



**FACULTAD DE DERECHO**  
UNIVERSIDAD DE CHILE  
ESCUELA DE POSTGRADO

ACTIVIDAD FORMATIVA EQUIVALENTE A TESIS

**Análisis crítico del divorcio por cese de convivencia en el derecho chileno. Especial  
referencia al divorcio de “común acuerdo”**

Profesor guía: Gabriel Hernández Paulsen.

Alumna: María Piedad Esguep Nogués.

2018

Magister de Derecho de Familia(s) y Derecho de la Infancia y de la Adolescencia

Universidad de Chile

## INDICE

Introducción.....	4-6
<b>Capítulo I:</b> Divorcio y cese de convivencia en el derecho chileno.....	7-40
-Título I: <u>Evolución del concepto de divorcio por cese de convivencia</u> .....	7-18
- 1.- Evolución histórica del divorcio.....	7-8
- 2.- Evolución del concepto de divorcio en Chile.....	8-16
- 3.-Concepto de divorcio por cese de convivencia en Chile.....	16-18
-Título II: <u>Principios inspiradores de la actual regulación del divorcio por cese de convivencia en Chile</u> .....	18-30
- 1.- Generalidades acerca de los principios.....	18-21
- 2.- Principio de protección de la familia.....	21-23
- 3.- Principio de protección del matrimonio.....	23-25
- 4.- Principio de la autonomía de la voluntad.....	25-28
- 5.- Principio de la mínima intervención del Estado.....	28-30
-Título III: <u>Requisitos del divorcio por cese de convivencia en el derecho chileno</u> .....	30-40
- 1.- Divorcio unilateral por cese de convivencia.....	30-31
- 2.- Divorcio por cese de convivencia de “común acuerdo”.....	32-35
- 3.- Cese de convivencia.....	35-38
- 4.- Reanudación de la vida en común.....	39-40
<b>Capítulo II:</b> Crítica a la regulación del divorcio por cese de convivencia en el derecho chileno.....	41-67
- Título I: <u>La escasa importancia de la voluntad de los cónyuges en la obtención del divorcio por cese de convivencia</u> .....	41-46
- 1.- La voluntad en la vida matrimonial.....	41-43
- 2.- La voluntad en la tramitación del divorcio.....	43-46
- Título II: <u>Relevancia del requisito de cese de convivencia en la obtención del divorcio</u> .....	47-56
- 1.- Análisis del concepto de cese de convivencia.....	47-49
- 2.- Cese de convivencia como requisito del divorcio.....	49-56
- Título III: <u>Influencia del rol del juez de familia en el juicio de divorcio por cese de convivencia</u> .....	56-67

- 1.- Rol del juez en el proceso de familia.....	56-58
- 2.- Facultades del juez en el proceso de divorcio.....	58-67
<b>Capítulo III: Divorcio por cese de convivencia en el derecho comparado.....</b>	<b>68-85</b>
- Título I: <u>Divorcio por cese de convivencia en España</u> .....	68-72
- Título II: <u>Divorcio por cese de convivencia en Francia</u> .....	72-79
- Título III: <u>Divorcio por cese de convivencia en Argentina</u> .....	79-85
- Conclusiones.....	86-88
- Bibliografía.....	89-97

## INTRODUCCIÓN

La Ley de Matrimonio Civil, N°19.947 -en adelante LMC-, no define el divorcio por cese de convivencia y menos aún, el divorcio por cese de convivencia de “común acuerdo”. No obstante, sí establece los requisitos para que sea declarado por el juez de familia (artículo 55), a saber:

1. Que los cónyuges lo soliciten de mutuo acuerdo ante el tribunal competente.
2. Que acrediten los cónyuges que ha cesado su convivencia durante un lapso mayor a un año.
3. Que los cónyuges presenten un acuerdo “completo y suficiente” que regule sus relaciones mutuas y con respecto de sus hijos.

Cabe hacerse entonces la siguiente pregunta ¿sin el cumplimiento de los requisitos legales que se exigen para la obtención del divorcio por cese de convivencia “de común acuerdo”, en Chile, es posible obtenerlo? Esta investigación parte de la premisa que no, que en nuestro país no existe el divorcio “*puramente voluntario o consensual*”, puesto que aunque estén los cónyuges de acuerdo, el divorcio deberá solicitarse siempre ante el juez y acreditarse el cese de la convivencia conforme a las exigentes vías establecidas en la LMC.

Según la autora de esta investigación, el divorcio por cese de convivencia “de común acuerdo” debiera ampararse en el reconocimiento del derecho de los cónyuges a poner término al matrimonio, entendiendo que éste es un contrato y que si es la voluntad de los cónyuges la que le dio origen, debe ser la misma voluntad la que pueda ponerle término.

La hipótesis plantada en los párrafos anteriores, en referencia a que en Chile no existe el divorcio por cese de convivencia de “común acuerdo”, queda muy bien expresada en la tesis del jurista Carlos Peña González, quien ha sido enfático en señalar que la LMC no contempla el divorcio por mutuo consentimiento. Lo anterior, ya que un efectivo divorcio de “común acuerdo” *“funda su paradigma clásico en el derecho francés luego de la ley dictada en 1975 que reformaba el Código Civil, y se trata de un divorcio en que ambos cónyuges manifiestan su voluntad de poner término al*

*matrimonio ante el juez. El juez queda imperado por la común voluntad de los cónyuges, no pudiéndoles negar el divorcio”.*<sup>1</sup>

Por tanto, en esta investigación se intentará demostrar que lo que algunos consideran divorcio de común acuerdo o de mutuo consentimiento, es en realidad un divorcio por cese efectivo de la convivencia. De este modo, cuando ambos cónyuges demandan el divorcio de acuerdo al artículo 55 de la LMC, no es su voluntad conjunta la que provoca el divorcio, sino el cese efectivo de la convivencia.

Naturalmente, también resulta relevante para contestar la pregunta que intenta responderse a lo largo de este trabajo, destacar la opinión de autores que van en una línea distinta a la del profesor Peña, como la de la profesora Ximena Moreno Concha, quien considera que en la LMC chilena si se contempla un divorcio por cese de convivencia de “común acuerdo” exponiendo que *“sin el mutuo consentimiento de los cónyuges no es posible intentar la acción de divorcio, y esto es lo esencial, ya que el cese de la convivencia, es el hecho que debe unirse al mutuo consentimiento. Sin este último, no podría solicitarse el divorcio, ya que el cese de convivencia no bastaría”*<sup>2</sup>.

Para la autora citada en el párrafo anterior, la solicitud conjunta de divorcio presentada por ambos cónyuges implica que sus voluntades convergen en cuanto a consentir el ejercicio de la acción, lo que la lleva a concluir que este tipo de divorcio es una clara manifestación de la autonomía contractual.

Por tanto, según puede apreciarse en torno a la regulación del divorcio por cese de convivencia de “común acuerdo” en Chile existen opiniones disidentes en la doctrina, que derivan de los diferentes principios que convergen en esta materia, las distintas convicciones morales y la influencia de legislaciones de otros países respecto a este tema.

Lo planteado en los párrafos anteriores, a saber, si existe o no el divorcio por cese de convivencia de “común acuerdo” en Chile tal y como se encuentra contemplado en los

---

<sup>1</sup> Peña González, Carlos (2004). *“Seminario Santiago 13 y 14 de Octubre de 2004 acerca de “Ley N°19.947 de Matrimonio Civil”*, Chile, Academia Judicial de Chile, p. 60.

<sup>2</sup> Moreno Concha, Ximena Paz (2006), *“Paulatina incorporación de la autonomía de la voluntad en el Derecho Matrimonial Chileno”*, en Estudios de Derecho Civil II, Santiago, Editorial LexisNexis, p. 142.

términos del artículo 55 de la LMC, es el fundamento que da origen a esta investigación y a la vez, el problema que se intenta resolver a través de ella.

## CAPÍTULO I

### **DIVORCIO Y CESE DE CONVIVENCIA EN EL DERECHO CHILENO**

Título I: Evolución del concepto de divorcio por cese de convivencia

#### **1.- Evolución histórica del divorcio**

En la mayoría de las culturas antiguas, como la hebrea, griega, persa, india y finalmente, la romana, existía absoluta desigualdad entre el hombre y la mujer. Lo anterior, se traducía en que el marido podía repudiar a su mujer, aunque en ocasiones excepcionales a ella se le concedía el mismo derecho. Así, en el derecho romano se permitía el “*divortium*” por la pérdida de la “ *affectio maritalis*”, aunque en épocas más tardías y como consecuencia de la cristianización del imperio romano, el derecho comienza a inclinarse por la indisolubilidad del matrimonio, siguiendo el influjo de la Iglesia Católica y del derecho canónico primitivo, que lo consideraban primeramente un sacramento.

Esta influencia de la Iglesia Católica llegó a consolidarse en forma definitiva en el año 1563, a raíz del Concilio de Trento. Así, el concepto de divorcio católico obedece a una concepción particular de éste, que debe ser entendida sólo como una separación de cuerpos, sin afectar la subsistencia del vínculo matrimonial. Este último concepto, se mantuvo por largo tiempo en los países católicos.

Posteriormente, con la revolución francesa dicha posición de la Iglesia comenzaría a tambalear, así fue como en Francia a partir de la Ley de 20 de septiembre de 1792, se admitió el divorcio bilateral y el unilateral por incompatibilidad de humor. Estos tipos de divorcio, se admitían sin necesidad de resolución judicial, ello, por la influencia de concepciones ilustradas acerca del matrimonio, que negaban su carácter sacramental. Sin embargo, el Código Napoleónico puso término a esta situación, ya que sólo admitía el divorcio culpable. Con posterioridad, tras la restauración del antiguo régimen se volvió a la normativa anterior desconociéndose la institución del divorcio mediante la Ley Bonald de 8 de mayo de 1816. El divorcio “culpable” se aplicaría nuevamente recién en 1884.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> El divorcio, como sanción, se adopta en Portugal en 1910, en los países escandinavos a principios del siglo pasado, Alemania en 1900, Reino Unido en 1857, Bolivia en 1932, Ecuador en 1910 y en Chile en 2004.

La mayor parte de los países católicos, a partir del siglo pasado vuelven al concepto originario de divorcio vincular (salvo Malta). De manera que hoy la totalidad de los países occidentales adoptan el concepto tanto de divorcio “culpable”, como de divorcio “remedio”. El divorcio remedio se desarrolló principalmente en los años setenta, en países de Europa, tales como España, Francia, Italia, Alemania y en los países del *Common Law*.

## 2.- Evolución del concepto de divorcio en Chile

El divorcio proviene del latín “*divortium*” que significa separar; entendiéndose por divorcio la ruptura de un matrimonio, válidamente celebrado, por la concurrencia de una causal prevista por el ordenamiento jurídico.<sup>4</sup> Sin embargo, ese concepto desarrollado a la luz de la evolución legislativa comparada, no encontraba recepción en la regulación chilena, que siguiendo la normativa canónica, sólo reconocía el “divorcio” como un cese en el deber de los cónyuges de vivir juntos, sin afectar la subsistencia del vínculo matrimonial. De esta manera se encontraba consagrado en la LMC de 1884.

Posteriormente, a partir del año 1917, se presentó una propuesta de introducción al divorcio vincular encabezada por el diputado Ramón Briones Luco. Más tarde, en el año 1969, los diputados Alberto Naudon Abarca y Carlos Morales Abarzúa presentaron otro proyecto de divorcio vincular, sin embargo, ninguno de los dos llegó a convertirse en ley.

Hasta que se llega al proyecto de ley presentado por un grupo de diputados encabezados por Mariana Aylwin e Ignacio Walker el 23 de noviembre de 1995 (Boletín 1759-18), cuya discusión prosperaría hasta, con muchas modificaciones, convertirse en la ley 19.947 de 2004, que aprobó la LMC actualmente vigente.

Es decir, el divorcio vincular sólo se reconoció en Chile ciento veinte años más tarde con la LMC de 2004, cuya discusión fue agitada, aunque la práctica de la nulidad fraudulenta como método de divorcio (un divorcio de mutuo acuerdo sin protección ni para el cónyuge desfavorecido ni para los hijos) se había masticado desde 1925.

---

<sup>4</sup> En el ordenamiento jurídico chileno, antes de la LMC de 1884, algunos autores, como Somarriva, eran de la opinión que en realidad en Chile lo que se regulaba era la separación de cuerpos a través del divorcio no vincular. Somarriva Undurraga, Manuel, (1983), “*Derecho de Familia*”, Tomo I, Santiago, de Chile, N°91, Ediar Editores Ltda., pp. 113 y 114.



Al respecto el profesor Mauricio Tapia señala que *“desde esa época (1925) se introdujo en nuestro derecho el divorcio vincular porque, como afirma Enrique Barros, la práctica masiva de la nulidad no se debió a que la ley contuviera un resquicio insalvable, sino a que en esa época los jueces ya no se sintieron autorizados para pasar por sobre la decisión de los cónyuges de terminar con su vínculo.”*<sup>5</sup>

Según el Censo del año 2002, del total de parejas que se declararon separadas (más de medio millón de personas) sólo un 10% se encontraban anuladas. Es más, la nulidad quedaba entregada al azar de la integración de la sala del tribunal colegiado que se pronunciaba sobre ella, puesto que algunos ministros eran reticentes a concederlas. En este sentido, según el profesor Tapia *“la Nueva Ley de Matrimonio Civil no introdujo en verdad el divorcio vincular en Chile, sino que lo democratizó”*.<sup>6</sup>

De lo señalado, se puede sostener que la nueva LMC vino a representar un estatuto de compromiso, una solución transaccional en un debate impregnado de convicciones morales acerca de la naturaleza del matrimonio y de la realidad incuestionable de las rupturas matrimoniales.

En la historia de la tramitación de la nueva LMC, resulta particularmente destacable lo discutido en la sesión N°27, del boletín N°1759-18 en que estuvieron presentes las diputadas Allende, Aylwin y Saa y los diputados Walker, Barrauto, Cantero, Longton, Munizaga, Elgueta y Viera-Gallo donde se abordaron las causas que justificaban la incorporación de esta figura en la legislación nacional, señalándose en primer término, *“que los países como Chile, que se ven enfrentados a grandes cambios sociales, económicos, culturales y políticos, tienen constantemente el desafío de darles un sentido acorde con el fin de la sociedad, que es el bien común. Por lo anterior, se intenta dar presencia a la autonomía personal que trae consigo la modernización, al acentuar la valoración social del individuo, lo cual, pone en cuestión la forma de organización de las instituciones tradicionales. Es tarea del derecho, alcanzar la difícil síntesis entre el respeto a la libertad personal y el sentido de pertenencia a la comunidad”*.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Tapia R, Mauricio (2002) *“Nulidad y divorcio en el proyecto de Nueva Ley de Matrimonio Civil”*, E. Públicos, Santiago, número 86, p. 232.

<sup>6</sup> Tapia R, Mauricio (2005) *“Código Civil 1855-2005, evolución y perspectivas”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, p. 109.

<sup>7</sup> Moción parlamentaria, de fecha 28 de noviembre de 1995, sesión 27, legislatura 332, boletín N°1759-18 acerca de la Nueva Ley de Matrimonio Civil, en que estuvieron presentes las diputadas: Allende, Aylwin, Saa y los diputados: Walker, Barrauto, Cantero, Longton, Munizaga, Elgueta y Viera-Gallo.

Luego, se trajo a la sesión las estadísticas del censo realizado en nuestro país en el año 1992, en que resultó que la población mayor de 14 años (9.660.387) de acuerdo a su estado civil, se dividía de la siguiente forma: 3.373.885 solteros; 4.699.720 casados; 537.444 convivientes; 324.926 personas separadas de hecho y 30.656 anuladas. El número de personas afectadas por una situación familiar no relacionada con el matrimonio o derivada de una crisis del vínculo matrimonial, correspondía a 893.026 personas.

Desde otra perspectiva, más cultural, el mismo censo reveló un alto grado de legitimidad del matrimonio; pero, paralelamente, se observó gran aceptación de las uniones de hecho en todos los sectores sociales: el 47,2 por ciento manifestó estar de acuerdo con ellas. También un 74 por ciento de los chilenos se manifestó a favor de legislar sobre el divorcio vincular.

Por lo anterior, es que esta iniciativa de ley tuvo por objeto devolverle al matrimonio la importancia que éste debe tener en la modernización de la sociedad a fin de que las nuevas generaciones perciban la ley no como un peso carente de sentido, sino como un ideal compartido.

En palabras de los parlamentarios presentes en dicha sesión *“A la ineficiencia de las reglas legales, le ha seguido, por un tiempo ya demasiado largo, una práctica que no sólo desatiende las reglas hasta ahora vigentes, sino que deslegitima los principios jurídicos. Los hombres y mujeres que han experimentado una ruptura matrimonial, la opinión pública, los abogados, los jueces y el conjunto de las instituciones que administran justicia, han proveído, en los hechos, la solución que hasta ahora ha sido negada por las leyes. La nulidad matrimonial por supuesta incompetencia del Oficial del Registro Civil originada en el equivocado domicilio de los contrayentes, ampliamente practicada en nuestro medio, constituye la forma en que se ha buscado superar una legislación que resulta evidentemente inadecuada”*.<sup>8</sup>

Es por lo anterior, que el divorcio vino a presentarse como una institución jurídica distinta de la nulidad y la separación, puesto que suponía la disolución de un vínculo originariamente válido, en virtud de circunstancias acaecidas con posterioridad a la celebración del matrimonio, acreditadas debidamente ante el juez de familia.

Ahora, es relevante señalar que en el proyecto de la LMC el divorcio se permitía

---

<sup>8</sup> Ibid.

siempre y cuando hubiere transcurrido un tiempo de espera y previa separación de los cónyuges. La suspensión de la vida en común y el hecho de que los propios cónyuges no la hayan espontáneamente renovado, se consideraba como prueba de la ruptura definitiva. Así, puede desprenderse que en concepto de nuestro legislador, los beneficios meramente formales que se alcanzarían con la mantención del vínculo, son muy inferiores a los perjuicios que se siguen de una situación irregular que, en sí misma, no produce ningún bien.

Luego, también en la Cámara de Diputados, con fecha 15 de enero de 1997, se presentó el Informe de Comisiones Unidas de Constitución<sup>9</sup>, en cuyos antecedentes generales se mencionó la Ley de Matrimonio Civil de 1884, en la que se regulaba el divorcio en el párrafo 5° -desde el artículo 19 al 28-, sin atribuirle otro efecto que la cesación del deber de cohabitación de los cónyuges, que modificaba los efectos del matrimonio declarado judicialmente por la concurrencia de determinadas causas establecidas taxativamente. En esta ley, se regulaba el divorcio, perpetuo o temporal y sus causales. El efecto que éste producía era el de suspender la vida en común de los cónyuges, pero sin disolver el matrimonio. Se establecía que sólo en casos graves, calificados por los tribunales, se contemplaba el divorcio como una excepción al deber de vida conjunta de los cónyuges.

Este divorcio era perpetuo en caso de adulterio, malos tratamientos, delito contra la vida, el honor o bienes del otro cónyuge, tentativa de prostituir a la mujer, vicio de juego, embriaguez o disipación, enfermedad grave, incurable y contagiosa, condena por crimen o simple delito o tentativa de corromper a los hijos o complicidad en su corrupción; en tanto que era temporal en caso de avaricia del marido, negativa de seguir la mujer al marido sin causa legal, abandono del hogar y resistencia al cumplimiento de las obligaciones del matrimonio sin causa justificada, ausencia prolongada y malos tratos a los hijos.

En cuanto a sus efectos, el divorcio perpetuo hacía cesar el deber de cohabitación y ayuda mutua, pero subsistía el de fidelidad y socorro. En el ámbito patrimonial, quedaba disuelta la sociedad conyugal, si la hubiere. El cuidado de los hijos varones hasta los catorce

---

<sup>9</sup> Cámara de Diputados, cuenta en Sesión 41, legislatura 334, de fecha 15 de enero de 1997. Boletín N° 1759-18-1, Informe de las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Familia, sobre el proyecto de ley que establece una nueva Ley de Matrimonio Civil.

años y de las mujeres quedaba radicado en la madre. Al padre le correspondía el cuidado de los hijos varones mayores de 14 años.

