado hasta cuatro, pero precisamente se estableció que frente a las facultades del marido para repudiar a su consorte, podía la mujer en forma excepcional solicitar el divorcio invocando una causal específica, que podía ser malos tratos.

En la Alta Edad Media; en Europa, la mayoría de las sociedades estaban normadas dentro de un contexto familiar patriarcal, no obstante las diversas disposiciones legales que comprenden las normativas civiles y de familia del derecho comparado, el divorcio como expresión de disolución del vínculo matrimonial era permitido, siempre que lo fuere por causales específicas en las legislaciones occidentales; sin perjuicio de la permanente oposición de la Iglesia Católica a que los tribunales civiles tuvieran la facultad de disolver el vínculo matrimonial, dado que a este vínculo se le consideraba un sacramento, aceptando únicamente las causales de nulidad matrimonial canónicas y sin perjuicio de la separación de cuerpos; a diferencia de lo que sucedía en los países orientales bajo influencia musulmana, donde el repudio del marido era la regla general.

En la Baja Edad Media; en Europa a contar del siglo XII y que se consolida en el siglo XIII, el derecho matrimonial pasa a ser parte de la jurisdicción eclesiástica católica, lo que significa que el matrimonio ante la ley por ser un sacramento se define como indisoluble, teniendo los cónyuges la facultad de solicitar la separación de cuerpos, llamada también separación de lecho y mesa, cuyo efecto significaba que la mujer tenía derecho a su dote, pero el marido continuaba administrando los bienes de ella, podía dictaminarse una pensión alimenticia a favor de la mujer, la que dependía de la culpabilidad o inocencia de las partes y de la situación económica del marido, no podían los cónyuges tener una conducta impropia, ni tampoco volver a casarse; excepcionalmente podía solicitarse también la nulidad de matrimonio, siempre que la causal invocada estuviere contemplado en el derecho canónico, la que de ser declarada, se consideraba que el matrimonio no había existido; tanto la separación como la nulidad tenían competencia para resolver los Tribunales Eclesiásticos.

En la Post Edad Media (denominada por otros autores como Tiempos Modernos); a contar del siglo XVI, en Turquía se mantenía la legislación musulmana facultando al marido para repudiar a su mujer. En países como Francia, Austria, los Estados Italianos, España, Portugal e Irlanda, se rigen por las normas canónicas ya señaladas, las que también se implementan con la extensión de la legislación hispana y

portuguesa al continente autóctono que se conquista y que pasa a denominarse América, las que vienen a reafirmarse por el Concilio celebrado en Trento en 1563 que confirma la doctrina de la Iglesia Católica relativo a que el matrimonio es un sacramento, razón por la cual debe regir la indisolubilidad del matrimonio, conforme a las disposiciones del derecho canónico. No obstante, en Suecia, Dinamarca, Prusia, Suiza, ente otros, que siguieron la Reforma desde un punto de vista religioso, aceptaron como causal de divorcio el adulterio y el abandono del otro cónyuge. En Inglaterra se permitió el divorcio por adulterio, pero con posterioridad se revirtió autorizándolo solo como causal de separación de cuerpos; situación que se vuelve a revertir a contar de la segunda mitad del siglo XVII en 1666, al poder obtener los cónyuges el divorcio por medio de un Acta del Parlamento británico. Contrasta esta realidad con la existente en otras culturas como es el caso de las Islas Polinésicas, donde imperaba un sistema matri-igualitario, en las cuales se podía disolver la unión afectiva de dos personas.

En la Epoca Contemporánea; en las Provincias de Nueva Escocia en 1758 y de New Brunswick o Nueva Brunswick en 1791 ambas de Canadá (dependiente de Gran Bretaña), se estableció el divorcio vincular; al igual que en 1785 en el Estado de Pennsylvania de Estados Unidos (ya independiente de Gran Bretaña), podía solicitarse la separación de cuerpos como el divorcio; coincide también con la legalización del divorcio en Austria aunque por corto tiempo. Francia a contar de 1792, suprimió la separación de cuerpos y se establecieron causales para el divorcio vincular por: mutuo consentimiento, locura, crimen, sevicia o injuria de un cónyuge al otro, incompatibilidad de temperamento, condena a pena aflictiva, abandono por dos años, ausencia por cinco años sin noticias de donde se encuentra. Similar reforma se llevó a cabo en Italia en 1795. En Francia en 1803, se restableció la separación de cuerpos por las mismas causales que el divorcio, una y otra eran: sevicias, injurias graves, excesos, adulterio de la mujer o del marido si tuviere concubina en su casa, condenación de uno u otro cónyuge a pena aflictiva. A contar de 1815 en Italia y 1816 en Francia, se prohibió el divorcio, admitiendo solo la separación de cuerpos. Así en la primera mitad del siglo XIX las legislaciones europeas contemplaban la posibilidad de solicitar el divorcio vincular en los países escandinavos y anglosajones, salvo Austria y los latinos, sea que éstos fueren europeos, sudamericanos o centroamericanos, con la excepción de Haití y Panamá donde sí se contemplaba esa forma de disolución matrimonial. En consecuencia, en la Europa Mediterránea y en Hispano-Luso-América, las legislaciones referentes al matrimonio eran regidas por las normas de derecho canónico, siendo competente para ver esas materias los Tribunales Eclesiásticos y era la propia Iglesia Católica la que oficiaba de Servicio de Registro Civil, y por tal motivo era la parroquia del lugar respectivo, la que tenía competencia legal para otorgar los certificados de nacimiento, matrimonio y defunción, entre otros.

En la segunda mitad del siglo XIX, a contar de 1857 en Inglaterra, Escocia y Gales, se permitió el divorcio ya no solo como Acta del Parlamento, sino además otorgado ponlos tribunales en caso de: adultero de la mujer o del marido, siempre que respecto de éste último fuere calificado, bigamia, rapto, sevicia, sodomía o si uno u otro tenía relaciones sexuales con animales; similares disposiciones regían en Canadá para 1867 (año de su primer gobierno autónomo), con la excepción de Quebec.

En México se instaura el matrimonio civil en 1859, esto es, el Estado crea una institución que regula sus disposiciones, es lo que se denomina la secularización del matrimonio, aunque solo admite la separación de cuerpos, no el divorcio. Idéntica disposición a la de México, se implementó en: Venezuela en 1873, Chile en 1884, Uruguay en 1885, Nicaragua en 1895, Paraguay en 1897, Argentina en 1888, Brasil en 1890, Ecuador en 1894, creándose en todos ellos el Servicio de Registro Civil, permitiéndose la separación de cuerpos pero no el divorcio. En Chile a la fecha señalada, las causales de separación, al que también se le denomina divorcio pero que no disuelve el vínculo son: adulterio de la mujer o el marido, malos tratamientos graves y repetidos de obra o de palabra; ser uno de los cónyuges autor, instigador o cómplice en la perpetración o preparación de un delito contra los bienes, la honra o la vida del otro cónyuge; tentativa del marido para prostituir a la mujer; avaricia del marido si llega

a privar a su mujer de lo necesario para la vida atendidas sus facultades; negarse la mujer sin causa legal a seguir a su marido; abandono del hogar común o resistencia a cumplir las obligaciones conyugales sin causa justificada; ausencia sin justa causa por mas de tres años; vicio arraigado de juego, embriaguez o disipación; enfermedad grave, incurable y contagiosa; condenación de uno de los cónyuges por crimen o simple delito.

En Francia por su parte a contar de 1884, se restaura el divorcio que lo permite en caso de: sevicias, injurias graves, condenación a pena aflictiva y separación corporal por más de tres años. Por su parte se estableció el divorcio vincular en: Costa Rica 1886, El Salvador y Guatemala 1894, Japón 1897, Honduras 1898, República Dominicana y Puerto Rico 1899.

En Europa hacia fines del siglo XIX; en Suecia, Dinamarca, Alemania, Rusia, Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Suiza, Gran Bretaña, Canadá y la mayoría de los Estados de Estados Unidos, cuentan con legislaciones donde se permite el divorcio. Lo propio sucede en Turquía mediante el repudio del marido. En cambio en: Italia, San Marino, Andorra, España, Portugal, Brasil, Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia, Paraguay, Uruguay, Argentina, Chile, no lo contempla en la respectiva legislación. Austria, y Liechtenstein, no permitían el divorcio, salvo respecto de los no católicos.

En los últimos años del siglo XIX en 1896 en Japón, 1897 en República Dominicana y 1899 en Puerto Rico se legalizó el divorcio.

En el siglo XX en Nicaragua se legalizó divorcio pero admitiendo como única causal el adulterio de la mujer. Con la independencia de Noruega se aplican las normas de la legislación sueca. En Uruguay en 1907 se permitió el divorcio por las siguientes causales: adulterio, tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, sevicias, propuesta del marido para prostituir a la mujer o conato para prostituir a los hijos, riñas y disputas continuas, condenación de uno de los cónyuges a pena penitenciaria a mas de diez años, abandono voluntario del hogar por uno de los cónyuges, separación de cuerpos judicialmente declarada y siempre que hayan transcurrido mas de tres años de la sentencia de separación, mutuo acuerdo de los cónyuges, y a contar de 1913 por la sola voluntad de la mujer. En 1910 se legalizó también en Portugal, que contemplaba las siguientes causales: adulterio de la mujer o el marido, sevicias o injurias graves, abandono del domicilio conyugal por un tiempo no inferior a tres años, ausencia sin motivo por mas de cuatro años, locura incurable, separación de facto libremente consentida por diez años consecutivos, vicio de juego de azar, condenación a uno de los cónyuges, enfermedad incurable y contagiosa de carácter sexual, y por mutuo consentimiento entre los cónyuges.

Hacia fines de la Primera Guerra Mundial, en Rusia desde 1917 el divorcio se concede por sentencia de un tribunal y se crea el Registro de los Actos del Estado Civil, al igual que Finlandia mantuvo dicha legislación al independizarse de Rusia. En tanto en Panamá en 1916 y Cuba en 1918, se legalizó el divorcio. En Chile, la jurisprudencia aceptó como causal de nulidad de matrimonio la incompetencia del Oficial del Registro Civil, siempre que ambos estuvieren de acuerdo, siendo esa la causal invocada mas frecuente, sin perjuicio de haber también otras. En Turquía en 1926, bajo la inspiración de la legislación suiza, se derogó la facultad de repudio por parte del marido, la que se reemplazó por causales de divorcio que podían ser solicitadas por el marido o la mujer, entre las que se cuenta: adulterio, tentativa de asesinato, extrema crueldad, locura incurable, abandono voluntario, incompatibilidad de caracteres, sin perjuicio de conceder la separación sin disolver el vínculo. Por esa época lo tenían contemplado Hungría y Rumania, también Perú en 1930; Bolivia y España en 1932; Austria en 1938; pero en España en 1939 se dictó una legislación con efecto retroactivo, esto es, quedaron nulos todos los divorcios decretados en ese país desde 1932; y en Portugal también se derogó la legislación que contemplaba el divorcio en 1940, año que se celebró un Concordato entre éste y el Vaticano, eso sí sin efecto retroactivo para los matrimonios celebrados con anterioridad.