El divorcio temporal, cuyos efectos se prolongaban por un plazo máximo de cinco años, suspendía la vida en común de los cónyuges, pero subsistía el deber de socorro. En materia patrimonial, solamente privaba del derecho a la porción conyugal.

La acción de divorcio, era de carácter irrenunciable, correspondía a los cónyuges y prescribía en el plazo de un año desde que se tuvo conocimiento del hecho en que se fundaba la causal que se invocaba. En lo referente a su tramitación, el divorcio perpetuo se sujetaba a las reglas del juicio ordinario y el temporal, a las del juicio sumario.

De manera tal, que antes de la tardía incorporación del divorcio con disolución de vínculos en la legislación chilena, la única vía que permitía en la práctica obtener un resultado asimilable, en cuanto a afectar la vigencia misma del vínculo matrimonial, era a través de la hoy derogada nulidad de matrimonio por incompetencia del Oficial del Registro Civil, que no era más que un divorcio bilateral no regulado, pues requería del consenso de ambas partes para poder justificar la procedencia de la causal. En la práctica, nuestra jurisprudencia había aceptado el divorcio bilateral a través de la nulidad del matrimonio. Sin embargo, dicha solución no era del todo efectiva, ya que colocaba a la parte que deseaba rehacer su vida en una situación negociadora muy desmejorada.

Otro de los temas que preocupaba a los autores de esta iniciativa decía relación con la familia, a la cual la Constitución de 1980 le asigna una función central como núcleo fundamental de la sociedad (art. 1 inc. 2° CPol), afirmando a continuación que es deber del Estado, por tanto, darle protección y propender a su fortalecimiento (art. 1 inc. 5° CPol).

Así, en la misma sesión legislativa en que comenzó a discutirse acerca del divorcio vincular en nuestro país, se aseveró que *“nuestra Constitución, si bien no es valóricamente neutra, no define en ningún momento su idea de familia, o el vínculo directo de ésta con el matrimonio, dejando abierta la posibilidad de que sea la sociedad, en cada época histórica, la que establezca cómo se harán efectivas las aspiraciones programáticas consagradas por la Constitución en esta materia”*.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Ibid.

Por vía ejemplar, se señaló que, en el caso específico de la indisolubilidad del matrimonio, en el acta de la sesión N° 191 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, celebrada el 18 de marzo de 1976, quedó expresamente establecido que lo relativo a una posible ley de divorcio vincular, quedaba entregado al criterio del legislador.

De manera tal, que las ideas matrices o fundamentales del proyecto de la LMC, eran dos:

- a) Actualizar y perfeccionar el marco legal general contenido en la Ley de Matrimonio Civil, dictando una nueva ley, y
- b) Actualizar y perfeccionar nuestro Derecho de Familia, con el fin de proveer a nuestro ordenamiento jurídico de un estatuto diferenciado que, valorando y promoviendo la mantención del matrimonio, minimizara los daños de las rupturas y crisis graves que presenta la vida conyugal y regulara la nulidad, la separación y el divorcio.

Del divorcio, se trataba de establecer que éste disolvía el matrimonio, sin afectar la filiación ni el ejercicio de las obligaciones y derechos que de ella emanan. En el proyecto, se facultaba al juez para no dar lugar al divorcio, cuando, por la avanzada edad de los cónyuges u otra circunstancia semejante, llegara a la conclusión que el daño que con el divorcio se evita es menor que aquel que el decretarlo causaría.

Esta concepción acerca del divorcio, como una institución de carácter excepcional, queda reflejada en la sesión 44 de la Cámara de Diputados, donde se expresó *“Queremos dar al divorcio un carácter excepcional. El matrimonio no es un mero contrato desahuciable por voluntad de las partes, pues da origen a relaciones que lo trascienden. Según nuestra visión, el matrimonio, más que un contrato, es una verdadera institución. De hecho, el proyecto no contempla la posibilidad del divorcio vincular por mero o solo mutuo consentimiento, que no basta. Por eso existen los plazos y las instancias de mediación y conciliación. Tampoco es la única forma de acceder al divorcio”*.<sup>11</sup>

Queda claro, por tanto, que el divorcio se entendía como una salida a una situación extrema, en la cual el matrimonio estaba irremediabilmente roto y no era posible restablecer

---

<sup>11</sup> Cámara de Diputados. Legislatura 334. Sesión 44. Fecha 23 de enero, 1997. Discusión general.

los vínculos que le dieron origen.

Sin embargo, aun con esas limitaciones, en ese entonces todavía existía un número importante de parlamentarios que temían aprobar una ley de divorcio, puesto que según consta de los antecedentes, ésta desataría una especie de epidemia “divorcista”. ¿A qué le temían, en realidad? ¿por qué temer que quienes fueron suficientemente responsables para luchar por las libertades públicas puedan tomar, en forma responsable, decisiones sobre su propia vida? ¿por qué se valora la libertad económica, política y social, y se teme a la libertad individual? ¿no es lógico que dos personas que deciden libremente contraer matrimonio para toda la vida, tengan esa misma libertad de decisión cuando llegan a la conclusión de que ya eso no es posible? Se preguntaron los diputados ahí presentes *“¿quiénes somos nosotros, los legisladores, para negarles esa libertad?”*

En dicha sesión se citó a don Manuel Novoa Somoza, ex diputado del partido Radical, quien, en sesión de la Cámara de Diputados de septiembre de 1883, en la que por primera vez en nuestra historia se debatió una propuesta sobre el divorcio vincular en el marco de la discusión del proyecto de Ley de Matrimonio Civil, presentada por el mismo parlamentario, expresó: *“Estoy tan íntimamente convencido de que el divorcio facultativo en el matrimonio civil es la gran solución de libertad, justicia, de dignidad humana, de moralidad, de respeto a la tranquilidad y armonía de los hogares, a la felicidad de las familias, al bienestar de la sociedad, y hasta el engrandecimiento de un país, que a pesar de mi profundo respeto por esta honorable Cámara, podrá ella rechazar en masa mis artículos, y no dejaré de creer, con el más profundo convencimiento, que si bien el presente no pertenece a la solución que propongo, no por eso dejará de pertenecerle, precisa e indispensablemente, al porvenir.”*<sup>12</sup>

Fue así, como después de 9 años de discutirse en el Parlamento el proyecto de la LMC, con la abierta oposición de la Iglesia Católica, que incluso financió anuncios televisivos en contra del proyecto y de ser junto a Filipinas, Malta y Vaticano los únicos Estados del mundo que a esa altura no tenían ley de divorcio con disolución del vínculo matrimonial, es que con fecha 07 de mayo de 2004 se promulgó, con fecha 17 de mayo de 2004 se publicó en el Diario Oficial y seis meses después, es decir, el 17 de noviembre de ese mismo año, durante el gobierno del Presidente Ricardo Lagos Escobar, entró en vigencia la ley N°19.947 o la Nueva

---

<sup>12</sup> Cámara de Diputados. Sesión del mes de septiembre de 1883, debate acerca del proyecto de ley de matrimonio civil.

Ley de Matrimonio Civil. A partir de esta última fecha quedó derogada la Ley de Matrimonio Civil de enero de 1884.

De manera que el panorama cambia absolutamente con la entrada en vigencia de esta ley, en que se consagró un divorcio vincular, pudiendo definirse como una causal de terminación del matrimonio o disolución del matrimonio por causal unilateral, declarada por sentencia judicial en caso de cese de convivencia o que uno de los cónyuges haya sido calificado como “culpable” de la violación grave de los derechos y deberes del matrimonio, o de los deberes y obligaciones con los hijos, que en cualquiera de los casos torne intolerable la vida en común o por convenio regulador debidamente homologado.

Para terminar este título, cabe hacer referencia al divorcio obtenido en el extranjero a partir de la LMC de 2004, en la que resulta evidente que las normas de derecho internacional privado sobre el particular no tenían paragón en la legislación anterior. Bajo la antigua ley de 1884 la materia no se encontraba regulada, sino en el Código Civil.

Fue así, como la nueva LMC se hace cargo y determina el derecho aplicable al divorcio, cuestión de la que se hace cargo el artículo 83 inciso 1º y el 84. Del contenido de ambos artículos se puede establecer que la legislación competente para resolver las cuestiones relativas a la terminación del matrimonio por divorcio es la misma aplicable en materia de efectos. Al respecto el artículo 84 señala que *“La ley que rija el divorcio (...) se aplicará también a sus efectos”*. Queda de manifiesto que esa ley, será siempre la chilena.

Al respecto, resulta relevante destacar las palabras del profesor Patricio Aguirre Veloso, que alude al inciso 2º del artículo 83 señalando que *“hace aplicables las reglas generales contenidas en el Código de Procedimiento Civil”<sup>3</sup>, las que en síntesis, condicionan el reconocimiento de lo resuelto por un tribunal extranjero en nuestro país a la aprobación concedida por la Corte Suprema mediante el procedimiento de exequátur.”<sup>4</sup>*

El legislador de la LMC establece exigencias particulares para el reconocimiento de las sentencias extranjeras, aunque éstas sólo resultan aplicables tratándose de sentencias de

---

<sup>3</sup> Artículos 242-251 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>4</sup> Aguirre Veloso, Patricio (2006), *“El nuevo derecho chileno del matrimonio”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, p. 330.

divorcio, según se desprende de su tenor literal. En los incisos tercero y cuarto del artículo 83, se dispone que *“no se reconocerá valor en Chile al divorcio: i) decretado por un medio distinto a una resolución judicial; ii) decretado por resolución judicial obtenida en fraude a la ley, o iii) que se oponga de otra manera al orden público chileno”*.

Es decir, el control del exequátur viene a confirmar que el divorcio está sometido a una causal objetiva. De manera que no se trata de la simple voluntad de las partes; hasta el punto que se deniega reconocimiento, si fue obtenido bajo condiciones no precedentes en Chile.

### **3.- Concepto de divorcio por cese de convivencia en Chile**

Como se viene exponiendo, antes de la entrada en vigencia de la LMC, la indisolubilidad era un elemento de la esencia del matrimonio. Sin embargo, pese a que hoy en Chile se admite un divorcio vincular, el concepto de matrimonio contenido en el artículo 102 del Código Civil lo sigue definiendo como un contrato indisoluble.

A partir de lo anterior, se han suscitado diversas opiniones al respecto, pues en este caso existiría una contradicción o antinomia entre las disposiciones de la LMC referidas al divorcio vincular y la definición de matrimonio contenida en el artículo 102 ya destacado.

Muchos intentaron dar solución al problema, unos, señalando que con la entrada en vigencia de la LMC se habría producido una derogación tácita del artículo 102, en lo que a la indisolubilidad se refiere. Otros, propusieron reinterpretar la voz indisolubilidad como la imposibilidad de los cónyuges de disolver por sí mismos el vínculo matrimonial. Por su parte, el profesor Hernán Corral considera que ninguna de estas dos soluciones mencionadas resultarían satisfactorias para solucionar esta eventual contradicción.

Hernán Corral propone *“una fórmula de armonización que consiste en sostener la vigencia simultánea, aunque con ámbitos de aplicación diferentes, de dos conceptos de matrimonio en la actual legislación chilena.”*<sup>15</sup>

Para Corral, la contraposición entre el artículo 102 y las normas de la LMC que permiten que termine el matrimonio por sentencia de divorcio no hacen más que destacar que

---

<sup>15</sup> Corral Talciani, Hernán (2009), *“Sentido y alcance de la definición de matrimonio del artículo 102”*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 36 número 1, p. 51.



esta ley es una legislación fracturada entre dos conceptos jurídicos de la institución matrimonial. Para él, en la nueva normativa conviven dos conceptos de matrimonio, a saber, el matrimonio–compromiso y el matrimonio-convivencia. Al primero aludiría la definición del artículo 102. Al segundo concepto en cambio, pertenecería la regulación del divorcio por el simple cese de la vida en común.

De manera tal, que la tesis del profesor Corral se podría resumir de la siguiente manera, cito textual sus palabras *“la definición se mantiene vigente y posee fuerza jurídica en todo el campo de la aplicación del modelo matrimonial que la ley prefiere: la del compromiso jurídico de por vida. Sólo cederá cuando la ley se resigna a acoger el modelo del matrimonio como mera convivencia. Esto tiene importantes consecuencias tanto en el plano dogmático como en el práctico.”*<sup>16</sup>

Se consideró conveniente exponer este punto, ya que es una pista más que permite sostener que en Chile, en cuanto a la regulación del divorcio por cese de convivencia, siguen existiendo contradicciones y vacíos tanto a nivel de normas como de principios.

Habiéndose ya referido al concepto de divorcio en términos generales y a la discusión en torno a la definición del matrimonio, es posible advertir que actualmente en nuestra legislación de familia se distinguen distintas formas de divorcio. De acuerdo al criterio de la autora de esta investigación, la más acertada sería la siguiente: divorcio unilateral culposo y divorcio por cese de convivencia. Éste último, a su vez se subclasifica en divorcio unilateral por cese de convivencia y divorcio por cese de convivencia de “común acuerdo”.

El divorcio unilateral culposo, de acuerdo al artículo 54 número 1 de la LMC puede definirse como aquel en que uno de los cónyuges ha incumplido gravemente los deberes y obligaciones del matrimonio, o los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común. De manera tal, que la causal genérica para declarar este tipo de divorcio es la falta imputable de uno de los cónyuges, que constituye una violación grave de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio respecto del otro cónyuge, o de los hijos, siempre que esa violación torne intolerable la vida en común. Respecto de las causales específicas que se deben invocar en este tipo de divorcio, las establecidas en el artículo 54 de la ley no son taxativas, sino que sólo ejemplares.

---

<sup>16</sup> Ibid., p. 61.

El divorcio unilateral por cese de convivencia, es la forma predominante de divorcio en el derecho comparado. Lo anterior, ya que los Estados modernos, respetuosos de los derechos fundamentales, no entran a estigmatizar a los cónyuges involucrados en el divorcio. Este divorcio es aquel que se obtiene por solicitud de uno de los cónyuges, siempre que hayan transcurrido tres años del cese de la convivencia con el otro cónyuge y que el solicitante acredite que ha cumplido con su obligación de alimentos respecto del demandado y de sus hijos comunes.

Por último, cabe definir el divorcio por cese de convivencia de “común acuerdo”. Sin duda, este tipo de divorcio es la forma más adecuada de poner fin al matrimonio. Consiste en que ambos cónyuges, de acuerdo en poner término a su matrimonio, deben regular todas las materias contempladas en el artículo 22 de la LMC en un convenio, el cual debe constar en escritura pública o en acta extendida y protocolizada ante notario público o en acta extendida ante un Oficial del Registro Civil o en una transacción aprobada judicialmente. Lo anterior, de acuerdo a lo contemplado en el artículo 22 inciso 1º de la misma ley. Además, será necesario que los cónyuges acrediten el cese efectivo de convivencia de a lo menos un año.

Para concluir este título cabe señalar que con la entrada en vigencia de la LMC comenzó a tambalear el paradigma de los principios que hasta ese entonces primaban en la legislación de familia, específicamente de divorcio, provocándose un leve giro hacia los principios que promueven las libertades individuales. En el título siguiente se profundizará dicho análisis.

Título II: Principios inspiradores de la actual regulación del divorcio por cese de convivencia en Chile

### **1.- Generalidades acerca de los principios**

Tal como se señaló someramente en el título anterior, para que proceda el divorcio por cese de convivencia en Chile, se exige que los cónyuges prueben el cese efectivo de convivencia de uno y tres años respectivamente (a través de los medios de prueba exigidos por ley) y además, en el caso del divorcio por cese de convivencia de “común acuerdo” acompañen un acuerdo completo y suficiente. Estos son requisitos rigurosos que exige la ley y que deben acreditarse para la obtención del mismo.

Por tanto, teniendo a la vista los actuales principios que inspiran el Derecho de Familia, sabemos que en determinadas circunstancias algunos de ellos pueden encontrarse en pugna, es decir, estamos frente a un problema relativo a principios rectores del Estado democrático de derecho, por lo que cabe preguntarse: Tras la incorporación del divorcio vincular y en particular, del divorcio por cese de convivencia en Chile ¿cuáles de estos principios sirven de fundamento y cuáles de ellos están siendo vulnerados?

La inspiración moderna de la LMC da lugar a que debe entenderse que todas sus normas deben interpretarse en base a principios fundamentales del derecho privado, que son la autonomía privada y el respeto a la dignidad del ser humano: por lo anterior, es que la intervención del Estado en la familia debe ser la “última ratio” o fundarse en alguna situación excepcional, como la protección al cónyuge más débil.

Sin embargo, en opinión de autores como Jorge del Picó Rubio, pronunciándose respecto a nuestra LMC, considera que *“la más importante valoración que puede extraerse de la ley en estudio es que ella insta por la estabilidad familiar, como queda probado precisamente en la redacción del artículo 3. Lo anterior, afirmando que, antes del supuesto interés de un cónyuge por el divorcio, están otros bienes que para la ley aparecen como superiores, tales como el interés superior de los hijos, la protección del cónyuge más débil y la preservación de la vida en común de un matrimonio válidamente contraído, cuando dicha unión se ve amenazada, dificultada o quebrantada”*. En contrario, autores como Ana María Hubner, ha calificado a la ley como *“una mera declaración de principios, de carácter programático, donde se advierte la lucha interna que existió en el trámite legislativo de la ley, toda vez que en las diversas instituciones que se consagran difícilmente el juez va a tener la posibilidad de recomponer el vínculo”*<sup>17</sup>.

En referencia específica a la autonomía privada como principio regulador del derecho privado, en el ámbito del Derecho de Familia ha sido fuertemente modificado, al incorporársele elementos tales como la autorregulación de las relaciones de familia, el reconocimiento de derechos a las parejas homosexuales, etc. Esta concepción actual del Derecho de Familia, se escapa de la concepción existente al momento de la promulgación de

---

<sup>17</sup> Del Picó Rubio, Jorge (2010), *“Derecho Matrimonial Chileno”*, Santiago de Chile, Editorial Abeledo Perrot, Legal Publishing, p. 66.

nuestro Código Civil. Hoy este derecho se concibe en base a los derechos fundamentales, lo que queda en evidencia ante los avances de la autonomía privada, expresados por ejemplo a través de la regulación del régimen patrimonial del matrimonio y del acuerdo completo y suficiente que incluye la regulación del cuidado personal y de la relación directa y regular con los hijos.

Es más, el profesor y jurista Carlos Peña González da un paso más adelante y señala que *“en el Derecho de Familia prima la subjetividad, más que la autonomía propiamente tal, puesto que la base de las relaciones de familia nacen de la espontaneidad del amor, del afecto, lo que es propiamente subjetivo, todo lo contrario, a lo que ocurre en el derecho de las obligaciones que está absolutamente desprovisto de la subjetividad. Es más, el derecho de familia ha renunciado a dirigir los afectos de las personas, remitiéndose sólo a regular los efectos de sus relaciones de familia, lo cual constituye un homenaje a la libertad humana.”*<sup>18</sup>

Es posible advertir entonces, que la tendencia en el derecho comparado es a desechar el divorcio culposo, por cuanto precisamente lleva a una excesiva intervención del Estado en la familia. Es más, para la doctrina comparada el convenio regulador que debe acompañarse en el caso del divorcio por cese de convivencia de “común acuerdo” es considerado dentro de la categoría de negocio jurídico, que es la teoría más coherente al considerarse que el Derecho de Familia está constituido en base a principios.

Por tanto, al entrar en el análisis de los principios del Derecho de Familia que llevaron a nuestros legisladores a contemplar un divorcio vincular, en especial la figura del divorcio por cese de convivencia, es preciso hacer mención y explicar someramente en qué consisten, tanto los principios que podrían servir de sustento teórico de las posturas que fomentan la existencia de un Estado interventor en materias de familia; como los que sirven de fundamento para aquellos que prefieren un Estado respetuoso de las libertades personales y de la vida privada en lo que respecta a dichas materias.