Después de la Segunda Guerra Mundial, el divorcio estaba legalizado en Europa Occidental, salvo Irlanda, Italia, España, Portugal, Andorra; en tanto en la Europa Oriental se había legalizado en aquellos que aún no lo estaba como es el caso de Polonia, Checoslovaquia y Bulgaria. A contar de 1945 el divorcio estaba legalizado en todos los países de la Europa Oriental. En Estados Unidos, por su parte, el Estado de Carolina del Sur fue el último de ese país en legalizarlo en 1949. En Argentina por su parte se legalizó el 30 de Diciembre de 1954, tuvo vigencia solo hasta el 1 de Marzo de 1956, fecha en que nuevamente se prohibió.

En 1970 se aprobó en Italia la ley N° 898 de 1 de Diciembre de ese año sobre materias de casos de Disolución del Matrimonio; con la oposición de la Iglesia Católica, institución que solicitó su derogación mediante referéndum, el cual una vez efectuado el resultado le fue adverso, quedando firme la legislación en ese país al contemplar el divorcio como una de las formas de disolución del matrimonio. En Brasil se aprobó la ley N° 6.515 de 26 de diciembre de 1977 sobre Divorcio. En España la ley N° 30 de 7 de julio de 1981 sobre Divorcio. En Argentina la ley N° 23.515 de 3 de junio de 1987 sobre Divorcio Vincular. Finalmente en Chile la ley N° 19.947 de 17 de mayo de 2004 establece una Nueva Ley de Matrimonio Civil. En la actualidad es el Estado del Vaticano el único estado occidental que no acepta el divorcio vincular.

En Chile, permite la terminación del matrimonio en los siguientes casos:

Por muerte de uno de los cónyuges.

Por muerte presunta de uno de los cónyuges, cuando hayan transcurridos diez años desde la fecha de las últimas noticias, o cinco años si el desaparecido tiene mas de setenta años.

Por sentencia firme de nulidad. Puede el matrimonio ser declarado nulo por causales que hubiesen existido al tiempo de su celebración: si los contrayentes no han consentido en forma libre y espontánea, y lo será si hay error acerca de la identidad del otro contrayente, o error en cuanto a sus cualidades personales atendida la naturaleza y fines del matrimonio o si ha habido fuerza (física o psicológica) en la que incluye también el rapto; si estuviere privado del uso de la razón; el que careciere del suficiente juicio o discernimiento para comprender o comprometerse con los derechos y deberes escenciales del matrimonio, incluye a lo menos las causales señaladas para el divorcio (violencia intrafamiliar, abandono sin justa causa, delitos sexuales y otros, adulterio reiterado); si los contrayentes no son legalmente capaces o tienen menos de dieciseis años; o si siendo legalmente capaces y tienen mas del mínimo legal exigido no pudiere expresar claramente su voluntad en forma oral escrita o por lenguaje de señas; si existiere vínculo matrimonial anterior no disuelto. Impedimento que se extiende también entre ascendiente y descendiente consanguíneos o afines, entre hermanos y por el vínculo de adopción; ni tampoco entre el cónyuge sobreviviente y el imputado formalizado o condenado como autor, cómplice o encubridor de homicidio.

Por sentencia firme de divorcio. Puede otorgarse por voluntad unilateral, siempre que se haya producido el cese de la convivencia conyugal de a lo menos 3 años; por acuerdo de las partes, siempre que haya producido el cese de la convivencia conyugal de a lo menos 1 año; solicitud de uno de los cónyuges por falta imputable al otro, las que se refiere a las siguientes causales: atentar en contra de la vida o malos tratos en contra del otro cónyuge o hijos; trasgresión a los deberes de socorro y fidelidad, comprendiendo dentro de éstos el abandono continuo o reiterado del hogar común; condena ejecutoriada por la comisión de crímenes o simples delitos contra el orden de las familias, la moralidad pública y contra las personas; tentativa para prostituir al otro cónyuge a los hijos; drogadicción o alcoholismo que constituya impedimento grave para la convivencia armoniosa entre cónyuges o entre éstos e hijos; conducta homosexual;

En Occidente, los diversos países han implementado tribunales de familia, en tanto en Chile fueron creados por ley N° 19.968 publicada el 23 de Agosto de 2005, y que comenzaron a funcionar el 1° de Octubre el mismo año.

ANALISIS SOCIOJURIDICO

Un factor fuertemente condicionante, es el socio-económico, cuando las sociedades tienen estructuras económicas preferentemente agrarias (y lo es en muchas de la Epoca Antigua, en las distintas fases de la Edad Media y también Post Edad Media), la división o partición de la propiedad se hace mas difícil, la cual incluso tiene esa indivisión un reconocimiento legal a través del mayorazgo (transmisión de la herencia de la propiedad a través del hijo mayor), cuya realidad es aplicable tanto para los grandes terratenientes como para los campesinos. En este contexto social, si se produce un quiebre matrimonial por ejemplo por sevicia, entendida ésta como la violencia ejercida por uno de los cónyuges en contra del otro o contra los hijos, abandono o adulterio del otro cónyuge; por la razón antes expuesta, la separación es mas difícil. Ahora bien, como el tipo de familia es patriarcal, el hombre es socializado para ser el proveedor, además está asociado al mayorazgo (herencia que se transmite en favor del hijo hombre primogénito), así como la descendencia del apellido paterno y el ejercicio de la patria potestad que la tiene el padre, se produce entonces una situación de hecho en que a la mujer se le pone una dificultad para solicitar la separación o el divorcio en el evento que éste fuere legal; cuando se produce violencia marital a la que jurídicamente se le denomina sevicia, y como consecuencia de esta sevicia el marido muchas veces mata a la mujer o hace que ella ingrese a un convento alegando que ella ha incurrido en abandono o adulterio, implica que por razones multicausales propias de una cultura machista la mujer se ve desprotegida. Aunque la regla general en este tipo de sociedades solo contemplen en la respectiva legislación matrimonial la separación de cuerpos y no del divorcio, pero si éste último fuere contemplado en la legislación como causal de disolución del vínculo matrimonial, por las razones antes expuestas en el hecho la separación o el divorcio, según el caso, tenderán a ser invocados con poca frecuencia por parte de la mujer.

A medida que en las sociedades, se produce un proceso de urbanización y con mayor razón el posterior proceso de industrialización, la división o partición de la propiedad se hace más fácil, el mayorazgo deja de tener razón de ser, por cuanto el adquirir bienes raíces o muebles de significación entre los que se cuentan las acciones de sociedades anónimas, la venta, compra, constituir en hipoteca o prenda según el caso, pasan a ser hechos mas cotidianos; en caso de un quiebre matrimonial por las mismas causas señaladas precedentemente u otras, es mas factible en este nuevo contexto social, solicitar la separación o el divorcio. Ahora bien, si el tipo de familia sigue siendo patriarcal, por la dependencia económica de la mujer, será el marido quien tendrá en el hecho mayor facilidad para hacer efectiva la separación como también la nulidad de matrimonio eclesiástica, o el divorcio si fuere legalmente admitido, tenderá a ser mas frecuente en comparación con la situación descrita para las sociedades agrarias.

Si en las sociedades preferentemente urbano-industriales, el tipo de familia en vez de ser patriarcal pasa a ser transicional, esto es con una participación de la mujer cada vez más creciente, dentro de un contexto teóricamente mas igualitario, la mujer tendrá mas posibilidades reales para solicitar la separación o el divorcio por las causales legalmente señaladas, además de la nulidad de matrimonio si fuere pertinente. De alguna manera, se hace la situación más equivalente a las sociedades matri-igualitarias, propias de una fase primaria o si se prefiere la primera expresión de la naturaleza humana.

Un factor interviniente lo constituyen las Instituciones Religiosas que han sido parte del proceso intrasocietal e intersocietal señalado precedentemente, pero en el caso de la Iglesia Católica ha sido opositora a cualquier forma de divorcio en el matrimonio; y solo a contar de un determinado período histórico que en Occidente abarca desde la Baja Edad Media hasta parte de la Epoca Contemporánea, logra implementar y mantener el concepto de indisolubilidad del matrimonio incorporada como política de Estado, sin perjuicio de aceptar regladamente la separación de cuerpos y la nulidad; todo ello sustentado en un conjunto de disposiciones legales que otorga a la Iglesia Católica

competencia en lo concerniente a los nacimientos, matrimonios y defunción de las personas.

Si se aprecia desde una amplia perspectiva a lo largo del tiempo y de las épocas, considerando los milenios en la cual se está inserto, la materialización efectiva de la postura eclesiástica católica de establecer jurídicamente la indisolubilidad matrimonial, es una situación de excepción, por cuanto el período de seis a siete siglos en que ésta ejerce un amplio poder punitivo tanto de tipo familiar como penal es mas bien corto.

Las demás Iglesias occidentales protestantes, esto es, Anglicana, Luterana, Calvinista, Reformada, Metodista, Evangélica, entre otras, así como la Ortodoxa, tienen posturas en mayor o menor grado restrictivas respecto a la disolubilidad del matrimonio, pero es la Iglesia Católica la que históricamente impetra una posición irrestricta en favor de la indisolubilidad del matrimonio establecida con rango legal.

Si se considera la perspectiva histórica retroactiva en el tiempo, esto es desde sus inicios, pasando por las distintas épocas o etapas; las diversas sociedades aun con sus controles religiosos, cualquiera que fuere el sistema familiar imperante o tipo de matrimonio; han permitido: en mayor o menor grado, en forma muy amplia o muy restringida, con mayor o menor facultad a uno u otro sexo; el término de la relación, repudio, divorcio o cualquier otra denominación que signifique la finalización de la unión o la disolución del matrimonio.

La Epoca Contemporánea se caracteriza por la aparición de un proceso de cambio social y económico, el cual como parte de éste incluye la urbanización e industrialización, y ese componente estructural -rompe la rigidez de las sociedades agrarias donde predomina el mayor control social ejercido por obispos y sacerdotes, -significa por ese concepto que al interior de las sociedades se produce una mayor movilidad social, a la vez ésta tiende a ser menos jerárquica, se hace mas dinámica, flexible y permeable en cuestiones religiosas y familiares, todo lo cual posibilita también cambios políticos que implican una mayor democratización.

La mayor apertura política que se produce en la Epoca Contemporánea, constituye uno de los factores que posibilita que en las sociedades occidentales gradualmente amplíen las causales o hagan mas expedito el procedimiento en sus legislaciones sobre el divorcio, como es el caso del grupo de países agrupados en la Europa Anglo-Germana (países europeos escandinavos, germanos, anglosajones, eslavos), así como Anglo-América (Canadá, Estados Unidos), homóloga legislación aprobada básicamente en el siglo XX en América Latina y la Europa Latina o Mediterránea (países europeos latinos).

Ahora bien, una vez que se ha aprobado una legislación sobre el divorcio, la Jerarquía de Iglesia Católica mantiene una oposición a las normas jurídicas que lo regulan, la que solo acepta regladamente la separación de cuerpos y la nulidad de matrimonio contemplada en la legislación canónica. Es importante considerar que la población católica que contrae matrimonio civil, también se casa ante el sacerdote de la parroquia respectiva, reflejando con ello la influencia que aún mantiene en la población la Iglesia Católica, pero que a su vez contrasta con los altos porcentajes de esa misma población católica que manifiesta su opinión favorable a una legislación sobre divorcio que incluya: cuando los cónyuges están de común acuerdo, si se constata el hecho de la cesación de la convivencia conyugal, y por causales diversas, entre las que se cuenta violencia, abandono o infidelidad.