Es más, en lo que se refiere a los principios y su relación con la aplicación que de los mismos realizan los jueces de familia, es preciso hacer referencia una vez más a las palabras del

---

<sup>18</sup> Peña González, Carlos (2017), Lanzamiento del libro *“Derecho Familiar Chileno”* del profesor Cristián Lepín Molina, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

profesor Carlos Peña quien señaló *“que por las características de este tipo de derecho, es que los jueces no pueden sino efectuar una ponderación de estos principios, inspirados en los principios de justicia distributiva, como ocurre en el caso de la asignación de la pensión de alimentos, de la compensación económica, etc. y no, una adjudicación de éstos como ocurre en el derecho de obligaciones.”*<sup>19</sup>

Resulta relevante agregar, lo señalado por el profesor Cristián Lepín Molina, en orden a que hoy se consideran como los nuevos principios imperantes en materia de Derecho de Familia, los siguientes: *“protección a la familia, protección al matrimonio, igualdad de los integrantes de la familia, protección del más débil en las relaciones de familia (interés superior del niño y del cónyuge más débil), la autonomía de la voluntad y la mínima intervención del Estado”*<sup>20</sup>.

Siguiendo el análisis que de los principios antes señalados realiza el profesor Lepín, se hará referencia en primer lugar a dos de estos principios, lo que según la autora, constituyen un estandarte de lucha de aquellos grupos que, desde los tiempos en que comenzó la discusión acerca del divorcio vincular en Chile, batallaron para que no fuera incorporada la disolución del vínculo matrimonial, y posteriormente, derrotados en el primer cometido, velaron por la mantención del mencionado plazo de reflexión previo, y una declaración de divorcio de un juez cuyo fundamento en ningún caso reside en la sola voluntad de los cónyuges. Estamos hablando del “principio de protección a la familia” y el “principio de protección al matrimonio”.

## **2.- Principio de protección a la familia**

El reconocimiento a la importancia de la familia queda de manifiesto en diversos textos tales como el artículo 16 N°3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que señala que *“la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”*<sup>21</sup>, el artículo 1 inc. 2° de la Constitución Política de la República de Chile que señala que *“la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”*, agregando en su inciso 5° que *“es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta”* y lo señalado en la Convención sobre los Derechos del Niño que se refiere

---

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> Lepín, Molina, Cristián. (2004). *“Los nuevos principios del derecho de familia”*, Chile, Revista Chilena de Derecho Privado N°23, p.9

<sup>21</sup> Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

al deber de protección de la familia señalando que “*convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad*”.<sup>22</sup>

Por su parte, el Código Civil chileno no destina un libro especial al tratamiento de la familia, sino que su regulación se encuentra entre las normas del derecho de las personas. La familia aparece como un anexo de las personas, pues existen personas sin familia. Pero en realidad y tal como lo dice el profesor Tapia “*la mayoría de las instituciones del derecho de las personas suponen a la familia*”<sup>23</sup>

Resulta curioso observar cómo revisando las normas originales del Código Civil puede reconstruirse una imagen bien completa del arquetipo único de familia que reconocía el derecho civil. Según sus disposiciones, la familia se constituía exclusivamente por el matrimonio religioso y el marido “príncipe de la familia”, la gobernaba como monarca absoluto.

De manera tal, que la evolución de las costumbres condujo a una progresiva obsolescencia de este modelo único de familia que reconocía el Código Civil. La concentración de la población en las ciudades y la especialización de la economía condujeron a que la familia dejase ser, para un importante número de individuos, un soporte orgánico y económico.

Según lo expone el profesor Tapia, citando las palabras textuales de Carbonnier “*la familia en el derecho moderno, pasa a tener un carácter funcional, es un instrumento entregado a cada uno para el desarrollo de su personalidad*”<sup>24</sup> En efecto, el derecho civil en materia de familia dejó de trazar normativamente un modelo de vida y pasó simplemente a preocuparse de remediar los conflictos (patrimoniales y personales) que surgen cuando se frustran los proyectos familiares.

---

<sup>22</sup> Vigente para Chile desde el 12 de septiembre de 1990, Decreto 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 27 de septiembre de 1990.

<sup>23</sup> Tapia R, Mauricio (2005) “*Código Civil 1855-2005, evolución y perspectivas*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, p. 102.

<sup>24</sup> Ibid. p. 105.

Con lo señalado y tal como lo afirma el profesor Tapia, queda de manifiesto como “*la vieja estructura del Libro Primero destinado a las personas resulta en alguna medida coincidente con esta nueva ideología: la familia es una noción funcional a las personas. Esta marcada visión individualista parece impregnar el derecho privado contemporáneo, pues a pesar de que la Constitución haya insistido solemnemente en el reconocimiento y protección de la familia (artículo 1), la preeminencia otorgada al individuo mediante los derechos de la personalidad resulta evidente. Por lo demás, si estas declaraciones de principio de la Constitución han conducido a algunos a sostener una especie de constitucionalización de derecho de familia: cabe la pregunta de a qué familia se refiere. La Constitución, llamada a ser el ordenamiento fundamental de todas las relaciones jurídicas ¿debería interpretarse que prefiere un modelo familiar sobre otros?*”<sup>25</sup>

Por tanto, surge la cuestión de establecer si cuando diversos textos, tales como los citados anteriormente, se refieren a la protección de la familia, lo están haciendo en base a la familia constituida por un matrimonio o si asumen un concepto más amplio de ella. Sin perjuicio de lo anterior, no es posible desconocer que en nuestro país durante largos años se ha protegido la institución de la familia, entendida por tal, aquella constituida por un matrimonio, es decir, uno de los principios fundamentales que los legisladores intentaron proteger tras la demora en la aprobación de la LMC que contemplara un divorcio vincular, fue justamente intentar proteger a la familia, en orden a que ésta se mantuviera unida y se le pusieran las mayores trabas posibles a su término en virtud de la declaración de divorcio.

### **3.- Principio de protección al matrimonio**

Es sabido que el matrimonio ha tenido una protección histórica en nuestra legislación y también en Tratados Internacionales. Es así como en el artículo 1º de la LMC se señala que “*el matrimonio es la base principal de la familia*” y lo señalado en el artículo 16 inciso 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que sostiene que “*los hombres y mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio*”.

Por otra parte, el artículo 102 del Código Civil chileno que define el matrimonio, pertenece a la normativa original del mismo, aprobado en el año 1855. Con posterioridad, no

---

<sup>25</sup> Tapia R, Mauricio (2005) “*Código Civil 1855-2005, evolución y perspectivas*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, p. 106.

ha sufrido ninguna modificación en su texto. Cuando se aprobó la LMC de 10 de enero de 1884, se consideró unánimemente que ésta no había modificado ni siquiera tácitamente el artículo 102, sólo que la definición ahora se predica respecto del matrimonio contraído ante el Oficial del Registro Civil, única al que esa ley otorgaba eficacia en el plano jurídico.

Al analizar el artículo primero de la ley N°19.947, se puede señalar que si bien se establece que el matrimonio es la forma principal de constituir familia, al decir “es la forma principal”, está reconociendo que existen otras maneras de constituirla. Esta declaración es significativa, ya que por una parte admite otras formas de familia distintas a las derivadas del matrimonio, pero por otra, implica una jerarquización, por lo que lo señalado por ella podría ser considerado contrario a nuestra Constitución, puesto que hace un distingo antojadizo respecto a las formas de constituir familia, que la propia Constitución no hace, ni tampoco los Tratados Internacionales suscritos y vigentes en Chile.

En las propuestas de introducción al divorcio vincular presentadas en el siglo XX, desde 1917 (proyecto de varios diputados encabezados por Ramón Briones Luco) no contemplaban la reforma del artículo 102.

Solamente en el proyecto de los diputados Alberto Naudon Abarca y Carlos Morales Abarzúa presentado en 1969 se hacían cargo de la confrontación entre la norma del código y el divorcio vincular que propiciaba aprobar, y suprimía de la definición las expresiones “*actual e indisolublemente y por toda la vida*”, pero el proyecto no llegó a discutirse.

Así llegamos al proyecto de ley de 1995, presentado por la diputada Mariana Aylwin, Ignacio Walker y otros diputados en el que no se contemplaba la alteración del artículo 102 del Código Civil a pesar de que consagraba expresamente el divorcio vincular. Las palabras del profesor Hernán Corral reflejan con nitidez la situación al señalar que “*la moción no explica los fundamentos de esta opción, pero sus principales impulsores sostuvieron que ello se debió al deseo de mantener la indisolubilidad como regla general y enfatizar el carácter excepcional del divorcio.*”<sup>26</sup>

De lo anterior, se infiere que el matrimonio es y ha sido la forma más protegida en Chile para constituir familia. De hecho, existen razones de manifiesto para corroborar lo

---

<sup>26</sup> Corral Talciani, Hernán (2009), “Sentido y alcance de la definición de matrimonio del artículo 102 del Código Civil, después de la introducción del divorcio vincular por la ley 19.947, de 2004”, Revista Chilena de derecho, col. 36, número 1, p. 51.



señalado, como por ejemplo, la incorporación del Acuerdo de Unión Civil en nuestra legislación, a partir del mes de octubre de 2015, que presenta mínimas diferencias con el matrimonio, lo que prueba, que sigue siendo ésta el modelo ideal que siguen nuestros legisladores para formar familia.

Por tanto, resulta visible que a la hora de legislar respecto al divorcio con disolución de vínculo y en específico, al divorcio por cese de convivencia, nuestros parlamentarios tuvieron en vista la protección a este principio, en orden a que para poner término al matrimonio se debe cumplir con exigencias legales estrictas.

Por otra parte, es preciso hacer mención a otros principios que, en contraposición a los ya descritos, han servido de fundamento teórico de aquellos que critican los Estados paternalistas y que luchan por un progresivo reconocimiento de la autodeterminación en materias de familia. Me refiero al “principio de la autonomía de la voluntad” y al “principio de la mínima intervención del Estado”.

#### **4.- Principio de la autonomía de la voluntad**

Se puede sostener que este principio es el que ha suscitado mayores discusiones doctrinarias en lo que se refiere a su presencia en el Derecho de Familia a partir de la entrada en vigencia de la ley N°19.947, a lo que se hará referencia en párrafos posteriores.

Es visible que la mayor parte de las relaciones de familia no nacen de la autonomía de la voluntad, sino que de la ley. Sin embargo, se puede observar cómo en el último tiempo han surgido ciertas manifestaciones de este principio en materia de familia, tales como la de los futuros cónyuges al contraer matrimonio, la del padre o madre al reconocer a un hijo/a y lo que ocurre con el principio de la inmutabilidad de los regímenes matrimoniales, que de ser absoluta, ha ido desapareciendo tras sucesivas reformas legislativas, de tal suerte que hoy día las partes gozan de gran libertad para sustituirlos.

Según palabras de la autora Moreno Concha *“bajo el imperio de la antigua Ley de Matrimonio Civil y en virtud de la redacción del artículo 102 del Código Civil, era inadmisibles la incorporación de modalidades (suspensivas y resolutorias), ya que en la norma referida el legislador usó las expresiones “actual”, “indisolublemente”, y “por toda la vida”, de modo que el matrimonio tampoco podía quedar sin efecto por el mutuo acuerdo de los cónyuges, sabemos que la redacción de esta disposición continuó inalterada, a pesar de que*

*la realidad dista mucho de lo puramente normativo, ya que hemos dicho que el divorcio sí puede terminar con el matrimonio, entonces surgen algunas interrogantes tales como ¿por qué el artículo 102 del Código Civil sigue diciendo que es indisoluble? Y si concluimos que realmente nuestro matrimonio es “disoluble” ¿esto significa una incorporación de la autonomía de la voluntad?”<sup>27</sup>*

Este principio ha suscitado más de una opinión doctrinaria contrapuesta, sobre todo, en lo que dice relación con el divorcio por cese de convivencia de “común acuerdo”. Lo anterior se refleja en palabras de diversos autores, entre ellos, Paulina Veloso quien señala que *“la LMC reconoce un rol fundamental a las decisiones de los cónyuges para trazar el futuro de sus vidas y de sus hijos después de la ruptura, incorporando de manera determinante el principio de la autonomía de la voluntad. Ahora, son los cónyuges quienes pactan los acuerdos regulatorios, donde debe respetarse el interés de los hijos y los derechos del cónyuge más débil”<sup>28</sup>*. Ya se anticipó, que no toda la doctrina comparte opiniones como las de Veloso, es así como el profesor René Ramos Pazos señala que *“el principio de la autonomía de la voluntad, piedra angular del derecho patrimonial, no juega en el Derecho de Familia. Buen ejemplo de lo que decimos lo constituye el artículo 149 del Código Civil, que sanciona con nulidad cualquier estipulación que contravenga las disposiciones de este párrafo sobre los Bienes Familiares”<sup>29</sup>*. Ante dichas palabras, continúan apareciendo opiniones contrapuestas como las de la profesora Carmen Domínguez quien señala que la *“libertad individual ha alcanzado en este ámbito una extensión antes impensable, agregando que como se suele afirmar, el Derecho de Familia tiende paulatinamente a contractualizarse en un fenómeno exactamente inverso al que se produce en el Derecho de los contratos, que tiende progresivamente a reconocer más límites a la libertad contractual.”<sup>30</sup>*

Por otra parte, la profesora Marcela Acuña San Martín ha manifestado que la LMC ha establecido un sistema restringido de divorcio civil ordenado jurídicamente, afirmando que *“el régimen de divorcio causal regulado limita en gran medida el ámbito de la autonomía de la voluntad privada de*

---

<sup>27</sup> Moreno Concha, Ximena Paz, (2006), *“Paulatina Incorporación de la Autonomía de la Voluntad en el Derecho Matrimonial Chileno”* en Estudios de Derecho Civil II, Santiago, Editorial LexisNexis, pp. 137-138.

<sup>28</sup> Veloso Valenzuela Paulina (2005) *“Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil”* en Seminario del Colegio de Abogados de Chile, p.4.

<sup>29</sup> Ramos Pasos, René (2007), *“Derecho de Familia”*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, p. 16.

<sup>30</sup> Ibid.

*los cónyuges, en términos relativamente semejantes a los que fueron consagrados en la ley N°30/198 española.”<sup>31</sup>*

La misma profesora Acuña, en referencia al acuerdo completo y suficiente o convenio regulador que obligatoriamente debe presentarse en la tramitación del divorcio por cese de convivencia de “común acuerdo” y ser aprobado por el respectivo juez de familia, ha señalado que *“se está muy lejos de una mera facultad de control externo y aún de valoración de la conveniencia de lo acordado y tampoco se trata de una neutral potestad de consejo y orientación; es participación activa, que pasa a integrar el concierto de voluntades, justificada por la primacía de los principios de Derecho de Familia...”<sup>32</sup>*

Agrega la profesora Acuña que los artículos 27 y 55 de la LMC, regulan una de las manifestaciones de la autonomía que se reconoce en el ámbito matrimonial, el acuerdo completo y suficiente. En Chile este acuerdo requiere de una presentación conjunta al solicitarse el divorcio por cese de convivencia de “común acuerdo”, sin perjuicio de lo cual algunas legislaciones también requieren una propuesta de convenio cuando es uno de ellos el que pide la declaración de divorcio, entre otros, Código Civil español y Código Civil y Comercial Argentino.

Para concluir la referencia a este principio, es posible apreciar la cantidad de opiniones contrapuestas que existen al respecto entre los autores, ello, ya que en el intento del legislador de abrirse a un nuevo sistema de terminación del matrimonio basado en la libertad y voluntad de los cónyuges, le surgieron trabas morales que prevalecieron y que no le permitieron que este principio tuviera una visibilidad clara y concreta en todas las disposiciones referidas al divorcio vincular en la LMC, sino que sólo en algunas y más bien escasas.

## **5.- Principio de la mínima intervención del Estado**

Este principio novedoso en materia de familia, se encuentra vinculado con el principio de la autonomía de la voluntad, ello ya que ambos propenden al respeto de los derechos

---

<sup>31</sup> Acuña San Martín, Marcela (2011), *“Efectos Jurídicos del Divorcio”*, Editorial Abeledo Perrot, Thomson Reuters, Chile, p. 29.

<sup>32</sup> Acuña San Martín, Marcela (jueves 21 de diciembre de 2017), *“Acuerdo completo y suficiente y autonomía de la voluntad”*, [www.elmercurio.com](http://www.elmercurio.com)

fundamentales de los seres humanos, como son la libertad, la igualdad, la dignidad y la protección de la vida privada.

Lo anterior dice relación con que el Estado va a intervenir a través de la justicia en las materias de familia sólo en los casos en que resulte necesario, como lo son los casos en que se debe proteger a los más débiles y en aquellos casos en que las personas no logran llegar a acuerdo respecto a sus conflictos de familia. La Ley de Tribunales de Familia, número 19.968, en su artículo 14 señala que *“respecto a la búsqueda de soluciones del conflicto familiar, los tribunales de familia deben privilegiar las soluciones acordadas por ellas. En la misma línea, se debe promover en la audiencia preparatoria, la mediación y la conciliación”*<sup>33</sup>.

Sin embargo, en materia de divorcio, específicamente de divorcio por cese de convivencia, cabe señalar que la intervención del juez de familia tiene un rol trascendente.

En el caso del divorcio unilateral por cese de convivencia, el cónyuge que lo solicita debe acreditar el cese efectivo de tres años de convivencia y que ha cumplido con su obligación de alimentos, lo que será revisado exhaustivamente por el respectivo juez.

Por su parte, en el divorcio por cese de convivencia de “común acuerdo”, los cónyuges deben acreditar ante el juez de familia respectivo el transcurso del plazo de un año de cese de convivencia y acompañar un acuerdo completo y suficiente que regule las relaciones entre ellos y respecto de sus hijos, que será ser revisado y aprobado por éste a fin de dar lugar a la declaración de divorcio y poner fin a dicho matrimonio.

En referencia a lo anterior, resulta preciso mencionar las palabras del profesor Hernán Corral acerca de la discusión que se generó a partir de la entrada en vigencia de la LMC respecto a la supuesta contradicción que existiría entre los preceptos de esta nueva ley y el artículo 102 del Código Civil chileno que define el matrimonio, a propósito de la indisolubilidad del matrimonio.

Al respecto ha señalado que *“en el fondo, y más allá de la terminología, esta tesis afirma que la indisolubilidad consiste en la sola imposibilidad de los cónyuges de decretar por sí mismos la terminación del*

---

<sup>33</sup> Ley N°19.968, publicada el 30 de agosto de 2004 (última modificación Ley N°20.286 de 15 de septiembre de 2008).

*contrato matrimonial. La pura voluntad de los cónyuges no pone fin al matrimonio. Se excluye, pues, del matrimonio la eficacia del mutuo disenso o resciliación (artículo 1567 del Código Civil).”<sup>34</sup>*

Por tanto, según el profesor Corral la decisión de mantener del artículo 102 del Código Civil la característica de indisolubilidad del matrimonio durante la aprobación del proyecto de la LMC y su posterior entrada en vigencia, no es otra cosa que la manifestación de que la ley opta por el modelo de matrimonio como compromiso de vida. Lo anterior, no sólo se destaca en la definición del artículo 102, sino que también en las demás disposiciones generales de la misma ley que destacan el rol del matrimonio en base a la familia y los deberes del juez de contribuir a la superación de los conflictos conyugales.

Para el profesor Corral resulta evidente que el legislador ha preferido el concepto de matrimonio-compromiso indisoluble, para ello expone el siguiente caso *“que en un mismo juicio se demande por una parte el divorcio y por la otra la nulidad del matrimonio; en tal caso, el legislador es categórico: el juez debe fallar en primer lugar la nulidad, y solo si ésta se ha descartado procede la aplicación del divorcio. Lo anterior, ya que es preferible para la ley que el matrimonio se mantenga como unión indisoluble, aunque válidamente contraída, que como una convivencia no comprometida que se deja sin efecto por mera cesación de la vida en común”*.<sup>35</sup>

Lo anterior, es otra manifestación del principio tratado en los párrafos anteriores, ya que puede afirmarse que en la tramitación del divorcio por cese de convivencia existe un fuerte control judicial

De manera tal, que en los casos señalados, la intervención del juez de familia no puede ser considerada como mínima, lo que deja al descubierto que este principio no fue relevante a la hora de legislar en relación al divorcio por cese de convivencia en la LMC.