De lo anterior, permite establecer diversos factores a considerar: los factores socioeconómicos, hoy en día el tipo de sociedades se caracteriza por ser predominantemente urbano-industrial, lo cual hace mas flexible el traslado y la comunicación de las personas de un lugar a otro y por ende separarse y rehacer su vida con una nueva relación; el factor religioso, por el motivo señalado la Iglesia tiene menos control sobre la vida de las personas, a su vez ésta flexibiliza las causales de nulidad de matrimonio contempladas en el derecho canónico o legislación eclesiástica,

aunque sin reconocer por ello el divorcio; el factor político, en un sistema democrático con independencia de poderes, donde el Parlamento pasa a tener un rol preponderante, el Gobierno se seculariza, y a su vez la Alta Jerarquía de la Iglesia Católica tiende a reducir su grado de influencia en las políticas de Estado. Son todos estos factores macrosociales, los que ponen de manifiesto que la existencia de una legislación sobre matrimonio civil que incluya el divorcio además de la separación, genera una dinámica y relaciones al interior de la sociedad mucho más funcional a que si dicha legislación no existiera.

Existe también la perspectiva de la persona o el individuo, lo que sucede en mujeres y hombres frente al quiebre de una relación de pareja constituida en matrimonio, cuyas razones mas frecuentes son las de: el fin del amor, incompatibilidad de caracteres, abandono al otro cónyuge o a los hijos, infidelidad o adulterio del otro cónyuge, violencia intrafamiliar, violación, abuso sexual, tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos o la comisión de cualquier otro delito de carácter sexual, atentar en contra de la vida o la integridad física o psíquica del otro cónyuge o los hijos; son situaciones que en menor o mayor grado producen fuerte menoscabo en la relación de pareja y justifican la separación de cuerpos, postura con la cual coincide la Iglesia Católica; pero además quienes con anterioridad tuvieron una relación, tienen un cese de la convivencia conyugal, puede suceder y con frecuencia es así, que se relacionan sentimentalmente con otra persona, lo que constituye una realidad de hecho, mas allá si el derecho permite o no la disolución matrimonial por voluntad de las partes, y debido a ello es que pasa a constituir un imperativo social reglar jurídicamente esta nueva situación, y es a esta nueva situación la que se denomina divorcio vincular en las diversas legislaciones. Este es un factor microsocial que aconseja contemplar en la legislación de familia correspondiente la separación y el divorcio.

FUNDAMENTOS DE ASPECTOS SUSTANTIVOS

Celebración de Matrimonio Civil antes que el Matrimonio Religioso

Antes de la dictación de la primera ley de matrimonio civil en la legislación chilena, tenía competencia para efectuar los matrimonios la parroquia respectiva y celebrada en ésta tenía valor legal. Con la entrada en vigencia de la primera ley de matrimonio civil, establecía que debía efectuarse primero el matrimonio civil y luego el religioso, esto con la finalidad de otorgar certeza jurídica ala relación, toda vez que es ahora el Estado por intermedio del Servicio de Registro Civil, el que pasa a tener competencia en esa materia y por ende en el otorgamiento de certificados de nacimiento, matrimonio y defunción.

El propósito de la actual ley sobre matrimonio civil en la legislación chilena, fue darle valor legal al matrimonio religioso, no obstante, ello es plenamente posible si primero se contrae ante el Oficial de Registro Civil, lo que en la actualidad sucede en forma mayoritaria, siguiendo una tradición histórica, por cuanto ese era el orden de precedencia. Sin embargo, la ley vigente permite también contraer el matrimonio religioso antes que el matrimonio civil, siempre que se contraiga también ante el Oficial del Registro Civil dentro de plazo de ocho días (artículo 20). El problema que se puede suscitar es que quienes lo hagan pueden ignorar la norma de inscribir el matrimonio civil y estar en la creencia que ya están casados, lo que significaría consecuencias por sus efectos para quienes creen detentar un estado civil que no tienen. Si la ley exige que el matrimonio religioso para su validez legal, se contraiga también ante el Oficial de Registro Civil, debe entonces establecerse los resguardos necesarios para preservar ese matrimonio y no mediante un subterfugio que podría ser la ignorancia de los novios verse envueltos en una situación que no desean, y precisamente la forma de resguardar a los contrayentes en el sentido de asegurar la efectividad de su matrimonio es que se casen primero ante el Servicio de Registro Civil y después lo hagan ante el credo religioso respectivo, sea parroquia, sinagoga, mezquita o templo religioso.

Requisitos de validez para la celebración del matrimonio

No pueden contraer matrimonio: Los que se hallaren ligados por vínculo anterior, menores de dieciséis años, los privados de razón, los que por trastorno o anomalía psíquica sean incapaces para formar matrimonio, los que carecieren de discernimiento para comprender los derechos y deberes del matrimonio (artículo 4); tampoco entre ascendientes y descendiente por consaguinidad o afinidad, ni colaterales consanguíneos hasta el segundo grado, los impedidos por adopción (artículo 6); ni tampoco el cónyuge sobreviviente puede contraerlo con el imputado o condenado como autor, cómplice o encubridor de homicidio de su mujer o marido (artículo7). Falta el consentimiento libre y espontáneo en caso de: error acerca de la identidad del otro contrayente, error acerca de las cualidades personales del otro contrayente y fuerza capaz de producir una impresión fuerte en la persona ocasionada por otro o por una circunstancia externa, siempre que fuere determinante (artículo 8).

Rapto de Fuerza como Vicio del Consentimiento

En la antigua ley de matrimonio civil, el vicio del consentimiento era: error o fuerza de una persona y rapto de una mujer, el cual debería decirse persona, toda vez que tanto un hombre puede raptar a una mujer como una mujer puede raptar a un hombre.

La nueva ley de matrimonio civil en la legislación chilena, estable que falta el consentimiento libre y espontáneo en caso de: error acerca de la identidad del otro contrayente, error acerca de las cualidades personales del otro contrayente y fuerza capaz de producir una impresión fuerte en la persona ocasionada por otro o por una circunstancia externa, siempre que fuere determinante (artículo 8).

Ahora bien el rapto de fuerza consiste en privar a una persona de su libertad personal teniendo el hechor una finalidad sexual; si bien puede ser visto como poco frecuente, no por ello inexistente, el que puede darse por ejemplo en sectores rurales mas o menos apartados o en subculturas indígenas o de inmigrantes. Si bien el rapto debiera interpretarse como incluido en una circunstancia externa de la fuerza, quedando subsumido en esa figura, la de la fuerza; una argumentación en contra de su inclusión sería el siguiente: que como antecedente a considerar, el temor reverencial (acceder a un requerimiento ante el temor de ser víctima de fuerza por parte de quien ejerce autoridad) no vicia el consentimiento, además el rapto implica fuerza en la comisión del hecho, pero podría no haberla al momento del matrimonio mismo, aun cuando subsistiera la privación de libertad, entonces el consentimiento en esa situación no sería forzado.

Debido a lo señalado precedentemente, hace necesario incluir en forma explícita que el rapto de fuerza es parte de la fuerza, se ejerza ésta o no en el momento mismo del matrimonio, y por ello constituye un vicio del consentimiento para contraer matrimonio.

Reiterando lo antes expuesto, para evitar el vacío legal, sería conveniente precisar que se considera circunstancia externa el rapto de una persona, por cuanto la privación de libertad, si bien puede ser cometida por un hombre en contra de una mujer, así como también puede ser ejercida por parte de una mujer en contra de un hombre, dado que así ha sido establecida en algunas legislaciones extranjeras penales, las que constatan una realidad.

Disposición General en la Tramitación de Separación, Nulidad o Divorcio

La disposición general que hace mención a la tramitación de la separación, divorcio o nulidad de matrimonio se regirá por la leyes que le resulten aplicables del modo que parezca mas conforme con la paz y concordia entre los miembros de la familia afectada, y si hubieren menores se deberá considerar el interés superior del niño requiere agregar o niña, debiendo ser oído según su edad y madurez, pudiendo a su vez adoptar el juez las medidas para el cumplimiento de lo anterior (artículo 85).

La referencia anterior al interés de la familia desde una interpretación tradicional, puede significar el mantenimiento de situaciones que vayan en desmedro de el o la cónyuge

económicamente mas débil, hay que tener presente que dicha normativa que es de principio, pero precisamente porque es una cuestión de principio y por tratarse de un involucramiento de los cónyuges, resulta indispensable en este contexto establecer que debe tenerse presente la situación de desmedro físico psíquico de el o la cónyuge económicamente mas débil, en orden a no afectar sus derechos, debido a ello es que frente a la facultad del juez de tomar las medidas necesarias, se reconozca en forma expresa que ello implica una facultad que en ningún caso puede afectar los derechos del cónyuge mas vulnerable o económicamente mas débil a la fecha del divorcio; esto debido al principio de equidad que debe inspirar las legislaciones, debe además ser concordante también con el compromiso que tiene el Estado de Chile en los Convenios y Tratados que éste ha firmado y ratificado que confirman la orientación de una equiparación de uno y otro cónyuge en caso de matrimonio, durante éste y en caso de disolución.

Causales de Separación Judicial

Las causales de separación contemplan: Falta imputable al otro cónyuge si constituye violación grave de los deberes que les impone el matrimonio o para con los hijos que torne intolerable la vida en común. No podrá invocarse el adulterio si existe separación de hecho consentida por ambos cónyuges (artículo 26). También podrá invocarse si hubiese cesado la convivencia entre ambos cónyuges (artículo 27).

Las causales establecidas en el texto de separación de acuerdo a lo señalado precedentemente son genéricas, sin embargo en el hecho son las mismas que las establecidas para el divorcio, la adecuada concordancia entre una y otra exige que en la disposición legal se establezca la equivalencia entre separación y divorcio, que en todo caso al mencionarse no son taxativas, esto significa que pueden incluirse otras.

Si se comparan dos causales el de atentar en contra de la vida o de la integridad física o psíquica, señala que los malos tratamientos deben ser graves, en cambio al referirse a la transgresión de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad, agrega solo en éste último la exigencia de reiterada, esto es dos o mas veces o tres o mas veces, genera un problema de tipo cuantitativo, cuando en este tipo de causales se debe estar mas a lo cualitativo, es decir, calificar en su mérito la causal, en este caso no debiera ser la reiteración, sino la gravedad, adicionalmente establece una norma diferenciada comparativamente entre ambas, lo cual de suyo la hace contradictoria.

Si se compara la expresión atentado a la integridad física o psíquica con violencia intrafamiliar, el primero es mas amplio que el segundo en cuanto al ámbito de aplicación, por cuanto el segundo se restringe a ciertos parientes es también mas restrictivo en cuanto al tiempo de su vigencia, ya que la causal por violencia intrafamiliar será considerada únicamente por hechos desde la entrada en vigencia de dicha ley; son estos dos motivos por los que amerita referirse a la causal desde términos propios del bien jurídico protegido, cuya casual es mas amplia.

Sin perjuicio también de agregar la integridad sexual como principio en los atentados contra la vida, la integridad física y psíquica, además de agregar aquellas conductas viciosas que estaban contempladas en la antigua ley de matrimonio civil, como son el alcoholismo, drogadicción, que constituyan impedimento grave, además la enfermedad grave, incurable y contagiosa, toda vez que la vida en común puede significar el contagio ara el otro cónyuge.