Es posible advertir entonces, que existen principios más visibles que otros en la manera como está concebido el divorcio por cese de convivencia en nuestro país.

Es más, a través del análisis de los principios señalados en los párrafos anteriores se

---

<sup>34</sup> Corral Talciani, Hernán (2009), *“Sentido y alcance de la definición de matrimonio del artículo 102 del Código Civil, después de la introducción del divorcio vincular por la ley 19.947, de 2004”*, Revista Chilena de Derecho, vol.36, Número 1, p. 58

<sup>35</sup> Ibid. p. 61.

puede entrever que los requisitos legales que exige la ley para alcanzar el estado civil de divorciado, constituyen una manera de dificultar, de poner trabas a la obtención del divorcio, lo que es absolutamente coherente con los principios que priman en esta materia. En el título siguiente, se analizarán más en profundidad dichos requisitos.

### Título III: Requisitos del divorcio por cese de convivencia en el derecho chileno

Como natural corolario del reconocimiento de una cierta autonomía de la voluntad de los cónyuges para disponer de su vida matrimonial, la LMC, se limita a constatar que ellos pueden decidir unilateralmente o de común acuerdo el cese de convivencia conyugal. Sin perjuicio de lo cual, la misma ley, tratándose de los matrimonios celebrados después del año 2004 impone la forma de acreditar dicho cese.

#### **1.- Divorcio unilateral por cese de convivencia**

De acuerdo a lo contemplado en el artículo 55 inciso 3 de la LMC, para que éste sea decretado por el juez, es necesario que:

- a) uno de los cónyuges lo solicite;
- b) que dicho cónyuge acredite un cese efectivo de la convivencia, de a lo menos tres años. Tal como se explicará en párrafos posteriores, respecto a este requisito hay que tener presente que en este caso el cese de la convivencia no se ha producido con anterioridad a las fechas señaladas en los artículos 22 y 25, según corresponda y que la reanudación de la vida en común de los cónyuges, con ánimo de permanencia, interrumpe el cómputo del plazo y;
- c) que el demandante haya dado cumplimiento a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado, y de los hijos comunes. Por tanto, no podrá solicitar el divorcio, si el cónyuge demandado acredita que el demandante no ha dado cumplimiento reiterado a dicha obligación durante el cese de convivencia respecto de él o de sus hijos comunes, pudiendo hacerlo.

Respecto a la obligación de alimentos recién mencionada, la sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 23 de febrero de 2010, señala que “*los presupuestos de las letras a) y c) no*

*han sido desconocidos por las partes, sólo que la demandada en su contestación solicitó, como se ha dicho, el rechazo de la acción, por cuanto estima que el demandante incumplió su obligación de alimentos. Al respecto, cabe señalar que la ley reconoce al contrayente demandado la posibilidad de enervar la acción de divorcio pidiendo al juez que verifique que el actor durante el cese de la convivencia no ha dado cumplimiento, reiteradamente, a su obligación en calidad de alimentante. Se trata pues de una excepción perentoria que debe ser alegada por el cónyuge afectado, quien deberá justificar la existencia de la obligación declarada en su favor, o en beneficio de los hijos comunes, pero el peso de la prueba del pago, por aplicación de la regla general del artículo 1698 del Código Civil corresponderá al deudor de dicha obligación”.*<sup>36</sup>

Respecto a esta clase de divorcio, también cabe hacer alusión a la sentencia de fecha 01 de diciembre de 2012, dictada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema que en el considerando quinto señala “*que el ejercicio de la acción de divorcio requiere de un plazo de cese de convivencia entre los cónyuges, cuando se trata de una petición unilateral de voluntad, de tres años el que debe ser acreditado en la forma que la ley determina. La historia de la ley reafirma tal conclusión, según aclaración de la Comisión de Constitución del Senado, al señalar (a propósito del divorcio de común acuerdo que también exige un plazo de cese de convivencia, aunque menor) que: “El acuerdo, en efecto, debe estar referido al ejercicio de la acción de divorcio y no al plazo transcurrido desde el cese de la convivencia, porque este último es un hecho objetivo, que se exige probar de acuerdo a las exigencias que se incorporaron a raíz de la separación de hecho y con las limitaciones allí consignadas” (Boletín número 1.759-18. Historia de la ley 19.947, página 583). A tal conclusión se arriba considerando también que el divorcio previsto en el ordenamiento jurídico no ha sido concebido como una mera declaración de voluntad de una o de ambas partes, pues ello atenta contra la indisolubilidad de la institución del matrimonio, sino que se ha previsto sobre la base de concurrencia de ciertos presupuestos legales, cuyo cumplimiento debe ser acreditado en el correspondiente proceso, en el cual el juez debe evaluar o fiscalizar dicha circunstancia.*”<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> Corte Suprema, sentencia de 23 de febrero de 2012, en autos rol N°9757-09, Número LegalPublishing 43236.

<sup>37</sup> Corte Suprema, sentencia de 01 de diciembre de 2012, en autos rol N°4129.

## 2.- Divorcio por cese de convivencia de “común acuerdo”

En este caso, se establece que en conjunto con tener que acreditar el cese de convivencia, al que se hará referencia más adelante, la ley exige además que ambos cónyuges suscriban y acompañen ante el juez de familia un acuerdo regulador de sus relaciones mutuas y de sus hijos (si es que los hubiere) y que dicho convenio, sea aprobado por el mencionado juez.

El requisito referente al acuerdo regulador se encuentra contemplado en el artículo 55 inciso 2° de la LMC, que señala que *“los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que, ajustándose a la ley, regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita.”*

El llamado “acuerdo regulador” aparece en el derecho matrimonial chileno como un negocio jurídico de familia, propio de los cónyuges, que se caracteriza por ser bilateral y consensual, en cuanto debe reflejar el consentimiento del marido y de la mujer respecto de materias que la ley ha reconocido como propias de la vida separada y que dicen relación con sus relaciones mutuas y las de sus hijos, en caso de haberlos.

Las características que presenta este acuerdo son las siguientes: a) se trata de un negocio o acto jurídico de familia: lo anterior, puesto que tal como se deriva del nombrado artículo 21 de la LMC su contenido es familiar; b) es de naturaleza consensual: para que exista este acuerdo basta el consentimiento mutuo de los cónyuges, sin que, en principio, se les exija algún tipo de formalidad. Sin embargo, el artículo 22 de la LMC reconoce la posibilidad de que el acuerdo conste por escrito en ciertos instrumentos; c) su objeto está precisado legalmente: es la propia ley N°19.947 la que declara los contenidos sobre los que debe recaer el acuerdo, aunque no lo haga de manera taxativa. Lo anterior, sin perjuicio de que exige la incorporación de ciertos contenidos que tienen el carácter de irrenunciables (artículo 21 inciso 3°).

La LMC no ha previsto una forma determinada a la cual deba adecuarse este acuerdo. De manera tal, que éste queda confiado al arbitrio de la voluntad del marido y de la mujer. Sin



embargo, esta “libertad” de los cónyuges para dar forma al acuerdo, adquiere relevancia en lo que se refiere a tres grandes puntos, a saber: el de la prueba del acuerdo, el de sus efectos y el de su ejecución.

Las formas más recurrentes que se le han dado al acuerdo son:

a) simplemente oral, en este caso, el acuerdo se expresa como consecuencia de un consentimiento tácito, manifestado en actos posteriores a la separación conyugal, por ejemplo, en las prestaciones que se dieran entre los cónyuges o respecto de sus hijos. El problema ante la falta de escrituración es que no podría invocarse como “fecha cierta” el cese de convivencia, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 22 y 25 de la LMC;

b) escrita, en este caso es preciso diferenciar según si se trata de acuerdos otorgados en instrumentos no mencionados en el artículo 22 de la ley o si el acuerdo consta en alguno de los instrumentos contemplados en dicho artículo. Si el acuerdo consta en instrumento escrito no contemplado en el artículo 22, se equipara a un acuerdo no escrito, de manera tal, que como se dijo anteriormente presenta el problema de no poder otorgar “fecha cierta” al cese de convivencia. Si en cambio, el acuerdo consta en alguno de los instrumentos mencionados en el artículo 22 de la ley N°19.947, podrá otorgar “fecha cierta” de cese de convivencia.

Las formas señaladas en el artículo 22 son: escritura pública, acta extendida y protocolizada ante notario público, acta extendida ante un Oficial del Registro Civil y transacción aprobada judicialmente.

Respecto a la última forma mencionada, aunque no existe regla expresa, es el juez de familia quien deberá aprobar dicha transacción. Además, resulta relevante señalar que en la práctica judicial, cuando se trata de los otros tres casos, el acuerdo igualmente es revisado y aprobado por el juez de familia en la respectiva audiencia de divorcio (en este tipo de divorcio se suele realizar la audiencia preparatoria y de juicio en una misma instancia, llamada audiencia concentrada), a partir de lo cual este acuerdo pasa a ser completo y suficiente.

A todas estas formas de acuerdo, se les reconoce el efecto de otorgar “fecha cierta” al cese de convivencia.

Respecto al contenido del acuerdo regulador, es importante mencionar que en el inciso 3° del artículo 21 de la ley, se señala lo siguiente: *“Los acuerdos antes mencionados deberán respetar los derechos conferidos por las leyes que tengan el carácter de irrenunciables”*. Dicho lo anterior, el acuerdo debe versar sobre dos grandes temas: a) las relaciones mutuas entre los cónyuges, lo que se traduce básicamente en dos materias, a saber: los alimentos que se deben y las materias vinculadas con el régimen de bienes del matrimonio; y b) las obligaciones y relaciones con los hijos.

a) En lo que se refiere a las relaciones mutuas entre los cónyuges, en específico, a los alimentos que se deben, el acuerdo estará limitado por el inciso 3° del artículo 21 de la LMC en relación a lo señalado en el artículo 334 del Código Civil, que señala que el derecho de alimentos no puede renunciarse. De manera tal, que no se puede renunciar al derecho de alimentos en el acuerdo regulador, en caso de hacerse, dicha cláusula sería nula.

En referencia a las materias vinculadas con el régimen de bienes del matrimonio, para definir estas materias, deberá estarse a las convenciones que se permiten entre los cónyuges durante la vigencia del matrimonio. Como la ley sólo indica como parte de las relaciones mutuas entre los cónyuges las dos materias ya mencionadas, pero no de forma excluyente, nada obsta a que los cónyuges regulen en el acuerdo otras materias relacionadas directa o indirectamente con sus relaciones mutuas.

b) En lo que dice relación con las obligaciones y relaciones con los hijos, la ley exige que en el acuerdo se regulen al menos tres materias, a saber: el régimen aplicable a los alimentos, el cuidado personal y la relación directa y regular.

Respecto al régimen aplicable a los alimentos, es importante señalar que se deben alimentos a los descendientes (artículo 321 N°2 del Código Civil) y en relación a los acuerdos que lleguen los cónyuges a este respecto, deberán tener especial consideración con lo señalado en los artículos 323 inciso 2° y 332 inciso 2° del Código Civil.

En referencia al cuidado personal de los hijos, se debe mencionar que de acuerdo al artículo 224 del Código Civil éste toca de consuno a los padres, ello basado en el principio de la corresponsabilidad. En el artículo 225 del mismo código se señala que en caso de que los padres vivan separados podrán determinar de común acuerdo si el cuidado personal corresponde a la madre, al padre o a ambos en forma compartida. La ley N°20.680 vino a modificar este artículo del Código Civil, que establecía que en caso de vivir los padres separados el cuidado personal le correspondía a la madre. Hoy, con la modificación introducida por esta ley, se incorporó en la legislación de familia la figura del cuidado personal compartido, que en virtud del inciso 2° del artículo 225 se entiende como *“un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.”*

En lo que se refiere a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquel de los padres que nos los tuviere bajo su cuidado, se ejercerá según el artículo 229 del Código Civil con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo. Se entiende por relación directa y regular *“aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable.”*, según lo señala el inciso 2° del ya citado artículo.

En cuanto a los efectos del convenio regulador, se pueden señalar como principales el de generar una disciplina convencional para la situación de separación de los cónyuges, el de ser un requisito exigido por ley para la solicitud del divorcio por cese de convivencia de “común acuerdo”, y por último, el de otorgar “fecha cierta” al cese de convivencia de los cónyuges, cuando consta en alguna de las formas señaladas en el artículo 22 de la LMC.

### **3.- Cese de convivencia**

Justamente en referencia al último efecto del acuerdo regulador, es que se dedicarán los párrafos siguientes al análisis del segundo requisito exigido por ley para la obtención del divorcio por cese de convivencia de “común acuerdo”, que tal como se dijo, también se aplica al divorcio unilateral por cese de convivencia (plazos distintos), a saber, el acreditar “fecha

cierta” del “cese efectivo de la convivencia conyugal”. La expresión “cese efectivo de la convivencia conyugal” procede de la ley italiana de divorcio del año 1970, y de ella pasó a otros códigos civiles occidentales, como por ejemplo, el español.

El artículo 55 de la LMC señala que *“el divorcio será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común acuerdo y acreditan que ha cesado su convivencia durante un lapso mayor de un año”*. A su vez, los artículos 22 y 25 de la citada ley indican los medios que permiten acreditar la fecha cierta del cese de convivencia, para efectos del divorcio. En el caso de Chile, a diferencia del derecho español que se cuenta desde la celebración del matrimonio, el plazo de uno y tres años se cuentan desde la cesación efectiva de la convivencia, esto es, desde la fecha cierta de ella.

El cese de convivencia debe ser efectivo, por ello la reanudación de la vida en común de los cónyuges, con ánimo de permanencia, interrumpe el plazo señalado en el artículo 55 de la ley. *“El requisito de efectividad del cese de convivencia, no obstante su aparente objetividad, no ha de referirse a lo que algunos civilistas denominan, por influencia canónica, “corpus separationis” o hecho material de la separación física, sino propiamente al “animus separationis” o intención de no querer hacer vida en común, ya que si la affectio subsiste entre los cónyuges no habrá cese efectivo de la convivencia, aunque haya separación material y los cónyuges vivan en lugares diferentes y, por el contrario, si falta la affectio, tendrá lugar técnicamente el cese de la convivencia aunque convivan los esposos bajo el mismo techo.”*<sup>38</sup>

Es importante destacar que la ley N°19.947 hace un distingo respecto de los matrimonios celebrados antes del 17 de noviembre del año 2004 y los celebrados con posterioridad. Lo anterior, para efectos de acreditar el cese efectivo de la convivencia. En referencia a este punto, existe un fallo del Tribunal Constitucional de fecha 26 de marzo de 2013, que se comentará en detalle en párrafos posteriores.

Los matrimonios celebrados antes de la fecha recién indicada, pueden acreditar el cese efectivo de la convivencia a través de prueba documental y testimonial, lo que no ocurre tratándose de los matrimonios celebrados con posterioridad que deben acreditarlo por alguno de los siguientes medios, a saber: si se trata de un acuerdo escrito, dicho acuerdo deberá

---

<sup>38</sup> Corte Suprema, sentencia de 10 de enero de 2011, en autos rol N°6462-2010, caratulados “María Aurora García Díez con Marco Mohovilovic Duimovich”.

constar en escritura pública o acta extendida y protocolizada ante notario público; o en acta extendida ante un Oficial del Registro Civil o en una transacción aprobada judicialmente. No obstante lo anterior, si el cumplimiento del acuerdo requiriese de una inscripción, subinscripción o anotación en algún Registro Público, se tendrá por fecha cierta del cese de convivencia aquella en que se cumpla tal formalidad.

El cese de convivencia, tendrá también fecha cierta a partir de la notificación de la demanda en el caso del artículo 23 de la LMC, a saber, a falta de acuerdo. Asimismo, el inciso 2º del artículo 25 de la ley señala que habrá fecha cierta, si no mediare acuerdo ni demanda entre los cónyuges, cuando, habiendo uno de ellos expresado su voluntad de poner fin a la convivencia a través de cualquiera de los instrumentos señalados en las letras a) y b) del artículo 22 (escritura pública, o acta extendida y protocolizada ante notario público o acta extendida ante un oficial del Registro Civil) o dejado constancia de dicha intención ante el juzgado correspondiente, se notifique al otro cónyuge.

Respecto al requisito de acreditar fecha cierta de cese efectivo de convivencia para la obtención del divorcio por cese de convivencia, la profesora Muñoz, señala que como *“resultado del proceso de discusión de la ley finalmente se optó por una causal subjetiva, referida al incumplimiento grave de ciertas obligaciones y por otra objetiva, que rescata la idea de cese de la convivencia entre los cónyuges, estableciendo distintos plazos según exista o no concurrencia de voluntad entre ellos para solicitar el divorcio.”*<sup>39</sup> *“La ley no establece la posibilidad de divorcio por el solo consentimiento de los cónyuges ni por la sola voluntad unilateral de uno de ellos, el divorcio es siempre causal y no voluntario.”*<sup>40</sup>

De manera tal, que la causal determinante del divorcio o es la falta imputable a que se refiere el artículo 54 de la LMC o es el cese efectivo de la convivencia conyugal, debidamente

---

<sup>39</sup> Muñoz Sánchez, Andrea (2004), *“Notas sobre la Nulidad”*, p. 254. Tapia Rodríguez, Mauricio, *“Constitucionalización”*, p. 171. Court Murasso, Eduardo, *“Nueva Ley de Matrimonio Civil. Ley N°19.947 de 2004 analizada y comentada”*, p. 88, (2004), Legis. Chile. Peña González, Carlos, *“Nueva ley de matrimonio civil”*, Revista del Abogado, Santiago, pp. 59 y ss.

<sup>40</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de abril de 2006, disponible en [www.microjuris.com](http://www.microjuris.com), número identificador MJJI7543. En contra Ramos Pazos, René (2005), *“Derecho de familia”*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, T. I, quinta edición actualizada, febrero 2005, p. 104.

acreditado conforme a la ley, por ambos cónyuges o por uno de ellos, de acuerdo al artículo 55 de la citada ley.

Por tanto, en el divorcio por cese de convivencia se trata de que el juez de familia respectivo verifique estrictamente si los hechos fundantes de la acción cumplen con todos los presupuestos de la causal por cese de la convivencia del artículo 55, de donde puede denegarse la solicitud si ellos no concurren. De manera tal, que *“el divorcio no es un derecho, sino una opción que la ley ofrece a los cónyuges como consecuencia de una crisis matrimonial, sujeto a reglas y restricciones.”*<sup>41</sup> El divorcio y en esto se seguirá la interpretación del profesor Hernán Corral, no presenta las características de un derecho individual absoluto, fundado en la autonomía personal, ya que su ejercicio reconoce límites y restricciones.

La jurisprudencia ha demostrado, desde sus inicios, entender el divorcio en el mismo sentido antes descrito, así es como la Corte de Apelaciones de Santiago en una casación de oficio señaló *“que el tipo de divorcio consagrado en la nueva ley de matrimonio civil es un divorcio causado (por causa), que procede en la medida que se acredite la concurrencia de una causal objetiva, como es el cese de la convivencia, que no depende de la conducta imputable de los cónyuges, y que consiste en la separación objetiva de los cónyuges, por un cierto espacio de tiempo previsto en la ley. En este último caso la voluntad de los cónyuges es relevante para los efectos de determinar el tiempo necesario del cese de convivencia, ya que si ambos están de acuerdo en solicitar el divorcio, dicho lapso es más breve que si sólo uno de ellos pretende instar por la terminación del vínculo matrimonial (uno y tres años respectivamente). En consecuencia, la causal objetiva antes referida está constituida por una situación de hecho consistente, el cese de la convivencia y no por el mutuo acuerdo de los cónyuges, razón por la cual éste debe ser acreditado por los medios de prueba legal en un juicio contradictorio, que le permita al sentenciador formarse plena convicción sobre los hechos invocados, no siendo suficiente, para este efecto, que los cónyuges consientan en el tiempo por el cual se ha prolongado la separación.”*<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> Acuña San Martín, Marcela (2011), *“Efectos Jurídicos del Divorcio”*, Editorial AbeledoPerrot, Thomson Reuters, Chile, p. 38.