De esta manera las causales de separación mantienen el carácter de genéricas, sin perjuicio de una enumeración no taxativa como las que se señalan a continuación:

1° Atentado contra la vida ola integridad sexual, malos tratamientos contra la integridad física o psíquica del otro cónyuge o alguno de los hijos o de otra persona que viva en la misma morada;

2° Tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos;

3° Avaricia de uno de los cónyuges, si llega a privar al otro o a los hijos de lo necesario para la vida, atendidas sus facultades;

4° Transgresión grave de los derechos de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono del hogar común, es una forma de transgresión grave de los deberes del matrimonio;

5° Condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias ,contra la moralidad pública o la integridad sexual o contra las personas;

6° Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos;

7° Juego o disipación que constituya un impedimento para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos;

8° Enfermedad grave, incurable y contagiosa de uno de los cónyuges;

9° Conducta homosexual de uno de los cónyuges.

Causales de Divorcio

Tomando en cuenta que la agrupación de causales (artículo 54), deben estar relacionadas entre sí en orden descendente, ciertamente que la ubicada en el sexto lugar referida a la tentativa de prostituir se relacionan con las del primer lugar, dado que todas ellas se refieren a formas de violencia intrafamiliar. De esta manera quedaría como sigue: la número 1, atentado en contra de la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de algunos de los hijos; pasa a ser atentado contra la vida o actos de violencia intrafamiliar en contra del cónyuge o de alguno de los hijos o de quienes vivan en la misma morada; y número 2, tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos; implica reordenar en cuanto a número los que se colocan los que a continuación siguen en un número posterior.

La causal 3 nueva pasa a ser avaricia de uno de los cónyuges, si llega a privar al otro o a los hijos de lo necesario para la vida, atendidas sus facultades.

La causal número 2 que pasa a ser 4, se refiere a la transgresión grave de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad, la que de suyo puede causar daño psicológico y también físico, y por ende ser causal por si sola sin necesidad de además agregar el requisito de reiterada, como lo contempla la actual legislación chilena, toda vez que ello plantea un límite sutil y difuso que en la práctica no es posible precisar, además es de difícil prueba, toda vez que no hay criterio uniforme de que es lo que se entiende por reiterada; mas aun si no se exige el requisito de reiteración en los atentados contra la vida o contra la integridad física o psíquica, que afecta a bienes jurídicos de mayor entidad, no hay razón para que se exija para el deber de socorro que comparativamente afecta a bienes jurídicos de menor entidad en relación a los primeros.

La causal número 3 que pasa a ser S, se refiere a la condena ejecutoriada por la comisión de algunos de los crímenes o simples delitos contra de las personas; así como en contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y debiera agregarse contra la integridad sexual, por cuanto esa fue la modificación posterior en el Título correspondiente en el Código Penal, y debe ser concordante ambas disposiciones legales.

En general las causales que aparecen mencionadas no son taxativas, pero por el hecho de explicitarse grafican la gravedad de la respectiva causal; desde ese punto de vista sería aconsejable agregar todas aquellas que fueren de suficiente gravedad, las que estaban contempladas en la anterior ley de matrimonio civil como divorcio no vincular y serían: avaricia de uno de los cónyuges, si llega a privar al otro de lo necesario para la vida, atendidas sus facultades; juego o disipación de uno de los cónyuges; enfermedad grave, incurable y contagiosa de uno de los cónyuges, son todas ellas que por su contenido ameritan un número específico.

Se agrega una causal 6 la del alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos.

Se agrega una causal 7 la de juego o disipación que constituya un impedimento para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos.

Se agrega una causal 8 la de enfermedad grave, incurable y contagiosa.

Se desplaza a la causal 9 la conducta homosexual de uno de los cónyuges.

Las causales precedentemente mencionadas no son taxativas, esto es pueden incluirse otras, pero se destacan por su mayor relevancia disvalórica, y ello es necesario para visualizar de mejor manera la situación de indefensión, vulnerabilidad o desamparo en que se encuentra la víctima expresada en las causales ya descritas.

Compensaciones Económicas

De acuerdo a lo señalado en la antigua ley chilena de matrimonio civil, el divorcio no era vincular, entonces los cónyuges optaban por la nulidad de matrimonio invocando la causal de incompetencia del Oficial del Registro Civil, requiriendo hacerlo de común acuerdo. El interesado en anular el matrimonio por regla general era el cónyuge económicamente mas fuerte, por regla general el hombre, como contrapartida el o la cónyuge económicamente mas débil, por reglas general la mujer, exigía una compensación económica que le asegurara una situación económica mas o menos estable, toda vez que dejaba de obtener beneficios de salud o provisionales y una vez satisfecha su exigencia, -que en todo caso era una cuestión de hecho- otorgaba a contar de ese momento su consentimiento para interponer la acción de nulidad de matrimonio.

De conformidad a lo dispuesto en la actual ley de matrimonio civil, una vez efectuado los trámites del juicio de divorcio, con la sentencia deben establecerse las compensaciones económicas en favor de el o la cónyuge económicamente mas débil por regla general la mujer, deberá otorgar el otro cónyuge por regla general el marido las respectivas compensaciones de acuerdo a su situación, pero en el actual contexto transicional, podría ser también el hombre quien tuviere menos medios económicos, y será entonces la, mujer la que deberá las antedichas compensaciones. En todo caso, toca a la parte interesada en recibir la compensación probar la capacidad económica del cónyuge aportante, lo cual en los hechos no siempre es factible.

La compensaciones económicas están establecidas, con el criterio de que el cónyuge económicamente más débil no quede en una indefensión tal que ante la perspectiva de poder solicitar el divorcio, lo cual ante la ley es un derecho irrenunciable no opte por esa alternativa frente al riesgo de no poder tener sustento el resto de su vida. El espíritu del legislador reforzado en diversas Convenciones o Tratados Internacionales, como las referidas a la Declaración Universal de Derechos Humanos que consagra la igualdad de derechos entre hombre y mujer en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio, lo mismo la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer y la Convención para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia en Contra la Mujer; tienden todas ellas a valorar el rol de la maternidad y que la situación de la mujer por el solo hecho de disolver su matrimonio no tiene porqué quedar en una situación de desmedro económico.

Para calcular el menoscabo, se le puede atribuir un valor económico a la actividad desarrollada al cuidado del hogar y de los hijos comunes y de los del otro cónyuge también. Es esto lo que se pretende compensar ese menoscabo.

El monto es otro elemento de la institución relacionado con la entidad del menoscabo y la capacidad patrimonial del compensante.

La compensación económica, monto y forma de pago pueden ser convenidos por los cónyuges mayores de edad, mediante acuerdo que debe constar en escritura pública o acta de avenimiento que debe ser aprobada por el tribunal (artículo 63). A falta de acuerdo es el juez quien debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica (artículo 64).

En conformidad a lo señalado precedentemente, constituye un derecho que el o la cónyuge económicamente mas débil, se le compense el menoscabo económico por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio; y para determinar la cuantía entre otros factores está la situación patrimonial de los cónyuges y duración del matrimonio.

Si bien la legislación chilena (artículo 61) contempla la compensación, dicha normativa exige al o a la cónyuge una dedicación preferente al hogar y a los hijos para optar a ese derecho y no pudo desarrollar una actividad remunerativa, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quena. Ahora bien, probar lo que hubiera podido dedicarse a trabajar fuera del hogar es en todo caso de muy difícil prueba, por tratarse de una hipótesis de lo que hubiera ocurrido, en este punto hay una muy escasa jurisprudencia porque mayoritariamente se niega lugar a la compensación económica.

Por ello la institución de la compensación económica debe ser reforzada en conformidad a los Tratados y Convenciones ya indicados, y debe adecuarse en orden a precisar que se trata de una circunstancia de haber trabajado en forma remunerada o desarrollado una actividad lucrativa, en jornada completa o parcial, fuera o dentro del hogar y formal o informalmente y **l**levado a cabo en forma prioritaria las tareas remuneradas o domésticas según el caso, se considere muy especialmente la doble función realizada por uno de los cónyuges. Lo que se pretende es ampliar el ámbito de circunstancias para que el juez tenga más elementos a considerar para determinar la procedencia de la compensación económica.

La legislación chilena (artículo 62) contempla que para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación se considerará especialmente la duración del matrimonio y de la vida en común, edad, además de la situación patrimonial de ambos. Debe en todo caso flexibilizarse la norma para agregar también la circunstancia de haber o no existido apoyo económico del otro cónyuge, su participación en el cuidado de los hijos brindado por el cónyuge que no los tuvo a su cargo prioritariamente durante el matrimonio o durante el cese de la vida en común, el estímulo o apoyo del cónyuge demandado para el desarrollo profesional o de las capacidades o aptitudes y generación de oportunidades laborales brindados al cónyuge demandante del beneficio; esto es, considerar circunstancias específicas que tienen que ver con el apoyo al trabajo remunerado y/o doméstico del otro cónyuge, si lo tenido o no y peor aun si lo ha entorpecido, de ser así el menoscabo sería mayor; significa entonces que debe ser un antecedente a considerar para el menoscabo económico y la cuantía de la compensación.

En la sentencia (artículo 65), el juez determinará la forma de pago, en base a dos modalidades:

- primera, entrega de una suma de dinero, acciones de sociedades anónimas u otros bienes;
- segunda, constitución de derechos de usufructo, uso o habitación respecto de bienes que sean de propiedad del cónyuge deudor, siempre que no perjudique a los acreedores del cónyuge acreedor, ni permita a éstos aprovecharse de los derechos del cónyuge beneficiario.

Sin embargo, no obstante lo dispuesto precedentemente, se supone que uno de los cónyuges se dedica únicamente o preferentemente a las labores domésticas -en la práctica por regla general la mujer y mas excepcionalmente el hombre-, cuando es la mujer quien se dedica a esas labores tenía derecho al sistema de salud y previsión a través del montepío si quedaba viuda, no así el hombre que al quedar viudo no tenía

derecho a montepío, lo que se corrige con una reciente reforma. Así el matrimonio da certeza jurídica y económica para el o la cónyuge si éste o ésta es carga del otro, pero en caso de sentencia de divorcio como a su vez son escasas las sentencias de compensación económica, implica que en la mayoría de los casos se produce un empobrecimiento para el o la cónyuge demandante, debido a que deja de ser beneficiaria/o de los sistemas de salud y previsión del cónyuge aportante. Debido a ello es que se propone agregar una nueva tercera modalidad:

- tercera, la mantención de los derechos existentes del cónyuge beneficiario en los sistemas de salud del titular de quien es carga, a la fecha de la demanda; debiera incluirse también el sistema previsional.

La legislación chilena contempla (artículo 66) que si el deudor no tuviere bienes suficientes para solucionar debiendo decir pagar el monto de la compensación, el juez podrá dividirlo en las cuotas que fuere necesario, considerando en éstas los alimentos y en su defecto otras garantías para su efectivo cumplimiento. Rige en este caso el principio de que quien alega el patrimonio del otro cónyuge debe probarlo; sin embargo, puede suceder que en la práctica sea imposible por múltiples razones acreditar el patrimonio del cónyuge demandado, además si en la práctica hay un cónyuge económicamente mas fuerte y otro más débil y tomando en cuenta que las mas de las veces involucra también a terceras personas que son los hijos/as comunes, en ese contexto el principio de exigir a quien lo alega el peso de la prueba, significa que al o a la cónyuge económicamente mas débil se le impone un peso adicional a su condición jurídica; como cuestión accesoria es necesario tener presente que no es posible aplicar mecánicamente una norma civil donde impera teóricamente una cierta igualdad entre los litigantes con las normas de familia que por definición impera una desigualdad en mayor o menor grado entre los cónyuges. Considerando que la tendencia moderna en materia procesal es el desplazamiento del peso o carga de la prueba hacia el que la tiene tendencia que pone de manifiesta en materia laboral; por todas estas razones, hace necesario sea el o la cónyuge demandado quien tenga la obligación de acreditar su patrimonio y si lo ocultare se presuma la mala fe teniéndose por acreditado si se produjere.

Como la compensación económica proviene del patrimonio del otro cónyuge o de la sociedad conyugal en su caso, respecto de las cuales se han pagado los impuestos y cargas correspondientes, siguiendo la lógica de la argumentación precedente, se propone (un nuevo artículo 67), que contemple que la compensación económica en ningún caso sea considerada renta y que esté libre de impuesto u otra carga pública.

Como cuestión general, deberá el juez tener las mas amplias facultades para determinar la capacidad económica de los cónyuges, y de esa manera proceder con las compensaciones económicas.

FUNDAMENTOS DE ASPECTOS PROCESALES

Consideraciones Generales

Un nuevo factor interviniente es el de tipo procesal, esto es, que si se reconoce en la ley el derecho que tienen las personas para obtener una sentencia de divorcio, éste debe ser concordante con un procedimiento que permita el ejercicio efectivo de ese derecho, de lo contrario se incurre en un contrasentido, en una anomia jurídica, esto es, reconocer el derecho, pero se ponen trabas o dilaciones en el proceso, que en la práctica hacen muy difícil el ejercicio del derecho en cuestión.

En la actualidad, la casi totalidad de las legislaciones extranjeras contempla la posibilidad de disolver el matrimonio, tiene algunas variaciones en cuanto a la amplitud de las causales, ciertos procedimientos, y respecto de quien puede solicitarlo y bajo que circunstancias. Ahora bien, si una legislación específica como la chilena lo permite, significa que ese principio es el que le rige y por lo tanto debe adecuarse ese criterio tanto en su aspecto de fondo como de forma; implica entonces que el procedimiento debe también ser concordante con el principio que inspira la legislación.

A más de tres años de aplicación de la nueva ley de matrimonio civil N° 19.947, vigente desde el 18 de Noviembre de 2004, tanto por los tribunales civiles como por los de familia, ya se puede evaluar con claridad las dificultades, problemas y obstáculos en su aplicación.

El punto central en relación a la actual disposición legal es si el procedimiento que regula la implementación del divorcio es funcional o no al objetivo establecido en la ley, o sea si dicho procedimiento permite que se respete la voluntad real de quienes han contraído el vínculo matrimonial y desean terminarlo.

En la práctica en la mayoría de los casos, el divorcio se solicita por mutuo acuerdo de los cónyuges o por voluntad unilateral de la mujer o el marido en ese orden; y si el mayor porcentaje se agrupa en estas categorías legales, será entonces respecto de éstas donde tiene que establecerse la adecuación que corresponda en lo que se refiere al procedimiento.

En cualquiera de los tres casos, conforme a la legislación chilena, se requiere de una audiencia especial de conciliación, audiencia preparatoria y audiencia de juicio.

Competencia y Procedimiento

Será competente para conocer de las acciones de separación, nulidad de matrimonio o divorcio, el juzgado de familia correspondiente al domicilio del demandado (artículo 87).

Los juicios de separación, nulidad de matrimonio o divorcio se tramitarán conforme al procedimiento señalado en la ley de tribunales de familia (artículo 88).

No obstante lo señalado precedentemente, al procedimiento se aplicarán reglas especiales las que tengan por objeto regular el régimen de alimentos, cuidado personal de los hijos la relación que mantendrá con ellos aquel de los padres que no los tenga bajo su cuidado debiendo decir el padre o madre por cuanto se trata de terminología discriminatoria contra la mujer, la que se subsana mencionando expresamente la frase padre o madre, los asuntos relativos al régimen de bienes que no hubieren sido resueltas en forma previa a la presentación de la demanda de separación, nulidad o divorcio; deberán deducirse en forma conjunta en la demanda o en la reconvención que es la contrademanda que interpone el demandado en contra de demandante y resolverse tan pronto queden es estado, de acuerdo al procedimiento aplicable (artículo 89), se refiere a que estas otras materias ven en paralelo a la cuestión principal, lo cual es muy formalista y contrario al principio de desformalización y obliga a aplicar distintos procedimientos.

El problema que suscita la norma precedente referido a los asuntos ya señalados, es que establece una estructura muy rígida, sin que se pueda resolver en otras instancias, que en el caso de los alimentos si bien se otorgan con carácter provisorio, éstos son insuficientes en relación a las reales necesidades de la familia, dilatando innecesariamente en el tiempo, lo que en la practica constituye que no se otorga en forma oportuna ¡ajusticia.

Para corregir lo anterior, debe establecerse una norma legal que permita resolver en diversas instancias incluso si las circunstancias lo ameritan en forma previa a la materia principal, eso sí dejando a su vez diversas opciones que permitan al juez decidir si lo hace en forma provisoria o definitiva los alimentos, cuidado de los hijos, régimen de bienes o si éstos se resuelven conjuntamente con la materia principal en la sentencia definitiva. Desde un punto de vista procesal, al ser accesoria a la materia principal, se puede liquidar en una de las audiencias del procedimiento u otra especia lo de plano.

No se pretende imponer que deba resolverse anticipadamente a la materia principal, sino que permitir que dentro de las diversas opciones como las ya descritas se encuentre ésta.

Primera Audiencia

La primera audiencia se exige la comparencia personal de las partes, esto en práctica permite el funcionamiento, en la medida que los cónyuges efectivamente se encuentren en el lugar, el problema que se suscita cuando las partes no se encuentran en el lugar por múltiples razones, si uno de ellos está fuera del país, incluso no necesariamente ubicable, o si lo está no puede viajar para comparecer, pueden ambos estar en el país pero en ciudades distintas y lejanas y no necesariamente uno saber donde está el otro, podría uno de ellos encontrarse imposibilitado de asistir por enfermedad u otra causa, son todas estas situaciones reales y cotidianas que impiden cumplir con el perentorio requisito legal de estar presente en la primera audiencia, lo que implica en el hecho una dilación significativa, a la vez que innecesaria, por cuanto en cualquier juicio se puede comparecer mediante apoderado o mandatario habilitado para ello, debiendo ser esa la exigencia de comparecencia, sin que ello signifique en la práctica no poder ejercer ese derecho.

Reserva o Publicidad como Regla General

El proceso será reservado a menos que el juez, fundadamente y a petición expresa de los cónyuges resuelva lo contrario (artículo 86).

La reserva del juicio como regla general, está establecida debido porque institucionalmente se considera un asunto privado entre las partes y además porque puede haber causales que impliquen situaciones íntimas que una u otra parte estime inadecuado hacerlas públicas. Sin embargo, hay que tener presente una cuestión de fondo, que se trata de un asunto de interés público como regla general; y como cuestión de forma, la mayoría de los juicios se trata de un divorcio de común acuerdo, por lo que en este caso no debiera importar el que se de a conocer, mas aun cuando los medios de comunicación lo consideran como noticia tratándose de personas públicas, lo propio sucede con la causal de cesación de la vida conyugal por mas de tres años; razón por la cual en estos dos casos no se justifica la reserva, debiendo ser el proceso público. Si se tratare de un divorcio causado, es entendible una norma expresando reserva, según la causal de que se trate, no obstante aun en ese caso es loable fuere pública, dado que los conflictos familiares son de interés público, podría entonces aplicarse una norma similar a la existente en las disposiciones sobre delitos sexuales, esto es, si se solicita reserva, se exceptúa para fines estadísticos.

Procedimiento No Contencioso en Separación o Divorcio de Común Acuerdo

El procedimiento de acuerdo a la naturaleza del juicio de que se trate, puede ser contencioso o no contencioso; será contencioso cuando las partes tienen un litigio con interés contrapuesto la una de la otra; en tanto será no contencioso cuando hay una sola parte o aun cuando hayan dos partes éstas tienen interés coincidente en el juicio.

Tratándose de una separación o divorcio de común acuerdo, el acuerdo que deben acompañar los cónyuges que regulen en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y contemplar a lo menos el régimen aplicable a los alimentos, el régimen de bienes en el matrimonio; si hubiere hijos también a lo menos deberá referirse a los alimentos, el cuidado personal, y la relación directa que mantendrá con los hijos aquel de los padres que no los tuviere bajo su cuidado, esta frase aquel de los padres desde un punto de vista terminológico es machista y discriminatoria en contra de la mujer a quien se le subsume como parte de una expresión típicamente masculina, y por tal motivo hace necesario corregir dicha frase por el padre o madre que no los tuviere bajo su cuidado; debiendo en todo caso respetarse siempre los derechos conferidos con carácter de irrenunciable (artículo 21 referido a la separación de hecho, complementado con el artículo 27 referido a la separación judicial en concordancia con artículo 55 incisos primero y segundo referido al divorcio).

El acuerdo que conste por escrito otorgará fecha cierta al cese de la convivencia en alguno de los siguientes instrumentos:
a.- escritura pública o acta extendida y protocolizada ante notario público; b.- acta extendida ante un Oficial de Registro Civil;
c.- transacción aprobada judicialmente.
(artículo 22 inciso primero).

Respecto de lo anterior, esto es, la fecha cierta del cese de la convivencia, si se requiere de inscripción o subinscripción, será ésta la que otorga la fecha cierta del cese de la convivencia (artículo 22 inciso segundo) y no la señalada en el instrumento precedente (artículo 22 inciso primero).

Ahora bien, hay que tener presente como se está frente a una separación o divorcio de común acuerdo basta el instrumento señalado precedentemente donde conste el acuerdo, y por ende la fecha cierta del cese de la convivencia; resulta entonces dilatorio, engorroso y sobretodo de mayor costo económico para los cónyuges establecer una exigencia legal de que la fecha cierta del cese de la convivencia sea la inscripción o subinscripción en un registro público.

Además es importante considerar que si bien respecto de los actos jurídicos en materia de derecho civil, se justifica la inscripción de un registro público, en ningún caso es extrapolable a esta materia propia de derecho de familia para agregar tal exigencia, mas aun cuando de lo que se está señalando es la constancia del cese de la convivencia, ello es sin perjuicio de las inscripciones o subinscripciones que correspondan, debido a ello se propone la derogación del inciso segundo respectivo, pasando el tercero a ser segundo.

Hay que tener presente que la misma disposición (artículo 22 inciso tercero que pasa a ser ahora inciso segundo), establece que la declaración de nulidad de uno o mas de las cláusulas de un acuerdo que consten en uno de los instrumentos señalados no afecta el mérito para que éste sea fecha cierta de la convivencia; es adicionalmente un motivo mas que reafirma la validez del instrumento para determinar el cese de la convivencia.