<sup>42</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Segunda Sala, sentencia de fecha 30 de enero de 2006, en autos rol 8080-2006. En Gaceta Jurídica N°307, 2006, pp. 151-152.

#### 4.- Reanudación de la vida en común

Cabe referirse al significado que la legislación argentina le atribuye al cese efectivo de la convivencia y, en especial, a si es requisito *sine qua non* para que se configure la separación de techo. Luego de un análisis del tema, se puede señalar que lo fundamental para su determinación no es el lugar donde residan los cónyuges, sino la existencia, o no, del *animus separationis*. Así, bien puede un matrimonio decidir separarse y, por motivos económicos o por el bien de los hijos, continuar viviendo bajo el mismo techo, sin ánimo de hacer vida marital.

Nuestro legislador en relación a lo anterior, señala que la reanudación de la vida en común establece la necesidad de que se realice con ánimo de permanencia, por ende, es posible inferir que, en los casos en que esta intención no exista, estaremos frente a un cese efectivo de la convivencia.

De manera tal, que al exigirse que el cese de convivencia debe ser efectivo, se entiende que la reanudación de la vida en común de los cónyuges, con ánimo de permanencia, interrumpe el plazo señalado en el artículo 55 de la ley.

En afirmación de lo anterior, en la sentencia de fecha 18 de diciembre de 2006, dictada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta en la parte sumaria se estableció que *“el inciso final del artículo 55 de la Ley 19.947 dispone que la reanudación de la vida en común de los cónyuges, con ánimo de permanencia, interrumpe el plazo del cómputo de los plazos de tres años invocados por el demandante al interponer su acción. Resulta evidente de esta disposición que la ley exige que el cese de la convivencia sea efectivo. Este requisito de la efectividad del cese de la convivencia, no obstante su apariencia de objetividad, no ha de referirse a lo que algunos civilistas denominan, por influencia canónica, corpus separationis o hecho material de la separación física, sino propiamente el animus separationis, ya que si la affectio subsiste entre los cónyuges, no habrá cese efectivo de la convivencia, aunque haya separación material y los esposos vivan en lugares diferentes y, por el contrario si falta la affectio, tendrá lugar técnicamente el cese de la convivencia aunque convivan los esposos bajo el mismo techo.”*<sup>43</sup>

Se puede agregar, que nuestra jurisprudencia confirma que el hecho de continuar viviendo bajo el mismo techo, siempre que haya cesado la *affectio*, no obsta para desechar una

---

<sup>43</sup> Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de fecha 18 de diciembre de 2006, en autos Rol 1010-2006.

demanda, o una solicitud de divorcio, basada en el cese de la convivencia, como se puede apreciar en los considerandos 7° y 8° de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción que señala: "*7° Que el cese de la convivencia, como se dijo, fue a partir del 11 de mayo de 1999, de acuerdo al documento de fs. 198, fiel a su original según certificación notarial de fs. 202 vta. y que corresponde al comparendo celebrado entre las partes en el Primer Juzgado Civil de Talcahuano, causa rol N° 2.786-99, sobre violencia intrafamiliar, donde deciden separarse de hecho, y considerando que ambos no tienen otro lugar donde vivir, acordaron hacerlo en la misma casa habitación pero, en dormitorios separados. 8° Que no es necesario para el cese de la convivencia el corpus separationis, sino la no subsistencia de la affectio, requisito que caracteriza la intención de no hacer vida en común, lo que ha sucedido en el caso sub judice, aun cuando convivan los cónyuges bajo un mismo techo*"<sup>44</sup>

Por último, cabe agregar que el tema de la reanudación de la vida en común es hoy plenamente considerando por los jueces de familia en la audiencias de divorcio por cese de convivencia de “común acuerdo”, ya que las partes y sus respectivos abogados/as no sólo deben acreditar el cese de la convivencia a través de los medios estrictos contemplados en la LMC, para los matrimonios celebrados después de noviembre de 2004 y por cualquier medio, para los matrimonios celebrados antes de dicha fecha, sino que deberán probar que existiendo cese de convivencia los cónyuges en juego no han reanudado su vida en común, lo que tendrán que hacer por medio de la prueba testimonial.

A los testigos que presente cada parte en dicha audiencia, tanto los abogados/as de las partes, como el mismo juez le hará preguntas tales como: ¿Usted sabe si los cónyuges presentes han vuelto a vivir juntos? Si el testigo responde que no, la pregunta siguiente sería ¿cómo le consta? ¿con qué frecuencia los visita o tiene contacto con ellos?

Acreditada la no reanudación de la vida en común mediante la prueba testimonial, el juez, habiéndose cumplido los demás supuestos exigidos por la ley, declarará el divorcio.

---

<sup>44</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de fecha 27 de mayo de 2008, en autos Rol 1724-2007.



## CAPÍTULO II

### **CRÍTICA A LA REGULACIÓN DEL DIVORCIO POR CESE DE CONVIVENCIA EN EL DERECHO CHILENO**

#### Título I: La escasa importancia de la voluntad de los cónyuges en la obtención del divorcio por cese de convivencia

##### **1.- La voluntad en la vida matrimonial**

La tan nombrada voluntad en materia civil y más aún en Derecho de Familia, puede verse manifestada en diversas etapas de la vida matrimonial, por una parte, antes de contraer matrimonio los futuros cónyuges deben manifestar ante el Oficial del Registro Civil respectivo su deseo de contraer el vínculo matrimonial; luego, al momento mismo de la celebración, deben volver a declarar su voluntad para convertirse oficialmente en cónyuges; más tarde, durante la vigencia del matrimonio, deben expresar su voluntad en términos de querer llevar a cabo un proyecto de vida en común; por último y si es que llega a darse esta “última etapa”, una vez cesada la convivencia conyugal y cumpliendo el plazo legal, deben volver a manifestar su voluntad para lograr la obtención del divorcio por cese de convivencia.

Si nos remontamos a la voluntad inicial de los cónyuges para contraer matrimonio, sabemos que ésta puede verse afectada por diversas circunstancias ocurridas durante la convivencia conyugal, *“que incluyen desde la pérdida de la voluntad de construir un proyecto común, pasando por la ocurrencia de graves transgresiones a los deberes y obligaciones que implica la vida en común de la pareja, cometidas por uno o ambos cónyuges, hasta la progresiva pérdida de la atracción mutua o del afecto que, como causa del vínculo, ha convertido al matrimonio en una mera formalidad sin contenido”*<sup>45</sup>.

Por otra parte y tal como se mencionó, en la última etapa de la vida matrimonial figura la voluntad que los cónyuges deben manifestar una vez terminada su convivencia, ella, motivada por la necesidad de iniciar formalmente otra vinculación conyugal, por parte de uno o ambos cónyuges o, simplemente, porque desean poner término definitivo al matrimonio por desafecto o cualquier otra razón.

---

<sup>45</sup> Del Picó Rubio, Jorge (2010), *“Derecho Matrimonial Chileno”*, Santiago de Chile, Editorial Abeledo Perrot, Legal Publishing, p. 395.

Se puede afirmar entonces, que la opción de concluir el matrimonio por medio de su disolución legal, se ha convertido, a nivel mundial, en el modo más usado para poner término a la relación, siendo el divorcio la vía jurídica válida para hacerlo cuando ambos cónyuges llegaron a un consenso al respecto.

La instalación del divorcio en la sociedad occidental, se fundó en determinadas causas, siendo la más acertada para el autor Del Picó Rubio el *“predominio del amor romántico como causa del matrimonio, es decir, el predominio de la afectividad sobre el compromiso. Si el matrimonio está únicamente basado en el amor romántico, es evidente que el divorcio es una consecuencia lógica, al concluir el amor que le dio origen.”*<sup>46</sup>

Fue precisamente la destrucción del vínculo conyugal la causa que generó la controversia que históricamente acompañó a los intentos de introducción del divorcio. Desde una perspectiva filosófica, algunos autores expusieron acerca del llamado derecho de descasamiento, que viene a reflejar lo que el matrimonio no debe ser, a saber, *“una unión forzada en que el sentimiento está muerto de parte y parte, una unión ficticia que ya no está animada por la vida en común, una unión inmortal en que todo se permite.”*<sup>47</sup>

Sin embargo, sabido es que la discusión acerca de aprobar una “ley de divorcio” en Chile fue considerada como un problema de gran magnitud social, que causaría un fuerte impacto en las condiciones habituales de vida de las personas que se ven afectadas, directa o indirectamente por sus consecuencias personales y económicas. Nuestra sociedad, en palabras del profesor Del Picó Rubio, *“enfrentada al impacto negativo que implicaba que se aprobara el divorcio con disolución de vínculos, influyó fuertemente en su regulación legal, por lo que, entre otras cosas, nuestros parlamentarios decidieron que “el conocimiento y resolución del problema jurídico de familia que involucra, debe ser conocido y resuelto, por un tercero ajeno o no involucrado directamente en la situación, teniendo en vista el bien de la comunidad y, especialmente, el de los propios cónyuges y los hijos, si los hubiere”*<sup>48</sup>

Se justificó la intervención de un tercero, además del efecto irradiador de la crisis en el conjunto de la sociedad, en que los cónyuges no eran capaces de enfrentar por sí mismos la

---

<sup>46</sup> Ibid, p. 405.

<sup>47</sup> M. Delmas-Marty y C. Labrusse-Riou (1987), *“Matrimonio y divorcio”*, Bogotá, Colombia, Temis, p. 115.

<sup>48</sup> Ibid, p. 396.

crisis, ni menos aminorarlos, atendido el estado emocional en el que se encontraban debido al conflicto en que el estaban involucrados.

Por tanto, la respuesta normativa que se brindó a la incorporación del divorcio vincular en Chile se orientó a favorecer la disminución de situaciones conflictivas mayores, a regular el estado posterior de las relaciones derivadas de la filiación, regular la posesión y propiedad de los bienes comunes y a facilitar una pronta normalización de las relaciones sociales, tanto del grupo familiar como de su entorno social inmediato, afectado inevitablemente por la inestabilidad de los cónyuges en crisis.

Hoy, mirando con perspectiva la realidad social del año 2004 en Chile, se puede justificar la medida de los legisladores en el proyecto de ley antes mencionado, tanto por el objetivo estratégico de lograr la aprobación del proyecto, como por la coherencia exigida por la propia opinión política adoptada por el poder ejecutivo, el cual había asumido públicamente el respeto de la sensibilidad religiosa de la población mayoritariamente católica.

## **2.- La voluntad en la tramitación del divorcio**

En Chile, en cualquiera de los casos de divorcio por cese de la convivencia (unilateral o de “común acuerdo”) debe probarse este requisito de tres o un año respectivamente, lo que deja al descubierto que no basta la voluntad de uno o ambos cónyuges para la obtención de cualquiera de ellos.

Respecto de la manera en que debe manifestarse la voluntad de los cónyuges en el trámite de divorcio por cese de convivencia, podría señalarse y con esto se entra en el tema de fondo, que no queda del todo claro si uno de los cónyuges debe proceder a presentar una demanda a la que el otro cónyuge debe allanarse o si deben presentar dos demandas coincidentes en la causal de cese de convivencia. Al respecto, no ha sido pacífica la interpretación de los jueces respecto de la voz “solicitan” utilizada por el legislador en relación con el divorcio por cese de convivencia de “común acuerdo”. El inciso 1° del artículo 55 de la Ley N° 19.947 prescribe: "*Sin perjuicio de lo anterior, el divorcio será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común acuerdo y acreditan que ha cesado su convivencia durante un lapso mayor de un año*". Basándose en el significado del verbo solicitar, un mismo abogado patrocinó a ambos cónyuges en un tribunal con competencia en materias de familia de Concepción. Habiéndose

elevado en consulta a la Corte de Apelaciones de esta ciudad, resolvió anular todo lo obrado, reponiendo la causa al estado en que cada parte designase su propio abogado y mandatario judicial. El voto de la mayoría señala, en los considerandos 2° y 3°: "*2° Que de acuerdo al artículo 4° del Código de Procedimiento Civil, toda persona que deba comparecer en juicio a su propio nombre o como representante legal de otra, deberá hacerlo en la forma que determine la ley. Esta ley es la 18.120, que en su artículo 1° prescribe que la primera presentación de cada parte o interesado en asuntos contenciosos o no contenciosos ante cualquier tribunal de la República, sea ordinario, arbitral o especial, deberá ser patrocinado por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión. 3° Cabe agregar, por otra parte, que el hecho que un mismo abogado patrocine a las dos partes de un pleito, es constitutivo de un delito específico, el contemplado en el artículo 232 del Código Penal [...]*".<sup>49</sup>

Por su parte, una corriente doctrinaria diferente se encuentra en el voto de minoría de don René Ramos Pazos, quien en la misma sentencia antes citada declara: "*La situación regulada en la disposición legal recién citada -artículo 55 inciso 1°, no tiene el carácter de juicio, siendo su naturaleza jurídica la de una gestión no contenciosa, por cumplir la doble exigencia establecida en el artículo 817 del Código de Procedimiento Civil, esto es, requiere la intervención del juez y no existe controversia entre partes*".

El abogado integrante don René Ramos Pazos fundó su posición en las siguientes consideraciones:

*“1.- En el caso de autos, la petición de divorcio se funda en el artículo 55 inciso 1 de la ley 19.947, sobre Matrimonio Civil, que a la letra prescribe: ¿Sin perjuicio de lo anterior, el divorcio será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común acuerdo y acreditan que ha cesado su convivencia durante un lapso mayor de un año?.*

*2.- La situación regulada en la disposición legal recién citada, no tiene el carácter de juicio, siendo su naturaleza jurídica la de una de gestión no contenciosa, por cumplir la doble exigencia establecida en el artículo 817 del Código de Procedimiento Civil, esto es, requiere la intervención del juez y no existe controversia entre partes.*

*3.- No escapa al disidente que un sector importante de la doctrina nacional tiene una opinión distinta, que se funda en que la ley no ha dicho en el caso del divorcio, como sí se lo hizo para la separación judicial -artículo 1o transitorio, disposición segunda de la ley 19.947- que cuando se solicita de común acuerdo se deben aplicar las normas del Título 1 del Libro IV del Código de Procedimiento Civil (actos judiciales no contenciosos), por lo*

---

<sup>49</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de fecha 16 de enero de 2006, en autos Rol 3189-2005.

*que -razonan ellos- en conformidad a la disposición tercera de la misma norma transitoria, quedará sometida a las reglas del juicio ordinario con las modificaciones que esa disposición tercera contempla-. Es evidente que el legislador ha incurrido en una omisión al no decir en forma expresa que el divorcio de común acuerdo deba regirse por las normas de las disposiciones no contenciosas, pero tal omisión no puede alterar la exacta naturaleza jurídica de la institución de que se viene tratando, estimando que pueda existir un juicio sin que exista controversia. Ello repugna a la lógica más elemental. No deja de ser significativo por otra parte, que el artículo 55, inciso 1 de la ley 19.947 emplee la forma verbal ¿lo solicitan?, terminología propia de las gestiones no contenciosas.*

*4.- Innecesario parece agregar que el hecho de tratarse -en nuestro concepto- de una gestión no contenciosa, no implica que no deba rendirse prueba del cese de la convivencia por el plazo legal, ni dictarse sentencia, ni el que no deba ser consultada, pues si la ley entrega a los tribunales la resolución de una gestión no contenciosa lo es para que sean éstos los que determinen si se cumplen las exigencias legales-. La consulta aparece también justificada por tratarse de una materia de orden público que tiene que ver con la buena constitución de la familia y con el estado civil de los interesados.”<sup>50</sup>*

En la práctica nacional, el divorcio por cese de convivencia de “común acuerdo” se presenta por medio de un escrito de demanda en que figuran ambos cónyuges, basándose en una causa objetiva, acreditable, a saber el cese de la convivencia por un plazo mayor a un año y acompañando un acuerdo completo y suficiente, al que alude el artículo 21 de la LMC, además de los elementos probatorios suficientes, que eviten la apertura de un término probatorio que dilate innecesariamente la dictación de la sentencia.

Ahora, si bien la causal de cese de convivencia exige la acreditación del término legal de un año para este tipo de divorcio, ésta además, debe ir acompañada del ánimo de los cónyuges de no perseverar en el matrimonio. Para algunos autores, lo señalado permite sostener que no basta solamente el cese de la convivencia, sino que se requiere, como otro requisito primordial para la obtención de este divorcio, la voluntad de ambos cónyuges de permanecer separados atendiendo al término de las condiciones afectivas que motivaron la unión de pareja y no por motivos ajenos a su voluntad.

Al momento de debatirse este punto en el proyecto de la LMC, fueron citados como argumentos en su contra, que por esta vía se eliminaba el carácter institucional del matrimonio, al dejar entregada a la voluntad de las personas el término de la institución, sin considerar el

---

<sup>50</sup> Ibid.

interés público comprometido en el Derecho de Familia, que justifica la apreciación institucional del matrimonio.

Es relevante precisar, que al decirse “los cónyuges deberán acreditar que ha cesado su convivencia”, ello, no se traduce en el solo hecho de vivir separados físicamente.

Por su parte, es preciso señalar que la reanudación de la vida en común de los cónyuges, con ánimo de permanencia, interrumpe el cómputo del plazo de un año. Por lo que encuentros fugaces, furtivos u ocultos entre los cónyuges durante el período de separación, no son suficientes para interrumpir el correr del plazo.

Ahora, en caso de existir la coincidencia entre los cónyuges para solicitar de común acuerdo el divorcio y de haberse acreditado el transcurso del plazo que se exige para el requisito legal de cese de convivencia, de igual manera y tal como se señaló en detalle en el capítulo anterior, deberán acompañar un acuerdo regulador de las materias propias del matrimonio y de los hijos, en caso de haberlos.

Lo anterior, habiéndose ya especificado que se entiende por acuerdo regulador y cuando éste adquiere el carácter de completo y suficiente, igualmente resulta necesario reiterar que éste es otro de los requisitos legales que exige la ley para la obtención de este tipo de divorcio.

Es decir, son varios los factores que permiten sostener que la voluntad conjunta de los cónyuges para la obtención del divorcio por cese de convivencia de “común acuerdo”, pierde relevancia frente a otros requisitos legales, a saber, acreditar el cese efectivo de la convivencia de un año, acompañar un acuerdo regulador que sea completo y suficiente, y como si fuera poco, que todo lo señalado cuente con la aprobación del juez de familia.

Entonces, cabe preguntarse una vez más ¿es la voluntad conjunta de los cónyuges la que por sí sola permite la obtención del divorcio por cese de la convivencia de “común acuerdo en Chile”? Hasta lo que va de esta investigación, se concluye que no.

## Título II: Relevancia del requisito de cese de convivencia en la obtención del divorcio remedio

### 1.- Análisis del concepto de cese de convivencia

En opinión del profesor español don Mariano López Alarcón, “*el cese efectivo de la convivencia conyugal es una expresión que fue acuñada por la ley italiana el 1 de diciembre de 1970, en su artículo 3º b, que lo empleó como momento inicial para el cómputo del plazo de cinco años de separación de hecho, la que constituye una causa disolutoria prevista por dicha ley*”.<sup>51</sup>

Continúa el autor señalando que “*el divorcio fundado en la separación de los cónyuges es una fórmula que ha alcanzado gran predicamento en las últimas reformas legislativas del matrimonio. La razón estriba en que al abandonarse o restringirse el divorcio por culpa, ha cobrado especial relieve el divorcio por ruptura de la comunidad conyugal, cuya exteriorización más significativa es la separación o no cohabitación de los cónyuges, pues allí donde hay una separación prolongada puede presumirse que se ha consumado la quiebra profunda del ánimo conyugal, elemento unitivo que integra a los cónyuges en sus efectos, sentimientos, voluntades y en su vida toda*”.<sup>52</sup>

Existe entonces, la necesidad de elaborar un concepto de cese definitivo de la convivencia conyugal, puesto que éste ha sido utilizado en la redacción de dos de las tres causales de divorcio que existen en nuestra legislación de familia. Lo anterior, se expresa en la LMC en el artículo 55 inciso 1º que reza “*el divorcio será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común acuerdo y acreditan que ha cesado su convivencia durante un lapso mayor de un año.*” y en su inciso 3º que indica “*habrá lugar también al divorcio cuando se verifique un cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, a lo menos, tres años*”.