Tratándose de un juicio de separación o divorcio de común acuerdo, por definición se trata de un asunto no contencioso, y debiera por ende regirse por ese procedimiento, y bastará con una sola audiencia, una vez evacuada se debe dictar sentencia, y solo si falta algunos de los requisitos que la ley establece para el acuerdo, deberá oír a los interesados para que concurran éstos con todos sus antecedentes a fin de resolver en la audiencia el asunto no contencioso presentado a su consideración, esto es, la separación o divorcio de común acuerdo (artículo 27 inciso tercero propuesto y artículo 55 inciso tercero propuesto ambos en concordancia con el artículo 102 de la Ley de tribunales de Familia).

Sin perjuicio de todo lo anterior, el cese de la convivencia podrá acreditarse por cualquier medio de prueba, lo que viene a adicionar a la escritura, acta o transacción que dan cuenta en forma fehaciente de la existencia del hecho, los demás medios de prueba podrían no dar cuenta en forma fehaciente, pero permiten al juez analizar conforme a las reglas de la sana crítica (artículo 22 inciso segundo intercalado).

La separación o divorcio de común acuerdo no son controversiales, razón por la cual el procedimiento de los actos judiciales no contenciosos contemplados en el artículo 102 de la ley de Tribunales de Familia, se refiere a que si las partes están de acuerdo y presentan una solicitud con los medios de prueba correspondientes, el juez tendrá la facultad de resolver de plano, en caso contrario, esto es, si no aportan los medios de prueba necesarios o aportándolos el juez aun en ese caso considera relevante oír a los interesados, entonces tiene el juez la facultad para citar audiencia. Se justifica la remisión al artículo antes citado para los procedimientos a los actos judiciales no contenciosos (artículo 27 inciso tercero propuesto y artículo 55 inciso tercero propuesto).

Procedimiento Contencioso de Separación Judicial o Divorcio

En un procedimiento contencioso, existe controversia entre las partes, que en el caso de la separación o divorcio lo es cuando es causado o con expresión de causales o por el divorcio unilateral, esto es cese de la convivencia por mas de tres años.

En el caso de un divorcio solicitado unilateralmente por uno de los cónyuges, por cese de la convivencia durante mas de tres años, el o la cónyuge demandante será por regla general el marido y el o la cónyuge demandado/a, será por regla general la mujer, quien puede oponer la excepción de incumplimiento reiterado de la obligación de alimentos del demandante respecto de el o la cónyuge demandado/a y de los hijos comunes pudiendo hacerlo (artículo 55 inciso tercero que pasa a ser cuarto).

Sin embargo, la práctica judicial (no está en la ley) para que se pruebe esta excepción referida al hecho del incumplimiento exige acreditar que ha habido una sentencia condenatoria ejecutoriada de pago de alimentos en contra del cónyuge alimentante o demandante por regla general el marido y que además el o la cónyuge alimentario/a por regla general la mujer haya exigido el cumplimiento forzado de la obligación, esto es, exigir se le imponga al otro cónyuge multas o arrestos cada vez que no paga o se atrasa en los pagos, significa que para que opere la excepción debe el o la cónyuge demandado/a haber accionado judicialmente por la vía del apremio. Esto significa también que si el o la cónyuge demandado/a por regla general la mujer ha intentado buscar otras soluciones que no sean las judiciales, como la solidaridad de familiares, amigos/as o conocidos/as, entonces los tribunales le niegan la posibilidad de oponer la excepción al demandante; peor aún si tampoco se le permite a la parte demandada utilizar otros medios de prueba, lo que agrava su situación.

Si se analiza desde un punto de vista empírico, importa una sanción para aquella persona que es conciliadora y que ha tratado diligentemente de resolver el problema por otras vías que no sea la judicial, sea porque esa ha sido su voluntad o también porque ha sido conminada coercitivamente a ello; entonces no resulta justo un tratamiento discriminatorio en su contra, debiendo entonces permitírsele oponer dicha excepción haya o no interpuesto las acciones y apremios judiciales ya señalados.

En la práctica judicial se ha establecido un standard altísimo probatorio, aparte de tener que probar el no cumplimiento que es un hecho negativo, lo cual es casi imposible de probar; en cambio, lo que corresponde es que el obligado al pago de la pensión alimenticia pruebe el cumplimiento.

Por todo lo señalado precedentemente, se propone agregar la siguiente oración final al inciso tercero que pasa a ser cuarto del artículo 55. Para oponer la excepción, el cónyuge demandado no requiere de sentencia judicial condenatoria en juicio de alimentos. El cumplimiento íntegro y oportuno de la obligación legal deberá ser acreditado por el cónyuge demandante.

Eliminación de la Conciliación en juicio de Divorcio

La conciliación es el llamado que hace el juez para que las partes logren un arreglo, que en este caso se refiere a que las partes en vez de separarse o divorciarse vuelvan a hacer vida conyugal. Este llamado es estimado como esencial del procedimiento, por lo que su ausencia es causal de anulación del fallo.

Al tratarse de un divorcio de común acuerdo, las partes que acuden al tribunal debido a que hay un quiebre en la relación, tienen ya tomada su decisión, no solo en lo que se refiere a no continuar juntos haciendo vida conyugal, sino que además también debe haber un acuerdo completo y suficiente en las cuestiones accesorias si hay hijos/as, esto es, las materias sobre: alimentos, quien lo tendrá a su cuidado, patria potestad, y visitas, así como respecto de las compensaciones económicas entre los cónyuges; desde un punto de vista procesal, el solo hecho de citar a audiencia de conciliación, importa un considerable retardo, en la práctica es un mero trámite, toda vez que entre

audiencia y audiencia transcurre mucho tiempo, si a esto se le suma que por razones mas diversas una de las partes no asiste puede significar ya no un mero retardo sino una prolongada dilación, por el encarecimiento para las partes y mayor entrabamiento al funcionamiento judicial con el consiguiente costo económico innecesario para el Estado. Por las razones señaladas, la conciliación no se justifica como trámite escencial, primero porque los cónyuges ya tienen una decisión tomada de no continuar juntos al existir un quiebre irreversible en el matrimonio, y segundo, porque el acuerdo alcanza también a las cuestiones accesorias; hacen aconsejable que no se aplique la conciliación en este caso.

Tratándose de un juicio de divorcio de común acuerdo, de conformidad a lo señalado precedentemente, por definición se trata de un asunto no contencioso, esto es no hay controversia en el asunto a tratar, y debiera por ende regirse por ese procedimiento, y bastará con una sola audiencia, una vez evacuada se debe dictar sentencia.

Si hubiere ánimo de reiniciar la vida en común, no será necesario recurrir a los tribunales, y aun en el improbable caso de que habiendo interpuesta una acción de divorcio, si las partes desearen volver a juntarse simplemente no continúan el procedimiento, en cualquier caso esa debe ser una decisión de los propios cónyuges.

Si hay un cese de la convivencia conyugal de a lo menos 3 años, o si se tratare de una solicitud de divorcio por alguna de las causales establecidas en la ley: atentado en contra de la vida, sevicias que significa malos tratamientos que afecten la integridad física o psíquica, tentativa de prostituir al otro cónyuge o a los hijos, drogadicción o alcoholismo, abandono de uno de los cónyuges, no socorrer al otro cónyuge o a los hijos debiendo hacerlo, infidelidad o adulterio, condena por delitos de carácter sexual, contra la familia o contra las personas, conducta homosexual; son causales que tienen gravedad.

Específicamente las referidas a aquellas que involucran violencia intrafamiliar, esto es atentar en contra de la vida, integridad física o psíquica o tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos/as; el llamado a conciliación lo realiza el juez. Al respecto hay que considerar que una persona que ha sido víctima de esa violencia, esa persona no está psicológicamente preparada para prestar su voluntad, y si ella consintiere en reiniciar la vida en común bajo situación de violencia, esa violencia va a continuar y se va a acrecentar, dado que eso es lo que sucedía con la aplicación de la ley de violencia intrafamiliar cuando tenían competencia los tribunales civiles, por ello en vez de impedir la relación de violencia, la conciliación la retroalimenta, y por ende reinicia el ciclo de violencia, generalmente con mayor gravedad que el anterior.

En lo concerniente a las demás causales no incluidas en las mencionadas precedentemente, también importa necesariamente un quiebre en la relación de pareja, y tampoco en estos casos justifica la intervención judicial frente a una decisión ya tomada por parte de quien ya no desea continuar la vida en común.

Coincidente con lo anterior, la conciliación que siendo una institución propia del derecho civil, esto es en el ámbito patrimonial, puede en ese contexto ser necesaria, pero ello no significa que sea mecánicamente extrapolable al derecho de familia, ni menos si éste último tiene implicancias penales, como es el caso de la violencia intrafamiliar, cuyas características particulares lo diferencian uno de otro.

Tratándose de un divorcio por cese de la convivencia conyugal por mas de tres años o de un divorcio por causales establecidas en la ley; la conciliación puede ser necesaria en lo concerniente a fijar los alimentos entre los cónyuges y para los hijos, su cuidado personal, la relación que mantendrá con ellos el padre o madre que no los tenga bajo su cuidado y el ejercicio de la patria potestad, puede resultar una institución necesaria para esa situación específica; de lo cual se colige que sólo en ese caso uno u otro cónyuge puedan solicitar la conciliación, pero que en ningún caso sea obligatoria impuesta por la ley.

Por definición en estos casos se trata de un asunto contencioso, debiendo aplicarse los procedimientos que correspondan a estas materias.

La implementación misma de los tribunales de familia significó que el total de éstos no han podido satisfacer la real demanda de la población, esto implica que los tribunales de familia creados están muy por debajo en cantidad de los que debieran ser; lo que por esa circunstancia ha significado una retardo en la administración de justicia, si a esto se le suma dilación procesal que significa la existencia de la conciliación, respecto de los divorcios de común acuerdo, por ese solo hecho al no haber rapidez ni oportunidad, ha generado un problema dramático por la denegación de justicia que ello implica, no cumpliendo el Estado de Chile con una de sus obligaciones básicas.

Sin perjuicio de todo lo anterior, la conciliación podría sólo respecto a los alimentos debidos entre los cónyuges y para los hijos, su cuidado personal, la relación directa y regular que mantendrá con ellos el padre o la madre que no los tenga bajo su cuidado, y el ejercicio de la patria potestad.

Efectos de la Sentencia Ejecutoriada de Separación Judicial, Nulidad de Matrimonio y Divorcio

El efecto de la sentencia ejecutoriada que dicta la separación judicial es que deja subsistentes todos los derechos y obligaciones personales que existan entre los cónyuges, por ejemplo incluye la pensión de alimentos que se deban, adquieren la calidad de separados pero no pueden contraer nuevo vínculo; exceptuando los derechos y obligaciones que sean incompatibles con la vida separada de ambos, lo que significa que no rige la obligación de cohabitar, ni de guardarse fidelidad (artículo 33), adquieren la calidad de separados y no pueden contraer nuevo vínculo; es requisito subinscribir la sentencia al margen de la respectiva inscripción matrimonial, siendo desde ese momento oponible a terceros (artículo 32).

El efecto de la sentencia ejecutoriada que declara la nulidad de matrimonio es retrotraer a los cónyuges al momento de contraer el vínculo, esto es, quedan en calidad de solteros y pueden contraer nuevo vínculo; es requisito subinscribir la sentencia al margen de la respectiva inscripción matrimonial y desde ese momento será oponible a terceros (artículo 50).