Tal como se señaló, en las causales de divorcio se exige un plazo u otro de cese de convivencia, pero ello, casi siempre, acompañado de otros requisitos concurrentes. Para el jurista catalán Francisco Vega Sala en una primera interpretación gramatical “*cesar es suspenderse (...), efectivo es llevar a efecto, hacerlo efectivamente, es decir, real y verdaderamente, y por ello el diccionario citado define del siguiente modo el adjetivo: real y verdadero, en oposición a lo quimérico, dudoso o nominal. Por tanto, se trata de que la convivencia cese real y verdaderamente, porque los cónyuges materialmente dejan de vivir*

---

<sup>51</sup> Navarro Belmonte, Antonio (1989), “*Las causas de divorcio en el derecho español*”, Madrid, Ed. Montecorvo, p. 45.

<sup>52</sup> Ibid.

*juntos. No es un cese aparente, quimérico, dudoso o nominal, sino auténtico, real y verdadero. Es necesario, por tanto, que los esposos hayan dejado de vivir juntos.”*<sup>53</sup>

El mismo autor, posteriormente hace una crítica de las palabras conyugal y efectivo, ya que considera que hubiese sido suficiente hablar de la convivencia, sin necesidad de añadir nada más. *“Si se dice que para poder solicitar el divorcio remedio es necesario el cese de la convivencia conyugal, se está diciendo que los esposos no deben vivir juntos, que materialmente deben estar separados, que realmente deben haber terminado su convivencia. De manera tal, que el calificativo “efectivo” que el legislador añade al cese, no es necesario.”*<sup>54</sup>. Podría concluirse entonces, que cuando el legislador añadió el término “efectivo” al cese, lo está haciendo con la intención de dejar absolutamente claro que el cese debe ser real y efectivo.

Parte de la doctrina ha señalado que la situación del cese efectivo de la convivencia tiene una doble dimensión, a saber, una cesación material “inconveniencia física” y otra espiritual, entendida como la cesación de la “ *affectio coniugalis*”. Siendo ambas dimensiones necesarias para que se cumpla con los efectos exigidos por la ley para la disolución del vínculo.

López Alarcón, contempla ambos elementos así: *“la ruptura de la comunitatis vitae et amori se proyecta en dos dimensiones: por un lado, la ruptura de la cohabitación física de los esposos, es decir, de la unidad doméstica constituida por la relación interpersonal de aquellos inmediata y directa; por otro lado, la ruptura de la affectio coniugalis, del amor conyugal, de la unión espiritual de los esposos”.*<sup>55</sup>. De lo dicho por el autor, se podría señalar que la convivencia ha cesado cuando los cónyuges no cohabitan (ruptura del elemento material) ni sienten entre ellos las internas vinculaciones unitivas (ruptura del elemento espiritual).

La jurisprudencia italiana, a través de la sentencia del Tribunal de Casación de 07 de mayo de 1976, ahondando en la noción de la comunidad espiritual y material entre los cónyuges declara que ésta se caracteriza *“por un peculiar comportamiento que demuestra la existencia de la convivencia, caracterizada por una cierta organización doméstica común, por la recíproca ayuda personal y, normalmente, por las relaciones sexuales; y desde el punto de vista espiritual la existencia del ánimo dispuesto a*

---

<sup>53</sup> Navarro Belmonte, Antonio (1989), *“Las causas de divorcio en el derecho español”*, Madrid, Ed. Montecorvo, p. 60.

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> Ibid. p. 63.



*reservar al cónyuge la posición de exclusivo compañero de por vida y a responder de los principales deberes conyugales, aun cuando la solidaridad exija sacrificio. No hay ruptura si subsiste uno de los aspectos de la comunidad de vida.”*<sup>56</sup>

Por su parte, la sentencia de la A.T. de Zaragoza de 22 de septiembre de 1983, expone que: *“no puede admitirse la concurrencia de la causal invocada, 5.ª del art. 82 del Código Civil o cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses libremente consentida y por cuanto para apreciarse debe reunirse como requisitos esenciales, no solo el corpus o distanciamiento del domicilio, sino también y principalmente el ánimo o cesación de la affectio maritalis”*.<sup>57</sup>

Podría concluirse entonces, que el cese de la convivencia es la negación de algunos de los deberes impuestos por el legislador a los cónyuges, tales como el deber de fidelidad, de convivencia y el eventual deber de cohabitación. Estos deberes, responden a dos de los fines esenciales del matrimonio, a saber, vivir juntos y procrear, de acuerdo a lo señalado en el artículo 102 del Código Civil chileno.

## **2.- Cese de convivencia como requisito del divorcio**

Para que el requisito de cese de convivencia produzca el efecto esperado, es necesario que los plazos que exige la ley hayan transcurrido ininterrumpidamente. En palabras del profesor español Antonio De Luna García *“el cese efectivo de la convivencia conyugal configurador de las causas de divorcio ha de durar ininterrumpidamente durante un cierto tiempo determinado legalmente”*.<sup>58</sup>

En Chile, para el cómputo del plazo del requisito de cese de convivencia entre los cónyuges, habrá que distinguir entre los matrimonios celebrados antes del 17 de noviembre de 2004, es decir, antes de la entrada en vigencia de la ley N°19.947 y la de aquellos celebrados después.

En referencia a los matrimonios celebrados después de la fecha mencionada, el inciso 4º del artículo 55 de la LMC señala que el cese de la convivencia no se ha producido con anterioridad a las fechas contempladas en los artículos 22 y 25 de la mencionada ley,

---

<sup>56</sup> Ibid.

<sup>57</sup> Jurisprudencia Aragonesa (1983). Suplemento al B. De los Colegios de Abogados de Aragón, p. 330.

<sup>58</sup> Navarro Belmonte, Antonio (1989), *“Las causas de divorcio en el derecho español”*, Madrid, Ed. Montecorvo, p. 65.

recordando que el artículo 22 hace referencia a la fecha en que cesó la convivencia en el caso de los cónyuges separados de hecho y el artículo 25 a la hipótesis en la que la fecha cierta del cese proviene de actos realizados por uno de los cónyuges.

Al respecto, es preciso hacer referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional dictada con fecha 26 de marzo de 2013 ante el requerimiento de inaplicabilidad respecto de la acreditación del cese de la convivencia en aquellos matrimonios celebrados con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 19.947, limitación que ha sido objeto de debate en la doctrina y también en el ámbito jurisdiccional.

Como bien lo expresa el profesor Claudio Fuentes “*en la causa caratulada Valverde con Ruiz Tagle, de divorcio de mutuo acuerdo, RIT C-7198-2011 la jueza Francisca Rosselot Mora, haciendo uso del artículo 93 de la Constitución requirió al TC su pronunciamiento respecto del posible conflicto entre los artículos 22, 15 y 2 transitorio de la ley 19.947 y la Constitución. Argumenta la magistrada que derivado de la aplicación conjunta de los artículos mencionados, se produce una limitación probatoria no sólo respecto de aquellas personas que contrajeron matrimonio de forma posterior a la mencionada ley sino que ésta lo reduce.*”

*La magistrado sostiene que aquella restricción probatoria entre los matrimonios celebrados antes a la ley y aquellos posteriores constituye una afectación a diversas garantías consagradas en nuestra carta fundamental. En particular afirma que trasgrede el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 1 de la Constitución, indicando que se vulnera el derecho a rendir prueba de igual forma en los mismos tipos de juicio. Asimismo, se viola el artículo 19 número 2, el que prohíbe la existencia de grupos privilegiados, argumentando que aquellas personas que contrajeron matrimonio previo a la ley caerían en dicha categoría. Adicionalmente sostiene que infringe el artículo 19 número 3, igualdad en la protección de los derechos, dado que sólo algunas personas podrían usar ciertos medios de prueba, mientras que aquellos con contrajeron nupcias de forma posterior al 17 de mayo de 2004 tendrían restricciones este respecto, lo que constituiría una discriminación arbitraria. Finaliza argumentando que existiría una infracción al debido proceso, al vincular el artículo 19 número 3 inciso quinto con el artículo 19 número 26, al sostener que se establece una condición o requerimiento que afecta la esencia del derecho, en este caso la mencionada limitación probatoria.”<sup>59</sup>*

*El tribunal con fecha 26 de marzo de 2013 rechaza la inaplicabilidad estimando que “una limitación de esa naturaleza no compromete la garantía específica del debido proceso, porque no se perfila como arbitraria o*

---

<sup>59</sup> Fuentes Maureira, Claudio (2013), “Derecho Procesal Civil”, Revista Chilena de Derecho Privado, número 20, pp. 285-286.

*injusta, ni tampoco transgrede la garantía de igualdad ante la ley, desde que impone un tratamiento distinto a quienes se encuentran en situación también diversa.*<sup>60</sup>

La profesora María Sara Rodríguez, respecto al fallo antes mencionado, señala que *“deja bien claro que los cónyuges casados antes y después de la entrada en vigencia de la ley 19.947 de 2004 sobre matrimonio civil pueden valerse de todos los medios para acreditar la fecha cierta de cese de la convivencia.”*<sup>61</sup>

Agrega la profesora Rodríguez *“que el cese de la convivencia es un hecho objetivo que exige prueba en el juicio de divorcio. El legislador estableció un plazo para que pudiera invocarse este hecho como causal de divorcio por mutuo acuerdo (un año) o por decisión unilateral de voluntad (tres años). Este plazo legal no puede obviarse ni renunciarse. Es indispensable. No puede modificarse, ni aun por consenso entre los cónyuges. Es la mínima garantía con que el legislador protege la estabilidad del matrimonio, especialmente cuando autoriza su terminación por quiebre irremediable de la vida en común. El plazo aspira a ofrecer un tiempo de reflexión; una posibilidad de reconciliación.”*<sup>62</sup>

Del comentario de la profesora Rodríguez se puede inferir que en la Sentencia del Tribunal Constitucional se deja bien claro que los cónyuges casados antes y después de la entrada en vigencia de la LMC pueden valerse de todos los medios de prueba para acreditar la prueba del cese de convivencia, y que el juez siempre puede prescindir del valor probatorio que le atribuyen los artículos 22 y 25 a los instrumentos y gestiones que ahí se mencionan para prevenir el consenso fraudulento entre los cónyuges respecto de la fecha de cese de convivencia.

Según lo ya expuesto en el capítulo I de esta investigación, respecto a los plazos de 1 y 3 años de cese de convivencia, sea que el divorcio se solicite de común acuerdo por los cónyuges o se pida en forma unilateral, éstos se contarán, de la siguiente manera:

En caso de existir acuerdo, la fecha se contará a partir de que quede expresada en alguno de los documentos mencionados en el artículo 22 de la LMC.

---

<sup>60</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 26 de marzo de 2013, Rol número 2207-12-INA, op. Cit., considerando 15, segundo párrafo.

<sup>61</sup> [http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Análisis-Jurídico/2013/04/08/El\\_cese-de-la-convivencia-como-hecho-objetivo-en-el-juicio-de-divorcio.aspx](http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Análisis-Jurídico/2013/04/08/El_cese-de-la-convivencia-como-hecho-objetivo-en-el-juicio-de-divorcio.aspx)

<sup>62</sup> Ibid.

En caso de no existir acuerdo entre los cónyuges respecto de la fecha en que cesó la convivencia, ésta se deducirá de los actos realizados por uno de los cónyuges respecto a las materias que se encuentran contempladas en el artículo 23 de la citada ley. Este artículo especifica que frente a la falta de acuerdo, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar que el procedimiento judicial que se sustancie para regular las relaciones mutuas entre los cónyuges, los alimentos entre ellos y respecto de sus hijos, los bienes familiares, las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio, el cuidado personal y la relación directa y regular, se extienda a otras materias concernientes a las relaciones mutuas o respecto de sus hijos.

Es más, agrega el artículo 25 de la ley que el cese de convivencia tendrá también fecha cierta a partir de la notificación de la demanda en los casos señalados en el artículo 23.

El inciso 2° del artículo 25 recién citado, agrega que también habrá fecha cierta si no mediare acuerdo ni demanda entre los cónyuges, cuando alguno de los cónyuges exprese su voluntad de poner fin a la convivencia a través de cualquiera de los instrumentos contemplados en las letras a) y b) del artículo 22 de la misma ley (escritura pública o acta extendida y protocolizada ante notario público; o acta extendida ante un Oficial del Registro Civil) o deje constancia de dicha intención ante el juzgado correspondiente, notificando al otro cónyuge. En este último caso, la fecha cierta se contará a partir del momento en que la notificación se practica.

Respecto de los matrimonios celebrados con anterioridad al 17 de noviembre de 2004, rige lo dispuesto en el artículo 2° transitorio inciso 3° de la LMC que señala que en este caso no regirán las limitaciones contempladas en los artículos 22 y 25 de la ley para comprobar la fecha de cese de la convivencia entre los cónyuges. Por lo que tendría que acreditarse por otros medios de prueba. Sin embargo, el mismo inciso 3° indica que el juez puede estimar que no se ha acreditado el cese de convivencia, si los medios de prueba aportados al proceso no le permiten formarse plena convicción respecto de ese hecho.

En base a lo anterior, la Corte de Apelaciones de Concepción, en su sentencia de fecha 07 de agosto de 2006 dispuso que *“la limitación probatoria establecida en el inciso penúltimo del citado artículo 55 no rige respecto de los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 19.947, de modo que los cónyuges podrán recurrir a la prueba testimonial, como en el caso de autos, con la*

*única condición que permita al juez formarse plena convicción sobre el hecho del cese efectivo de la convivencia por el lapso requerido para dar lugar al divorcio.*<sup>63</sup>

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, sigue existiendo una limitación a este respecto en la regla tercera, número siete del artículo 1º transitorio de la LMC, que indica que la prueba confesional no será suficiente para acreditar la fecha cierta de cese de convivencia. Tal limitación, permite cuestionarse una vez más acerca de la existencia del divorcio por cese de convivencia de “común acuerdo” en nuestro país.

Al respecto cabe mencionar la sentencia de fecha 03 de julio de 2006, dictada por la Corte de Apelaciones de San Miguel, la cual en la parte sumaria establece que *“las partes no acreditaron el cese de convivencia de acuerdo como lo ordena la ley, atendido a que sólo se acompañaron las declaraciones juradas en que los deponentes señalan que los cónyuges se habrían separado de hecho a contar de dicha fecha, sin dar aquellos razón de sus dichos. A mayor abundamiento los solicitantes no acompañan en juicio otras pruebas a través de las cuales se probará el cese de la convivencia. La ley de Matrimonio Civil, en su artículo 55 inciso primero, señala que: sin perjuicio de lo anterior, el divorcio será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común acuerdo y acreditan que ha cesado su convivencia por el lapso de un año. En este mismo sentido el artículo primero transitorio, disposición primera número 7, indica que la prueba confesional no es suficiente para acreditar la fecha de cese de convivencia entre los cónyuges.*<sup>64</sup>

Es más, se puede agregar lo indicado en la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de fecha 10 de mayo de 2006, la que señala que *“El cese efectivo de la convivencia conyugal por más de un año no se encuentra acreditado en el proceso. Si bien se ha llevado el documento que en su cláusula tercera deja constancia de la declaración de los cónyuges en orden a que se encuentran separados de hecho desde una fecha cierta, la cual se considerará para todos los efectos legales como cierta del cese de la convivencia, es insuficiente. En efecto, ésta sola aseveración apreciada de acuerdo a las normas de la sana crítica, no permite formarse plena convicción sobre el hecho que se pretende probar. Carece de relevancia que un notario haya autorizado firmas de los comparecientes, desde que sólo da fe sobre el hecho de que ellos han firmado el referido documento, pero no de la veracidad de las declaraciones vertidas en él. La citada declaración constituye una confesión extrajudicial de las partes que no constituye plena prueba, más aún si se considera que el artículo*

---

<sup>63</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de fecha 07 de agosto de 2006, en autos rol 1714-2006.

<sup>64</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia de fecha 03 de julio de 2006, en autos rol 393-2006.

*1 transitorio de la Ley de Matrimonio Civil 19.947, disposición tercera, número 7, hace insuficiente la prueba confesional para acreditar la fecha del cese de la convivencia entre los cónyuges.”<sup>65</sup>*

Por lo anterior, queda al descubierto que el legislador quiso poner una traba a la decisión libre de los cónyuges de terminar con su matrimonio, ya que cuando no existe una causa de aquellas enunciadas en la ley como motivos que hacen intolerable la vida en común, como ocurre en el divorcio por culpa, los cónyuges, uno o ambos, se ven obligados a acreditar estrictamente la fecha cierta de cese de convivencia.

Es más, en la sentencia de fecha 19 de junio de 2006, dictada por la Sexta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, en la parte sumaria se indica que: *“Del tenor de la ley resulta claro que el mutuo acuerdo de los cónyuges no constituye una causal de divorcio, sino sólo una circunstancia que incide en el período de cese de convivencia que será necesario justificar para que pueda ser acogida la demanda. De esta manera, aun cuando ambos cónyuges soliciten el divorcio de común acuerdo, el juicio tendrá siempre carácter contradictorio, debiendo las partes proporcionar probanzas idóneas, suficientes para formar convicción acerca del cese efectivo de la convivencia, sin que su confesión constituya prueba suficiente de esa circunstancia.”<sup>66</sup>*

Se puede concluir que cuando en la sentencia se mencionan las pruebas idóneas, se está refiriendo a aquellas pruebas mediante las cuales la ley ha exigido que se pruebe el cese de la convivencia para los matrimonios celebrados con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley. Es decir, no cualquier prueba es idónea y capaz de formar la convicción en el juez de familia acerca de este requisito.

Sin embargo, existe jurisprudencia que se inclina por aplicar un criterio menos estricto respecto a la prueba del cese de convivencia, lo anterior, se ve reflejado en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia de fecha 09 de septiembre de 2008 en la que junto con dar lugar a la declaración de divorcio revocando la sentencia del tribunal de primera instancia, en la parte sumaria, se señala que *“El cese de la cohabitación puede ser acreditado por otros medios de prueba, por ejemplo a través de testigos o acudiendo a instrumentos distintos de los enumerados por las citadas disposiciones. Y en esta parte los matrimonios celebrados con anterioridad y posterioridad a la entrada en*

---

<sup>65</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de fecha 10 de mayo de 2006, en autos rol 748-2006.

<sup>66</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 19 de junio de 2006, en autos rol 3590-2006.

*vigencia de la nueva ley de matrimonio civil no ofrecen distingos*”.<sup>67</sup> Es importante mencionar, que esta sentencia recae sobre un matrimonio celebrado en el año 2006, es decir, posterior a la entrada en vigencia de la LMC.

Con esta sentencia se abre un horizonte en materia jurisprudencial, puesto que los cónyuges de ahora en adelante podrían discutir la manera en que se les exige que prueben el cese de la convivencia, o, al menos tienen un antecedente para discutirlo. Con lo señalado se podría llegar a una importante conclusión, a saber, que perdería relevancia el diferenciar entre los matrimonios celebrados antes y después de la entrada en vigencia de la LMC para efectos del probar el cese de convivencia.