El efecto de la sentencia ejecutoriada que declara el divorcio disuelve el vínculo matrimonial entre los cónyuges, éstos adquieren la calidad de divorciados y pueden volver a contraer uno nuevo; es requisito subinscribir la sentencia al margen de la respectiva inscripción matrimonial y desde ese momento será oponible a terceros (artículo 59).

El divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial, cuya titularidad y ejercicio se funda la existencia del matrimonio, como los derechos sucesorios recíprocos y el derecho de alimentos, sin perjuicio de las compensaciones económicas que procedieren (artículo 60).

Ahora bien, es importante tener presente que no obstante lo señalado precedentemente, esto es, el término de las obligaciones patrimoniales entre cónyuges divorciados, ello no obsta a que los cónyuges voluntariamente acuerden mantener dichas obligaciones independiente si el procedimiento en juicio de divorcio fue contencioso o no contencioso, la ley permite acuerdos entre los cónyuges, como el acuerdo completo y suficiente de sus relaciones mutuas y respecto de sus hijos a que se refiere el artículo 55 inciso segundo en relación al artículo 21 y en la compensación económica del artículo 63 que se refiere a al acuerdo de los cónyuges sobre su procedencia, monto y forma de pago.

Siguiendo el principio de la autonomía de la voluntad, los cónyuges pueden establecer cláusulas, pactos, estipulaciones en relación con materias patrimoniales de aquellas que cesarían por efectos o a consecuencia del divorcio, como por ejemplo mantener

una pensión vitalicia o no vitalicia por un cierto número de años, financiar un seguro de salud temporal o vitalicio a favor de el o la cónyuge económicamente más débil.

En el artículo 60 se señala que los cónyuges pueden hacer pactos de orden patrimonial en las compensaciones económicas, pero nada dice respecto al acuerdo completo y suficiente referido al divorcio de común acuerdo que señala el artículo 5 5 inciso segundo.

Específicamente al mencionar el artículo 60 referido a que el divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial y al colocar en dicho artículo como ejemplo el derecho de alimentos, se ha generado un conflicto interpretativo que obstaculiza el que los cónyuges puedan voluntariamente pactar alimentos para después del divorcio.

Lo que se pretende con esta modificación es que sea claro que aún después del divorcio uno de ellos pueda continuar brindando alimentos al otro.

En lo que respecta a los derechos sucesorios, la interpretación es que éstos si terminan con el divorcio, sobre ello no ha habido problemas en la práctica, lo que justifica su no inclusión en el artículo 60.

Improcedencia de la Consulta de Sentencias de la Separación Judicial, Nulidad de Matrimonio y Divorcio, salvo Excepciones

La consulta es la revisión que hace de oficio un tribunal superior, en este caso la Corte de Apelaciones, en relación a una resolución judicial dictada por un tribunal inferior, en este caso juez de familia.

La legislación chilena en este caso señala: si la sentencia que da lugar a la separación judicial, a la nulidad o al divorcio, no sea apelada, deberá elevarse en consulta al tribunal superior, y si éste estima dudosa la legalidad del fallo consultado, retendrá el conocimiento del asunto y procederá como si se hubiere interpuesto apelación en su oportunidad. En caso contrario aprobará la sentencia.

En lo que se refiere a la consulta, cuando las partes no apelan, el asunto es visto de oficio por un tribunal superior, el cual debe pronunciarse sobre cuestiones de hecho o si hubiere errores de derecho, que en el caso de divorcio de común acuerdo, por definición las partes actúan de consuno, no obstante lo cual el tribunal recibe la prueba ofrecida tendiente a acreditar la causal invocada. Ahora bien, si dicha institución se ha establecido para aquellas situaciones cuyo asunto sea de relevancia para el derecho y siempre y cuando ello no implique una innecesaria dilación, si el tribunal solo verifica que los cónyuges desean divorciarse, ciertamente que en este contexto, se trata de una norma meramente dilatoria tratándose de un divorcio de común acuerdo. En el hecho entorpece la acción de la justicia, perdiendo su razón de ser la institución de la consulta en esta situación específica propia del ámbito de la familia.

Lo que señala la ley es que el tribunal superior aun cuando no hubiere apelación debe actuar como si la hubiera, pero tratándose de un fallo de primera instancia donde no se ha llamado a audiencia de conciliación, procede en este caso anulando el fallo del tribunal inferior.

En directa relación a lo señalado precedentemente cuando los tribunales de familia por razones de economía procesal o porque una mayor rapidez importa una justicia mas oportuna han omitido el trámite de la conciliación, como es obligatorio el trámite de la consulta a la Corte de Apelaciones, este tribunal superior ha invalidado de oficio el fallo del tribunal de familia que concedió el divorcio, debiendo procederse a reiniciar el trámite nuevamente. Esto aun cuando la ley señala que la Corte de Apelaciones debe proceder como si se tratare de apelación aunque las partes no hayan apelado, pudiendo aun en ese caso aprobar la sentencia de primera instancia, el tribunal superior simplemente no lo hace y actúa como si se tratare de una casación de oficio

en relación a la sentencia de divorcio por mutuo acuerdo. Se trata por ende de dos procedimientos dilatorios la consulta en sí misma y que se anule el fallo anterior por no haber observado el procedimiento de la conciliación. Si la Corte actuara como lo señala la ley confirmando o rechazando la sentencia de divorcio, sería menos dispendioso para las partes, en vez de ello se recurre a un subterfugio procesal meramente dilatorio, ocasionando mayores costos al Estado.

En esta situación específica, se hace más gravosa, por cuanto los costos humanos, psicológicos y económicos lo son por partida doble por constituir dilaciones innecesarias que afectan gravemente la vida cotidiana de las personas.

La situación antes descrita también afecta a las causas que tiene competencia los tribunales de familia y que no se refieren a divorcio o nulidad de matrimonio, toda vez que retardan también estas últimas.

En base a lo señalado precedentemente, el trámite de la consulta implica en el hecho un entorpecimiento al proceso de divorcio, razón por la cual debe eliminarse.

No obstante lo anterior, la única excepción que podría contemplarse si la sentencia de primera instancia deniega la demanda de divorcio por algunas de las causales que impliquen atentado contra la vida, la libertad sexual, la integridad fisica o psíquica, conducta viciosa, infidelidad, entre otras establecidas en el artículo 54, o en el caso del articulo 55 inciso cuarto cuando se ha rechazado la oposición por parte del alimentario o cuando se rechace en todo o parte la demanda de compensación económica., por cuanto en este caso las sentencias van en detrimento de e lo la cónyuge económicamente mas débil.

Sentencia de Divorcio Dictada en el Extranjero

En la antigua ley de matrimonio civil de la legislación chilena, respecto de las sentencias de divorcio dictadas en el extranjero, se consideraba divorciado en Chile, pero éste era un divorcio que no disolvía el vínculo, por lo que al no haber divorcio vincular debía entonces anular el matrimonio en Chile.

En la actual ley de matrimonio civil de la legislación chilena, señala que el divorcio estará sujeto la ley aplicable a la relación matrimonial al tiempo de interponerse la acción (artículo 83).

Las sentencias de divorcio y nulidad de matrimonio dictadas por un tribunal extranjero, serán reconocidas en Chile conforme a las reglas generales establecidas en el. Código de Procedimiento Civil, siempre que sea dictado por resolución judicial y no se oponga al orden público chileno (artículo 83 incisos segundo y tercero).

Las sentencias de divorcio dictadas por tribunal extranjero con anterioridad al inicio de la vigencia de la nueva ley de matrimonio civil chilena, ha sido interpretado por la jurisprudencia chilena en orden a no reconocer el divorcio vincular de esas sentencias en Chile, lo cual genera en ese caso una discriminación en torno a las sentencias dictadas con anterioridad y con posterioridad a dicha vigencia, por cuanto se debe en ese caso estar a cual es la norma que está mas conforme al principio de equidad, ciertamente no lo es aquella que discrimina una situación por el factor meramente temporal; entonces constituye un imperativo de justicia adecuarla en orden a permitir una norma paritaria independiente de cual fue el momento de dictación de la sentencia de divorcio por parte del tribunal extranjero.

Las sentencias de divorcio de un tribunal extranjero, si han sido dictadas con anterioridad a la fecha de vigencia de la nueva ley de matrimonio civil, respecto de los matrimonios inscritos en Chile, aun después de la vigencia de la nueva ley de matrimonio civil, no permite que en Chile se disuelva el vínculo, por cuanto la interpretación de la jurisprudencia es que a esa fecha regía un divorcio no vincular

equivalente a la actual separación judicial, por lo tanto se aplica una disposición con efecto retroactivo.

Cuando se ha contraído un matrimonio en el extranjero, se presume que los cónyuges tienen la voluntad de regirse por la ley del lugar en que se contrajo, y si bien debe ser concordante con la de la legislación chilena, tampoco debe anteponerse arbitrariamente, pueden no necesariamente estar disponibles para viajar a Chile con los costos que ello implica, y será el caso si uno de ellos o ambos trabajan en el extranjero y que por alguna circunstancia también se casaron en Chile. En consecuencia dicha norma ocasiona una dilación en el procedimiento con el consiguiente perjuicio para las personas.

La vida actual hace que las personas se trasladen de un lugar a otro con bastante frecuencia dentro de un país, pero también a otro país, eso genera una transnacionalización de las relaciones tanto familiares, como económicas e incluso políticas; en este contexto imponer que no obstante el divorcio en el extranjero tengan también que divorciarse en Chile, con todo el procedimiento establecido en este país, no se condice con el acontecer de la época actual, mas aun cuando a lo que se tiende es a una cierta uniformidad en las legislaciones, precisamente por el flujo entre los países, sobretodo si se considera que las normas sustantivas de divorcio son mas o menos equivalentes con las de el resto de los países. Por ello es una condición sine quanom que si hay una sentencia de separación, divorcio o nulidad de matrimonio dictada por un tribunal extranjero, entonces se aplique también una homologación de dicha norma en Chile.

En conformidad a lo señalado precedentemente, constituye un procedimiento dilatorio no reconocer una sentencia de divorcio en el extranjero con anterioridad a la vigencia de la ley, toda vez que si ésta se ha concedido por un tribunal extranjero, debiera entonces ser reconocido también en Chile, para lo cual por la temporalidad de la disposición se le da ese carácter en el artículo correspondiente (artículo 8° transitorio propuesto).

.Excepciona la disposición precedente, si los cónyuges hubieren tenido domicilio en Chile durante cualquiera de los tres años anteriores a la sentencia que se pretende ejecutar, presumiéndose en ese caso fraude a la ley, la que extiende incluso cuando ambos cónyuges aceptan que la convivencia ha cesado en ese lapso o hasta cinco años anteriores a la sentencia.

No es acorde con el principio de buena fe procesal, imputar a priori el fraude a la ley por el solo hecho de cesar la convivencia de hasta cinco años anteriores a la sentencia extranjera que se pretende ejecutar; si hay cese de convivencia y se han casado en el extranjero, lo lógico es que también se divorcien en el extranjero, si el matrimonio ha fracasado. En definitiva, cualquiera que fuere el tribunal que dicte una sentencia de divorcio, es requisito suficiente, la regla general establecida para el derecho chileno.