Sin embargo, existe una salvedad a lo indicado en el párrafo anterior, en orden a señalar que *“no podrá darse mérito, por ejemplo, a una prueba testimonial que sostenga que el cese ocurrió en una fecha o época anterior a aquella que aparece en alguno de los instrumentos a que se refieren los artículos 22 y 25 de la Ley 19.9647...”*<sup>68</sup>

En la misma línea de la sentencia recién mencionada, es preciso hacer referencia a la sentencia de la misma Corte de Apelaciones de Valdivia, de fecha 28 de marzo de 2012 que junto con revocar la sentencia de primera instancia y acoger el divorcio por cese de convivencia de “común acuerdo” solicitado por ambos cónyuges, señala *“que el artículo 28 de la ley 19.968, establece que en los asuntos sometidos al conocimiento de dichos Tribunales existe libertad probatoria, lo que permite a las partes probar los hechos en cada caso por cualquier medio producido, conforme a la ley. Por su parte, el artículo 29 del mismo texto legal faculta al juez para, de oficio, ordenar que se acompañen aquellos medios de prueba que, a su juicio, resulte necesario producir en atención al conflicto familiar de que se trate”*.<sup>69</sup>

Lo que resulta más novedoso del fallo recién citado, es el argumento que da para sostener su postura, en orden a señalar que *“de las normas transcritas, se desprende que para probar el hecho del cese de la convivencia no sólo resultan idóneos los instrumentos a que se refiere el artículo 22 de la ley 19.947 como se esgrime en el fallo apelado, puesto que no existe disposición expresa en la ley mencionada que*

---

<sup>67</sup> Corte de Apelaciones de Valdivia, sentencia de fecha 09 de septiembre de 2008, en autos rol 789-2008.

<sup>68</sup> Ibid.

<sup>69</sup> Corte de Apelaciones de Valdivia, sentencia de fecha 28 de marzo de 2012, en autos rol 41-2012.

*limite las probanzas sólo a determinados medios, lo cual sería atentatorio al principio de la libertad probatoria en materia de familia, y la facultad de los jueces de familia de apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica*”.<sup>70</sup>

Se destaca el argumento de fondo que se da en este fallo para defender la postura que señala que el requisito de cese de convivencia que debe cumplirse por parte de los matrimonios celebrados con posterioridad a la entrada en vigencia de la LMC y que solicitan el divorcio de “común acuerdo” o unilateralmente, puede ser probado por medios distintos a los contemplados en los artículos 22 y 25 de la citada ley, ya que va más allá de sostener que el cese de convivencia puede ser probado por medios distintos a los señalados en dichos artículos. Hace una declaración expresa señalando que si se limita la probanza sólo a dichos medios, se está atentando contra el principio de la libertad probatoria, principio rector respecto a la prueba en materias de familia y contra la facultad de los jueces del ramo para apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

Por tanto y de acuerdo a la jurisprudencia expuesta, se puede corroborar que el cumplimiento del requisito de cese de convivencia es el que permite a los cónyuges, de común acuerdo o unilateralmente, obtener el divorcio en nuestro país. En estos casos no importan las motivaciones por las cuales los cónyuges quieren ponerle término a su matrimonio, pues ellas quedan en su fuero interno. Lo relevante es acreditar los requisitos exigidos por la ley ante el respectivo juez de familia, que a su vez juega un rol relevante en “esta historia” y que será tratado en el siguiente título.

Título III: Influencia del rol del juez de familia en el juicio de divorcio por cese de convivencia

### **1.- Rol del juez en los procesos de familia**

Hoy, podría afirmarse que el juez tiene un rol especial en el proceso de familia, que lo distingue de aquellas funciones que ejecuta en los otros órdenes jurisdiccionales. Tal como lo señala el jurista Iván A. Hunter *“el rol que desempeña el juez de familia viene asignado, en primer lugar,*

---

<sup>70</sup> Ibid.



*desde el derecho material o sustantivo que regula las relaciones familiares y, en segundo lugar, que ese rol es refrendado por las leyes procesales”.*<sup>71</sup>

Es más, el señalado autor indica dos causales que sustentan este rol: *“primero que la evolución del Derecho de Familia ha trasladado la preocupación del Estado a la esfera del conflicto, momento en que el juez debe tutelar los derechos de los miembros de la familia y el consiguiente interés general envuelto en la reyerta familiar; y en segundo término, la construcción de verdaderas concepciones del derecho de familia a través de la utilización de conceptos jurídicos de contenido indeterminado, cuya contemplación le corresponde asumir a la judicatura en una tarea integrativa de los preceptos legales”.*<sup>72</sup>

Es decir, hoy en día el juez de familia asume un rol activo y no pasivo o de mero espectador. Lo anterior, se debe a los diversos hitos que han marcado las transformaciones en materia matrimonial y filiativa que han ido mutando la fisonomía original del Código Civil chileno.

Nuestra ley de Tribunales de Familia, N°19.968, acorde con la tendencia procesal contemporánea, contempla un abanico no despreciable de potestades oficiosas para el juez de familia que obedecen a las clásicas potestades formales y materiales. Entre estas potestades, se pueden distinguir dos grandes grupos reconocidos por la doctrina procesal. Por un lado, están aquellas facultades vinculadas con el *iter* procesal, es decir, meramente formales y por otro, aquellas potestades materiales. Las primeras, se agotan en la simple posibilidad de que el juez pueda tener el dominio absoluto de los tiempos procesales, con independencia a la actividad que efectúen las partes y las segundas, donde el juez puede ingresar prueba no contemplada por las partes, excluir otras tantas y aun pasar por sobre la prueba rendida por ellas.

Sumado a lo señalado en el párrafo anterior, también se le otorgan al juez de familia ciertas facultades que no se encuadran dentro de las indicadas anteriormente, en específico la potestad cautelar general del artículo 22 de la ley N°19.968 y ciertas facultades para promover la mediación y la conciliación, que están destinadas a resguardar el peligro que una sentencia puede significar para los jueces o a poner pronto remedio al conflicto mediante soluciones autodeterminables.

---

<sup>71</sup> Hunter Ampuero, Iván A., (2012), *“Las potestades probatorias del juez de familia”* AbeledoPerrot, Thomson Reuters, Chile, p. 11. <sup>71</sup>

<sup>72</sup> Ibid.

Se puede sostener entonces, que el actual proceso de familia chileno atribuye potestades oficiosas al juez.

Las facultades ligadas al *iter* procesal se relacionan con los principios del procedimiento, donde se consagra la actuación de oficio del tribunal. Es así, como el artículo 13, modificado por la ley N°20.286. dispone que “*promovido el proceso y en cualquier estado del mismo, el juez deberá adoptar de oficio todas las medidas necesarias para llevarlo a término a la mayor celeridad*”. Agrega el inciso segundo que el juez deberá dar curso progresivo al procedimiento.

Es así, como el artículo 8 numeral 15 de la ley 19.968 señala que los juzgados de familia deberán conocer y resolver las materias relacionadas con los asuntos de nulidad, separación judicial y divorcio.

Por su parte, el artículo 26 bis de la misma ley, señala que el juez de familia tendrá en las audiencias la facultad de dirigir el debate, ordenar la rendición de pruebas y moderar la discusión. A su vez, podrá impedir las alegaciones que se desvíen hacia aspectos no pertinentes o inadmisibles, siempre que ello, no limite el ejercicio de las partes de defender sus intereses.

Lo anterior, permitiría sostener que el juez de familia actualmente tiene una presencia relevante en los procesos de divorcio por cese de convivencia. Es más, dentro de las características generales del procedimiento en los juicios de separación, nulidad y divorcio, se encuentran las facultades del juez para actuar de oficio (en relación al artículo 1° del Código Orgánico de Tribunales). Es decir, el juez, en cualquier momento, puede adoptar de oficio las medidas que crea convenientes para el cumplimiento de lo anterior, así como para solucionar de la mejor manera posible las rupturas o conflictos matrimoniales.

## **2.- Facultades del juez de familia en el proceso de divorcio**

Dentro de las reglas de procedimiento contempladas en la LMC, específicamente en el artículo 88, se indica que los juicios de separación, nulidad o divorcio se tramitarán conforme al procedimiento que señale, para tal efecto, la ley sobre juzgados de familia; y sin perjuicio de lo anterior, por las reglas especiales que la ley establece en los artículos 89 a 92.

Una de las reglas a que se refiere el párrafo anterior, se aplica en los casos en que se haya interpuesto una solicitud de divorcio y el juez, en cualquier momento, advirtiera

antecedentes que revelen que el matrimonio podría estar afectado en su origen por un defecto de validez, deberá comunicarlo a los cónyuges, sin emitir opinión.

Dentro de las muchas facultades que, según se ha visto, se le otorgan al juez de familia en los juicios de divorcio, el enfoque de este título está centrado en su intervención en los juicios de divorcio por cese de la convivencia.

Para ello, en un intento arriesgado de la autora de esta investigación, se detallarán las diversas y amplias facultades que el juez de familia presenta en estos procedimientos.

Una de ellas y sin lugar a dudas, es la facultad que tiene el juez de aprobar el acuerdo regulador que deben presentar los cónyuges en el caso de la solicitud de divorcio por cese de la convivencia de “común acuerdo”. Una parte de la doctrina se inclina por señalar que esta facultad pondría en tela de juicio la calidad del acuerdo como negocio jurídico (tema que se trató en el capítulo primero de este trabajo), otra parte, estima que ello no es así, ya que el acuerdo es un negocio jurídico procesal, o sea, una especie de negocio jurídico<sup>73</sup>.

Sabido es, que existe una discusión doctrinaria respecto a si se debe o no aprobar judicialmente el acuerdo regulador. Sea cualquiera la postura que se asuma, existe consenso respecto de que el juez igualmente presenta una activa participación en este contexto. Para una parte de la doctrina será quien tiene la facultad de aprobar el acuerdo regulador y para aquella que considera que no, le reconocen de todas formas la facultad para valorar estos acuerdos. Demás está decir, que esta parte se inclina por la primera postura.

De acuerdo a lo dicho, cabe entonces hacer referencia a la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de fecha 23 de marzo de 2006 que señala que *“en la audiencia preparatoria, el juez instará a las partes a conciliación y les propondrá personalmente bases de arreglo, procurando ajustar las expectativas de cada una de las partes”*. Es decir, los tribunales de familia chilenos están comenzando a reconocer el valor de los pactos no aprobados judicialmente. Lo

---

<sup>73</sup> En apoyo de esta posición está F. DE CASTRO Y BRAVO, que define al negocio jurídico como “la declaración o acuerdo de voluntades, con que los participantes se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo en dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos”. En verdad parece relevante sólo la última parte de la definición, en la que se acepta que el negocio jurídico se pueda completar por otro acto o hecho, como en este caso es la aprobación judicial. DE CASTRO Y BRAVO F. 1991., *“El Negocio Jurídico”*; Civitas, Madrid.

anterior, sin perjuicio de que el juez debe valorar estos acuerdos, conforme a su contexto y apreciarlos de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Ahondando más profundamente en el tema, es preciso señalar que en la LMC, el convenio regulador en el divorcio se rige por las mismas reglas de la separación del artículo 55 inciso 2 que dispone *“en este caso, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que, ajustándose a la ley, regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21...”*. Este artículo se remite al artículo 21 de la misma ley, pero no señala nada respecto de las facultades del juez en la homologación del convenio en el divorcio. Es el artículo 32 inciso 2 de la LMC el que le concede facultades al juez en esta materia.

En este sentido, el artículo 31 de la LMC establece que *“al declarar la separación, el juez deberá resolver todas y cada una de las materias que se señalan en el artículo 21, a menos que ya se encontraren reguladas o no procediere la regulación judicial de alguna de ellas, lo que indicará expresamente. Tendrá en especial consideración los criterios de suficiencia señalados en el artículo 27.”* El juez utilizará los mismos criterios al evaluar el acuerdo presentado o alcanzado por los cónyuges, procediendo en la sentencia a subsanar sus deficiencias o modificarlo si fuere incompleto o insuficiente. En la sentencia el juez, además, liquidará el régimen matrimonial que hubiere existido entre los cónyuges, si así se le hubiere solicitado y se hubiere rendido la prueba necesaria para tal efecto.”. Lo que no está claro es si el artículo 21 inciso 2 de la LMC rige tanto respecto de la separación judicial como del divorcio.

La historia de la LMC no da demasiadas luces respecto de este problema. El artículo 31 inciso 1, ex artículo 32 del Proyecto, conforme al Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el Proyecto de Ley, en Segundo Trámite Constitucional indica que esta norma *“se basa en el artículo 47 de una Indicación del Ejecutivo y responde a la necesidad de resolver cabalmente las relaciones entre los cónyuges, y entre éstos y los hijos, que se encuentren pendientes, por no haber mediado acuerdo o no haber sido éste completo y suficiente”*.<sup>74</sup>

---

<sup>74</sup> Los artículos se aprobaron en forma unánime, por los Senadores CHADWICK, ESPINA, MOREIRA, ROMERO y VIERA-GALLO. Barcia Lehmann, Rodrigo (2011), *“Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia”*, Santiago, Editorial Thomson Reuters, Puntotex, p. 310.

Lo anterior, parece indicar que en caso de rechazo del convenio regulador, por incompleto o insuficiente, el juez en la sentencia debe resolver cabalmente las relaciones que den lugar al estatuto de separado judicialmente o de divorciado.

El derecho español, que fue uno de los ordenamientos en que se basó la LMC, resuelve este problema en la segunda parte del artículo 90 inciso 2 del Código Civil español. Dicha disposición establece *“que los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que éstos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del juez nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio.”*<sup>75</sup>

El artículo mencionado en el párrafo anterior, es claro y exige que la resolución que rechaza el convenio, sea fundada y sólo puede sustentarse en que el convenio regulador sea dañino para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges. El juez debe ceñirse a estos criterios y puede exigir que se le someta a su consideración una nueva propuesta.

De acuerdo a la opinión de los juristas Roca Trías y Rivero Hernández *“el juez puede suplir la voluntad de las partes en caso que no se llegue a un acuerdo.”*<sup>76</sup> Una postura contraria la adoptan autores como Vega Salas que entiende que *“los cónyuges pueden exigir materias del convenio regulador, como si los padres prefieren no regular su relación respecto de los hijos. El juez, en este supuesto, no puede entrar a resolver sobre esta materia.”*<sup>77</sup>

La doctrina chilena, hasta el momento, no ha abordado suficientemente este tema. Sin embargo, autoras como la profesora Fabiola Lathrop ha señalado que *“la aplicación jurisprudencial*

---

<sup>75</sup> La reforma introducida al Código Civil español por la ley 42/2003 le dio a este inciso su actual redacción. Antes de la referida reforma, la norma era del siguiente tenor: *“los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. La denegación habrá de hacerse mediante resolución motivada, y, en este caso, los cónyuges deben someter a la consideración del juez nueva propuesta para su aprobación, si procede.”*

<sup>76</sup> Barcia Lehmann, Rodrigo (2011), *“Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia”*, Santiago, Editorial Thomson Reuters, Puntotex, p. 310.

<sup>77</sup> Ibid.

*determinará las facultades que tienen los jueces conforme a los artículos 1, 3 inciso 2 y 3, 31 inciso 1, 36 y 85 inciso 3 de la LMC.”<sup>78</sup>*

Hay una interpretación más retrógrada del tema, basada en el artículo 31 inciso 1 y 2 de la LMC, que se inclina por indicar que el juez sólo tiene la facultad de completar el acuerdo en la separación judicial. Ello se desprendería del inciso 1 del artículo señalado que indica que “*los deberes y facultades del juez al declarar la separación y no el divorcio*”, y de la ubicación del artículo 31 en el inciso 2 denominado “del Ejercicio de la acción” que se refiere al caso de la separación.

Se sigue en esta materia las palabras del profesor Rodrigo Barcia, quien concluye “*que el juez, de acuerdo al principio de la intervención mínima del estado, no puede “per se” corregir el convenio regulador. Lo que está claro es que el juez tiene las facultades como para plantear un vía de solución, aplicando los artículos 3 y 85 inciso 2 de la LMC, que admiten la intervención judicial, pero en casos calificados. De esta forma, nos parece que el juez podría solicitar la presentación de un nuevo convenio regulador a las partes.*”<sup>79</sup>

A propósito de lo anterior, cabe preguntarse sobre las facultades que tiene el juez en el caso de que las partes no se pongan de acuerdo en las modificaciones que deben introducir al convenio regulador para ser homologado. Se entiende, que en dicho caso el juez debe dar por concluida la gestión voluntaria, a partir de lo cual, cualquiera de las partes podrá demandar el divorcio unilateral.

Por otra parte, el juez no tiene las facultades para imponer a las partes modificaciones al convenio regulador, dictando una sentencia que dé lugar al divorcio. Si el juez pudiera imponer un convenio regulador no se trataría de un divorcio por cese de convivencia de “común acuerdo”, por cuanto no habría consentimiento, ni tampoco se trataría de un divorcio unilateral por cese de la convivencia. Y se daría lugar a un divorcio anómalo, que no está contemplado en nuestro ordenamiento jurídico.

En la práctica, el juez al solicitar que se complete el convenio regulador, cita a las partes a una nueva audiencia, para que dentro de nuevo día y hora, se homologue. Esta manera de operar, junto a las demás consideraciones, pone de manifiesto la naturaleza compleja del

---

<sup>78</sup> Lathrop Gómez, Fabiola (2008), “Naturaleza jurídica del Acuerdo regulador de las Crisis matrimoniales”, Revista jurídica, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, UCES, Paraguay, Buenos Aires, p. 82.

<sup>79</sup> Barcia Lehmann, Rodrigo (2011), “Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia”, Santiago, Editorial Thomson Reuters, Puntotex, p. 311.

acuerdo regulador, lo que de acuerdo a las palabras de la profesora Laphrop “*nos lleva a confirmar que se trata de un negocio jurídico en el que la labor del juez es homologarlo, en la medida que cumpla las premisas que le exige el ordenamiento jurídico, y que da lugar al estatuto jurídico de separado judicialmente o divorciado.*”<sup>80</sup> Una vez intentado poner a las partes de acuerdo, habiendo intensión por parte de una de ellas de continuar con la separación o divorcio, el juez puede completar el acuerdo.

Por su parte y en este mismo contexto, también se ha señalado por la doctrina que el acuerdo regulador no sería convencional, ya que en él no se aplica el principio de la fuerza obligatoria de los contratos. Lo anterior, ya que si bien el acuerdo puede revocarse por la voluntad de uno de los cónyuges mediante autorización judicial, lo cierto es que algunos de los negocios jurídicos netamente patrimoniales pueden revocarse por el arbitrio de una sola de las partes, como acontece por ejemplo con el mandato. Sin embargo, en el caso del acuerdo regulador siempre se va a requerir de la autorización judicial, lo que deja de manifiesto otra de las facultades que tiene el juez de familia en este procedimiento.

Respecto a la revocabilidad del acuerdo regulador, mayoritariamente se ha sostenido que puede ser revocado por cualquiera de las partes, antes de la homologación, por medio de autorización judicial, hecho que no es tan claro en el derecho comparado. Según Fuentes Noriega “*conforme a la doctrina italiana, el convenio regulador es un contrato que no puede modificarse unilateralmente*”<sup>81</sup>. Por su parte, el autor Castro García, señala que “*para algunos, la sentencia judicial debe limitarse a revisar si el consentimiento otorgado por las partes es libre y espontáneo, ya que el convenio requiere para su validez sólo del consentimiento de las partes. Para otros, tanto el consentimiento, como la homologación son requisitos necesarios para la separación; o sea, ambos requisitos deben concurrir a la constitución de la separación*”.<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> Lathrop Gómez, Fabiola (2008), “*Naturaleza jurídica del Acuerdo regulador de las Crisis matrimoniales*”, Revista jurídica, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, UCES, Paraguay, Buenos Aires, pp. 82-86.

<sup>81</sup> Fuentes Noriega, Margarita (1986), “*La Patria Potestad Compartida en el Código Civil Español*”, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, pp. 300 y 301.

<sup>82</sup> Castro García, J. (1989), “*La intervención Judicial en la Aprobación; Modificación y Cesación del Convenio Regulador*”, Capítulo V, denominado La Intervención Judicial y del Ministro Fiscal en el Convenio Regulador, Convenios Reguladores de las Crisis Matrimoniales, Instituto de Ciencias para la Familia; line Grafics, p. 344.

En el derecho chileno la tendencia es la opuesta, por cuanto los tribunales de familia suelen aceptar la revocación, exigiendo que las partes ratifiquen el convenio en el comparendo de conciliación. En representación de una postura contraria, Jorge del Picó señala que *“la ratificación es absolutamente innecesaria, desde que el acuerdo sólo puede constar en escritura pública o acta suscrita ante el tribunal, como se desprende de los artículos 22.1º y 63 de la LMC. Nuestra legislación, en principio, sólo autoriza un examen de contenido por parte del juez en los términos que se analizarán.”*<sup>83</sup>.