A Manera de Resumen

Si se analiza en términos globales, los aspectos procesales, entre los que se cuentan: la exigencia de comparecencia personal en la primera audiencia; que tratándose de un divorcio de común acuerdo se considere un procedimiento contencioso; la existencia misma de la conciliación y consulta que en si mismas son dilatorias; si a ello se le agrega la negación de reconocer en Chile una sentencia de divorcio dictada en el extranjero; constituye una normativa procesal en que las partes se ven expuestas a un entrabamiento y dilación innecesario que ocasiona graves perjuicios económicos a quienes tienen la pretensión de divorciarse, pero además son costos altísimos para el Estado, tanto en forma directa referido al caso específico como indirecto por cuanto al no haber celeridad en la situación anterior también produce un retardo en las demás causas; peor aún si circunstancialmente los tribunales de familia actuales son insuficientes para enfrentar la demanda, lo que implica una doble o triple violación de los derechos de las personas. En consecuencia, la actual ley de matrimonio civil

conocida también como ley de divorcio, no hay concordancia entre los aspectos sustantivos que lo inspiran con los de procedimiento a aplicar, y por ello es que urge una reforma en este sentido.

El presente proyecto de ley contó con la elaboración del Asesor Legislativo Leonardo Estradé-Brancoli; contó también con la valiosa colaboración de la abogada y Magister en Derecho, Marta Jimena Pinto y de la abogada Magíster en Estudios Legales e Internacionales con Especialización en Género y Derecho, Luz Rioseco Ortega.

En conformidad a todo lo antes expuesto, venimos a presentar el siguiente:

PROYECTO DE LEY

ARTÍCULO UNICO: Introdúcense las siguientes modificaciones a la Ley de Matrimonio Civil Número 19.947:

En el número 3° del artículo 8°, después del punto aparte (.) que pasa ser seguido, agrégase la siguiente frase: "Se considerará como circunstancia externa el rapto de una persona."

"El acta que otorgue la entidad religiosa en que se acredite la celebración del matrimonio y el cumplimiento de las exigencias que la ley establece para su validez, como el nombre y edad de los contrayentes, los testigos, y la fecha de su celebración, la que deberá en todo caso ser posterior a la celebración del matrimonio ante Oficial de Registro Civil. Si el matrimonio religioso se inscribiere con anterioridad no producirá efecto civil alguno".

En el artículo 21, sustitúyase la frase "aquel de los padres" por "el padre o

En el artículo 22, reemplázase el inciso segundo por el siguiente:

Sin perjuicio de lo anterior, el cese de la convivencia podrá acreditarse por cualquier medio de prueba.

En el artículo 26, intercálase el siguiente inciso segundo:

"Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos, sin que la enumeración sea taxativa:

1° Atentado contra la vida o la integridad sexual, malos tratamientos contra la integridad física o psíquica del otro cónyuge o alguno de los hijos o de otra persona que viva en la misma morada;

2° Tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos;

3° Avaricia de uno de los cónyuges, si llega a privar al otro o a los hijos de lo necesario para la vida, atendidas sus facultades;

4° Transgresión grave de los derechos de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono del hogar común, es una forma de transgresión grave de los deberes del matrimonio;

5° Condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública o la integridad sexual o contra las personas;

6° Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos;

7° Juego o disipación que constituya un impedimento para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos;

8° Enfermedad grave, incurable y contagiosa de uno de los cónyuges;

9° Conducta homosexual de uno de los cónyuges.".

Agrégase el siguiente inciso tercero al artículo 27:

"La separación solicitada de común acuerdo, se tramitará conforme a lo dispuesto en el artículo 102 de la Ley de Tribunales de Familia.

Introdúcense en el artículo 54 las siguientes modificaciones:

En el inciso segundo después de la palabra "hechos", colóquese una coma (,) y agrégase la siguiente frase: "sin que la enumeración sea taxativa".

Sustitúyese el N° 1 del artículo 54 por el siguiente:

"1° Atentado contra la vida o la integridad sexual, malos tratamientos contra la integridad física o psíquica del otro cónyuge o alguno de los hijos o de otra persona que viva en la misma morada".

El número 6° del artículo 54, pasa ser número 2°

Agrégase el siguiente nuevo número 3° al artículo 54:

"3° Avaricia de uno de los cónyuges, si llega a privar al otro o a los hijos de lo necesario para la vida, atendidas sus facultades;".

El número 2° del artículo 54 pasa a ser 4°, sustitúyase por el siguiente:

"4. Transgresión grave de los derechos de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono del hogar común, es una forma de transgresión grave de los deberes del matrimonio;".

El número 3° del artículo 54 pasa a ser 5°, sustitúyase por el siguiente:

"5° Condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública o la integridad sexual o contra las personas;"

Sustitúyase el número 6° del artículo 54 por el siguiente:

"6° Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos;".

Agrégase el siguiente número 7° al artículo 54:

"7° Juego o disipación que constituya un impedimento para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos;".

Agrégase el siguiente número 8° al artículo 54:

"8° Enfermedad grave, incurable y contagiosa de uno del os cónyuges.".

Agrégase el siguiente número 9° al artículo 54:
"9°. Conducta homosexual de uno de los cónyuges".
En el artículo 55, introdúcense las siguientes modificaciones:

a.- Intercálase el siguiente inciso tercero:

"El divorcio solicitado de común acuerdo, se tramitará conforme a lo dispuesto en el artículo 102 de la Ley de Tribunales de Familia.

b.- Los actuales incisos tercero y cuarto pasan a ser los incisos cuarto y quinto.

c.- En el inciso tercero que pasa a ser cuarto, después de la palabra "hacerlo" punto aparte (.) pasa a ser seguido, agrégase la siguiente oración final:

"Para oponer la excepción, el cónyuge demandado no requiere de sentencia condenatoria en juicio de alimentos. El cumplimiento íntegro y oportuno de la obligación legal deberá ser acreditado por el cónyuge demandante".

En el artículo 60, después de la palabra "matrimonio" la coma (,) pasa a ser punto seguido (.) y sustitúyase la oración "como los derechos sucesorios recíprocos y el derecho de alimentos, sin perjuicio de lo dispuesto en el Párrafo 1 del Capítulo siguiente", por "Sin perjuicio de los acuerdos de las partes en el caso del artículo 55 inciso primero y de lo dispuesto en el Párrafo 1 del Capítulo siguiente".

Reemplázase el artículo 61 por el siguiente:

"Artículo 61. El cónyuge a quien haya correspondido prioritariamente en relación al otro, el cuidado de los hijos o las labores propias del hogar común, ya sea por decisión conjunta o unilateral de alguno de ellos y en consecuencia, no haya desarrollado una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o lo haya hecho en menor medida de lo que hubiera podido o querido, sin esas circunstancias, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa.

Será tenida en especial consideración la circunstancia de haber trabajado en forma remunerada o desarrollado una actividad lucrativa, en jornada completa o parcial, fuera o dentro del hogar y formal o informalmente y llevado a cabo en forma prioritaria las tareas a que se refiere el inciso precedente, ponderando el esfuerzo de la doble función.".

Intercálase el siguiente inciso segundo al artículo 62:

"Se tomará también en consideración el apoyo económico y el cuidado de los hijos brindado por el cónyuge que no los tuvo a su cargo prioritariamente durante el matrimonio o durante el cese de la vida en común. Además el estímulo y el apoyo del cónyuge demandado, para el

desarrollo profesional o de las capacidades o aptitudes y generación de oportunidades laborales brindados al cónyuge demandante del beneficio".

En el inciso tercero del artículo 64 sustitúyase la frase "en escrito complementario de la demanda o en la reconvención" por la frase "en la contestación, en escrito complementario de una u otra o en la reconvención".

En el artículo 65, agrégase el siguiente número 3:

"3. La mantención de los derechos existentes del cónyuge beneficiario en los sistemas de salud del titular de quien es carga, a la fecha de la demanda.".

Introdúcense en el artículo 66 las siguientes modificaciones:

a.- En el inciso primero sustitúyase la palabra "solucionar" por "pagar".

b.- Agrégase el siguiente el siguiente inciso tercero:

"El cónyuge demandado tendrá la obligación de acreditar la totalidad de su patrimonio. La ocultación de pruebas o la omisión de esta obligación será constitutiva de mala fe y se tendrá por acreditado el patrimonio que le atribuya el otro cónyuge".

Reemplázase el artículo 67 por el siguiente:

"Artículo 67. La compensación económica en ningún caso podrá ser considerada renta y estará libre de impuestos o cualquier otra carga pública.".

Reemplázase el artículo 68 por el siguiente:

"Artículo 68. Solicitada la separación o el divorcio, el juez podrá citar a las partes a una audiencia especial de conciliación, sólo respecto a los alimentos debidos entre los cónyuges y para los hijos, su cuidado personal, la relación directa y regular que mantendrá con ellos el padre o la madre que no los tenga bajo su cuidado, y el ejercicio de la patria potestad.".

En el artículo 70 elimínese la frase: "inciso segundo del" y sustitúyase el guarismo "67" por "68".

En el artículo 83, en su inciso segundo, entre las palabras "extranjeros" y "serán", intercálase la frase "antes o después del inicio de la vigencia de la ley 19.947"

Introdúcense en el artículo 85 las siguientes modificaciones:

a.- En el inciso primero, después de la palabra "niño", agrégase la frase "o niña".

b.- En el inciso tercero, el punto aparte (.) pasa a ser coma (,), y agrégase la siguiente oración final: "sin afectar los derechos del cónyuge mas vulnerable o económicamente mas débil a la fecha del divorcio".

Reemplázase el artículo 86 por el siguiente:

"Artículo 86. El proceso será público, a menos que tratándose de un divorcio con expresión de causa, el juez a petición de uno o ambos cónyuges, resuelva sea reservado.

Con todo, los antecedentes estarán disponibles para efectos estadísticos".

Introdúcense en el artículo 89 las siguientes modificaciones:

a.- En el inciso primero sustitúyase la frase "aquel de los padres" por "el padre o madre".

b.- En el inciso primero reemplázase la frase "resolverse tan pronto queden en estado, de acuerdo al procedimiento aplicable" por la frase "podrán resolverse anticipadamente a la materia principal, si fuere posible, en forma provisoria o definitiva, o conjuntamente con ésta en la sentencia definitiva".

Reemplázase el artículo 90 por el siguiente:

"Artículo 90. En el llamado a conciliación a que se refiere el artículo 68, se regirá conforme a lo dispuesto en el artículo precedente.".

En el artículo 92, sustitúyase la oración: "si él estima dudosa la legalidad del fallo consultado, retendrá el conocimiento del asunto y procederá como si se hubiera interpuesto apelación en su oportunidad. En caso contrario, aprobará la sentencia" por la siguiente: "procederá como si se hubiere interpuesto apelación en su oportunidad, si la sentencia de primera instancia deniega la demanda de divorcio en los casos del artículo 54, o en el caso del artículo 55 inciso cuarto cuando se ha rechazado la oposición por parte del alimentario o cuando se rechace en todo o parte la demanda de compensación económica"

EN ARTICULOS TRANSITORIOS

Agrégase el siguiente artículo 8° transitorio:

"Artículo 8° Las sentencias de separación, divorcio o nulidad de matrimonio dictadas por tribunales extranjeros con anterioridad a la vigencia de la ley número 19.947, serán reconocidas en Chile en conformidad a lo dispuesto a la presente ley y a las reglas generales que establece el Código de Procedimiento Civil.".

El Artículo 8° Transitorio pasa a ser el Artículo 9° Transitorio nuevo.