Para concluir el punto y en base a lo dicho, si bien la revocabilidad antes de la homologación da cuenta de la naturaleza del convenio, cabe hacerse la pregunta ¿desde qué momento es vinculante para las partes? al respecto y considerando que sin la aprobación del respectivo juez de familia, no se puede exigir legalmente el cumplimiento del mismo, se puede afirmar entonces que será vinculante desde que el respectivo juez de familia lo aprueba y dicta sentencia al respecto.

Por su parte, el estatuto jurídico al cual se sujetan las partes mediante el acuerdo regulador es el de separado judicialmente o divorciado. Así, el acuerdo regulador es esencialmente precario en su aspecto patrimonial, y se puede modificar por decisión del juez en cualquier momento, sobre todo en cuanto a los deberes y facultades, y derechos y obligaciones que se generan en el tiempo.

Además y en base a lo dicho, el acuerdo regulador como estatuto jurídico que rige un estado civil, requiere de homologación judicial. En caso de no ser homologado, se podría convertir en una convención que puede excepcionalmente producir efectos jurídicos. Por lo que cabe preguntarse ¿cuál es el valor del acuerdo regulador no homologado judicialmente? Tal como lo ha señalado Jorge del Picó *“el convenio regulador no homologado, desde una perspectiva decimonónica, no tiene valor alguno, sobre todo si se considera al Derecho de Familia como una suerte de Derecho público o un Derecho Privado que establece derechos indisponibles.”*<sup>84</sup>

Por tanto, queda claro entonces que el acuerdo regulador puede no estar homologado en dos momentos: antes de ser homologado por el respectivo juez de familia y una vez que es

---

<sup>83</sup> Jorge del Picó Rubio (2010). *“El Derecho Matrimonial Chileno, Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago, Chile, p. 296.*

<sup>84</sup> Ibid, p. 299.



rechazado por el juez. Este último caso se produce cuando el juez no homologa este acuerdo por no ser completo o suficiente.

En el derecho comparado, específicamente en la doctrina española, se ha defendido la postura acerca de que el acuerdo regulador puede producir ciertos efectos jurídicos sin la necesidad de ser homologado por el respectivo juez de familia. Al respecto Castro García señala *“que para algunos autores la sentencia judicial debe limitarse a revisar si el consentimiento otorgado por las partes es libre y espontáneo, ya que el convenio requiere para su validez sólo del consentimiento de las partes. Para otros, el consentimiento, como la homologación, son requisitos necesarios para la separación, el divorcio y la nulidad. Sin embargo no debemos dudar que en Chile se exige que el convenio sea completo y suficiente, y no opera respecto de la nulidad.”*<sup>85</sup>

Sin embargo, si se indaga acerca de este tema en la doctrina francesa y más aún, en la ley francesa, nos encontramos con que el juez tiene la potestad de rechazar la demanda de divorcio, si el acuerdo privado no satisface los mínimos legales de responsabilidad. Como prueba de ello encontramos L'ordonnance du 12 février 1976 (la ordenanza de 12 de febrero de 1976), otorgada por el J.A.M. del Trib. De Gr. Int. de París., debido a su doble interés: por una parte, ser la primera decisión relativa al nuevo divorcio que se publicó; y por otra parte, porque planteó el problema indicado, es decir: *“L'immixtion du juge dans les intérêts privés des parties”* (la injerencia del juez en los asuntos privados de las partes).

Por otra parte, también resulta relevante destacar el rol que juegan los tribunales superiores de justicia en los asuntos de familia, quedando demostrado a través del el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción que revocó la sentencia de fecha 01 de agosto de 2006, dictada por el juez de primera instancia, que rechazó la demanda de divorcio interpuesta, y en su lugar declaró que accede a ella, dándose por terminado el matrimonio, que *“la limitación probatoria establecida en el inciso penúltimo del citado artículo 55 no rige respecto de los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 19.947, de modo que los cónyuges podrán recurrir a la prueba testimonial, como en el caso de autos, con la única condición que permita al juez formarse plena convicción sobre el hecho del cese efectivo de la convivencia para el lapso requerido para dar lugar al divorcio”*.<sup>86</sup>

---

<sup>85</sup> Ibid, p. 300.

<sup>86</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de fecha 07 de agosto de 2006, en autos rol 1714-2006.

Este cierto control que, según se ha analizado, ejerce el juez de familia respecto de los acuerdos adoptados por los cónyuges, necesita como contrapartida la existencia de ciertos medios que puedan garantizar el equilibrio entre las facultades de éste y la voluntad de las partes. Sin embargo, resulta difícil encontrar dichos medios, en un contexto en el que al juez de familia se le otorgan facultades de completitud de normas y se le asigna un rol de tutela de los intereses que subyacen en el orden público familiar.

Lo anterior, sitúa al juez de familia como protagonista en la resolución de los conflictos y en la búsqueda de la solución. Es más, si se piensa entonces en un juez con gran poder creador y definidor de la regla jurídica concreta que adjudica el caso, es porque tiene las herramientas necesarias para cumplir dicha función, ya que un juez con poderes probatorios podrá cumplir de mejor forma las misiones que le asigna la norma sustantiva.

Es más, la ley N°19.968 desde su entrada en vigencia estableció de manera expresa la potestad del juez para aportar prueba, ésta fue reforzada indirectamente con la reforma introducida por la ley 20.286 que en su artículo 11 dispone que *“el tribunal sólo podrá reprogramar una audiencia, en casos excepcionales y hasta por dos veces durante todo el juicio, si no está disponible prueba relevante decretada por el juez.”*

Por tanto, si se pretende exigir al juez de familia imparcialidad en los asuntos que le toca conocer, entendiendo por imparcialidad neutralidad, se está lejos de aquello, puesto que el juez diseñado por la Ley de Tribunales de Familia, es un juez claramente parcial. Lo anterior, por las potestades que se han mencionado a lo largo de este título. Es decir, el juez de familia chileno es un vivaz protagonista del pleito, un directo con voluntad y autonomía propia en su actuación.

Si bien a lo largo de este título se han mencionado las extensas facultades que presenta el juez de familia en materia de divorcio por cese de convivencia, es preciso también hacer referencia a que éste también tiene obligaciones. Una de ellas, es la establecida en el artículo 64 inciso segundo de la LMC, en cuanto le impone al juez de la causa la obligación de informar a las partes de la existencia del derecho a compensación económica durante la audiencia preparatoria. De manera tal que, si el juez no cumple con dicha obligación, afecta la regular marcha del procedimiento, puesto que ello implicaría desconocer el legítimo derecho de la

parte de ejercer una acción y a que ésta sea conocida y resuelta por el tribunal previsto por el ordenamiento jurídico.

En razón de lo anterior, la Corte Suprema en sentencia de fecha 22 de mayo de 2011, decide anular todo lo obrado en el caso de autos, retrotrayendo la causa al estado en que debe llevarse a cabo nuevamente la audiencia preparatoria en virtud del incumplimiento del juez de familia (primera instancia), en orden a haber declarado extemporánea la acción reconvenzional de compensación económica deducida por la cónyuge demandada de divorcio, en razón de no haber sido deducida con la antelación que dicha norma prevé para la contestación de la demanda. La Corte Suprema falla en este sentido por estimar que la decisión del juez de primera instancia es contraria al artículo 64 inciso segundo de la LMC, ya mencionado.<sup>87</sup>

Por último, se hace necesario terminar este capítulo mencionando el olvidado principio de la mínima intervención del Estado, ya tratado en el capítulo anterior, puesto que se relaciona directamente con el rol relevante que se le ha dado al juez de familia en la tramitación del divorcio.

Es decir, este principio que se incorporó como una novedad en la nueva legislación de familia en Chile, cuyo propósito era que el Estado interviniera lo menos posible, es más, sólo cuando fuera estrictamente necesario, no se ve reflejado en la práctica con todo lo ya expresado en los párrafos anteriores.

Por tanto, es posible afirmar que en la tramitación del divorcio por cese de convivencia el juez de familia tiene un rol trascendente y su intervención, en ningún caso, puede ser considerada como mínima.

---

<sup>87</sup> Corte Suprema, sentencia de fecha 23 de mayo de 2011, en autos rol 1413-2011.

### CAPÍTULO III

#### **DIVORCIO POR CESE DE CONVIVENCIA EN EL DERECHO COMPARADO**

##### Título I: Divorcio por cese de convivencia en España

Como es sabido, las leyes por las que se promulgó el divorcio en España datan del siglo pasado, la primera del año 1932 y la segunda del año 1981. *“La trayectoria de la aplicación de la ley de divorcio de 1981, hasta su modificación en el año 2005 muestra un grado de madurez y de tolerancia inexistente en la etapa anterior, tanto de las fuerzas político-sociales del país como de los ciudadanos.”*<sup>88</sup>

La ley de divorcio de 1932, se estableció como una ley moderna para su época que contemplaba una serie de causas de divorcio, pero que no introdujo la aprobación del repudio unilateral por parte de la esposa como algunos pretendieron en algún momento.

Tras la derogación de la ley de 1932 en todo el territorio nacional, al finalizar la contienda civil, se restauró el mantenimiento del matrimonio canónico. El artículo 42 del Código Civil retornó protagonismo a este tipo de matrimonio y los Tribunales Eclesiásticos se convirtieron en el centro de resolución de los conflictos de los efectos primarios del matrimonio.

El matrimonio civil quedó reservado para los no católicos y el sistema matrimonial español fue oscilando en la práctica entre un sistema de matrimonio civil subsidiario y un sistema de matrimonio civil facultativo en función de los cambios de la política de turno.

La apertura de fronteras con el turismo, la gestación de la democracia, las relaciones Iglesia-Estado y la Constitución de 1978, entre otras causas, generaron un cambio sensible en materia matrimonial y familiar en relación a épocas pasadas.

El cambio se materializó al darle la posibilidad a los ciudadanos de poder solicitar el divorcio civil en 1981, independientemente de la forma en que hubieren celebrado su matrimonio.

---

<sup>88</sup> Souto Paz, José Antonio (2008), *“El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España”*, estudios en honor del profesor Víctor Reina Bernáldez, Departamento de Derecho Eclesiástico del Estado, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Granada, p. 93.

Por su parte, es preciso mencionar que la ley de divorcio de 1981, Ley/30 de 07 de julio, se gestó en un clima de consenso, similar al que permitió la promulgación de la Constitución de 1978, que en su artículo 32.2. dispuso que “*La ley regulará las formas de matrimonio, edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos*”.

Fue así como a través de la ley 30 de 1981 el legislador español volvió a posibilitar el divorcio en España. Siguiendo la tendencia del resto de los países occidentales, pretendió establecer un divorcio remedio más que un divorcio-sanción e introdujo la posibilidad de separación y del divorcio consensuado. Sin embargo, era necesaria la separación previa, de hecho o de derecho, para obtener la declaración de divorcio.

En las discusiones de la ley 30/1981 se hicieron numerosas referencias a la concepción del divorcio-remedio. No obstante, el legislador rechazó tanto el modelo francés de tipificar diversos casos de divorcio, como el modelo inglés de una causa genérica única concretizada en hechos específicos. Para el Código Civil español, salvo una hipótesis residual de divorcio por condena criminal, la quiebra del matrimonio venía comprobada por un elemento objetivo y susceptible de comprobación judicial, a saber, la separación de cuerpos que el texto legal conceptualizaba como la cesación efectiva e ininterrumpida de la convivencia entre los cónyuges. Hay, finalmente, una combinación de ambos criterios: hechos culpables unidos a un plazo de separación.

No obstante, en esta ley, al igual que en la de 1932, no se contemplaba la opción de obtener un divorcio sin causa, a diferencia de la ley 15 de 2005 que establece dicha posibilidad para ambos cónyuges.

Más de 60 años tuvieron que transcurrir desde la promulgación de la primera ley de divorcio española y 25 desde la segunda, para que entrara en vigencia la ley 15/2005, de 08 de julio, a la que se conoce como la ley del divorcio express.

Dicha ley introduce una serie de modificaciones significativas, entre ellas, la de permitir a cualquiera de los cónyuges por decisión propia y voluntad solicitar unilateralmente y sin causa alguna, la separación y/o el divorcio (artículos 81 y 86). “*Se modifica en definitiva la naturaleza*

*jurídica del matrimonio convirtiéndolo en un contrato dispositivo al igual que las uniones matrimoniales de hecho.*<sup>89</sup>

Si bien es cierto que la separación y el divorcio sin causa evitan a nivel procesal una buena parte de la problemática y del costo que supone cualquier juicio en sus distintos niveles psicológico, económico, temporal, etc. Quizás cabría preguntarse qué podría implicar o derivarse de esta normativa.

Por una parte, el contenido de las obligaciones de los cónyuges parecen quedar desprovistas de cualquier obligatoriedad y se deja desprotegida a la parte más débil de la relación, al privársela de una posibilidad de presión para su defensa, puesto que la actuación judicial se reduce a un mero trámite en lo que a los efectos primarios de la resolución se refiere.

No resulta necesario ningún incumplimiento de los deberes matrimoniales o familiares para divorciarse. Basta con presentar la solicitud para que el juez tenga que resolver el vínculo jurídico matrimonial, si se cumplen los únicos requisitos exigidos legalmente consistentes en haberse casado en un período de tiempo anterior a los tres meses, salvo caso de violencia.

El efecto principal del matrimonio se disuelve por la mera voluntad de cualquiera de los cónyuges, por imperativo legal, convirtiéndose el juez en este caso en mero ejecutor legal de la voluntad uni o bilateral de las partes.

Por tanto, más que estar frente a un acto de decisión judicial estaríamos ante un acto meramente administrativo en el que tras comprobar el acta matrimonial y el tiempo transcurrido, el juez es mero ejecutor de la decisión de las partes.

Se puede afirmar entonces, que esta reforma divorcista estuvo más orientada hacia las necesidades futuras de la nueva institución matrimonial que a remediar los problemas derivados de la familia tradicional formada por el padre, la madre y la descendencia biológica o adoptada.

Es más, con esta ley lo que se hizo fue pura y simplemente eliminar las causas de separación y de divorcio, ya que tal como se dijo anteriormente, para que procedan no hay

---

<sup>89</sup> Souto Paz, José Antonio (2008), *“El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España”*, estudios en honor del profesor Víctor Reina Bernáldez, Departamento de Derecho Eclesiástico del Estado, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Granada, p. 100

nada que alegar ni que probar, sino que simplemente hay que pedirlos, sin que al órgano jurisdiccional interpelado le quepa la posibilidad de desestimar la demanda.

De manera que no cabe duda que con esta ley se abandona el sistema mixto de separación causal y disolución del vínculo por divorcio –remedio o divorcio-quebra en el que se movía la ley 30/1981. Hoy ya en ningún caso cabe hablar de divorcio sanción. No falta quien denomina el sistema actual como divorcio express o como divorcio repudio.

Se trata de un sistema que habría que calificar como de “libre ruptura”, tras los tres primeros meses de matrimonio y caracterizado por la inexigibilidad de causa. La regla es que no hay que incluir en las demandas de separación o divorcio mención alguna de las razones por las que el matrimonio haya entrado en crisis.

Con este sistema indudablemente se aligera y abrevia en buena medida el trámite y por lo mismo, su costo tanto emocional como económico.

De manera tal, que la ley 15/2005 que modificó la ley de 1981, estableciendo el divorcio sin causa, dio un vuelco en trescientos sesenta grados tanto al matrimonio como a la familia.

Para concluir este título, cabe efectuar un breve paralelo entre el tratamiento que al divorcio se le da en el ordenamiento jurídico español y al que se le da al divorcio por cese de convivencia en el ordenamiento jurídico chileno.

Como ya se mencionó, hoy en el derecho español se admite la figura del divorcio express, la que implica poder obtener el divorcio de manera conjunta o unilateral sin que sea necesario expresar causa o razón alguna. Lo único que se exige es que se acredite que han transcurrido más de tres meses de la celebración del matrimonio. Verificado lo anterior, el juez debe limitarse a dar lugar al divorcio. Con lo señalado, quedan en el más absoluto pasado las figuras del divorcio sanción o por culpa y las figuras del divorcio por cese de convivencia.

En Chile, en cambio, las figuras del divorcio por culpa y del divorcio unilateral y de común acuerdo por cese de convivencia, son las únicas formas de divorcio contempladas en la LMC. Con lo anterior, queda en evidencia que nuestra legislación de familia, que recién admitió esta clase de divorcio en el año 2004, ya estaba quedando obsoleta en España un año después,

con lo que sólo se puede admitir que pasarán muchos años antes de que en Chile se admita un divorcio similar al express.

Por último, tal como se señaló en párrafos anteriores, en España por medio de la Ley 15/2005 el juez actúa como un mero ejecutor de la decisión de las partes en los procesos de divorcio, mientras que de acuerdo a lo contemplado en la LMC chilena, el juez asume un rol trascendente en los juicios de divorcio por cese de convivencia, ya que es él a quien corresponde verificar el cumplimiento estricto de los requisitos legales por parte de los cónyuges para la obtención del mismo.

## Título II: Divorcio por cese de convivencia en Francia

El divorcio es una institución antigua en Francia. Fue incorporado a través de la ley de 20 de septiembre de 1792, dictada bajo los ideales de la Revolución y luego acogido con más reparos por el Code de 1804. De ahí en adelante, ha pasado por “altos y bajos”, es decir, por aboliciones, legalizaciones, restricciones y liberación.

En 1975 se introduce una reforma al divorcio por medio de la Ley número 75-617 de 11 de julio. Esta ley introdujo las actuales disposiciones, que fueron incorporadas en los artículos 229 y siguientes del Código Civil.

La ley citada en el párrafo anterior, pretendió solucionar un problema legislativo y además hacerse cargo de las modalidades del procedimiento, el rol asignado al juez y los efectos respecto de los hijos y del patrimonio. Hay dos variables fundamentales en esta reforma, la necesidad de liberalizar el divorcio y humanizar su procedimiento. El problema de la antigua ley era su marcada tendencia al divorcio sanción y que por la falta del divorcio por mutuo consentimiento, se recurría con cierta hipocresía a enmascarar un acuerdo por medio de las causales que la ley establecía.

A través de esta ley, según las palabras del profesor Corral Talciani “*el legislador francés entendió acoger también los principios del divorcio-remedio, pero, queriendo ser realista, estimó pertinente contemplar a la par el divorcio consensual y el divorcio por culpa*”.<sup>90</sup>

---

<sup>90</sup> Corral Talciani, Hernán (2005) “*Derecho y derechos de la familia*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 147.



Acorde con lo señalado en el párrafo anterior, resulta muy ilustrativo las opciones legislativas adoptadas por el profesor Jean Carbonnier quien opinaba que *“era necesario instaurar el divorcio por mutuo acuerdo para suprimir la comedia que representaban, bajo la anterior legislación, que no lo permitía, los juicios simulados de divorcio por culpa, lo que desacredita a la justicia”*.<sup>91</sup>

Agrega el mismo autor *“se sabe que la conciencia popular persiste en estimar en términos de culpabilidad y resolver en términos de sanción los conflictos conyugales; por ello sería comprometer gratuitamente la recepción de la reforma en la nación que desconociera la fuerza de estos reflejos elementales.”*<sup>92</sup>

Desde de la reforma del año 1975, el divorcio puede obtenerse por el mutuo consentimiento de los cónyuges, a diferencia de la situación anterior, en donde la figura era contenciosa y suponía un litigio. De esta forma, el actual artículo 229 del Código Civil francés reconoce tres grupos de causales: a) Divorcio por consentimiento mutuo; b) Divorcio por ruptura de la vida en común; y c) Divorcio basado en la culpa de uno o ambos cónyuges.

En referencia al divorcio por consentimiento mutuo, se puede indicar que éste ha sido la causa preferida, sin lugar a dudas, del sistema normativo creado a partir de la ley número 75-617. En palabras de Jacquet *“el legislador francés parece pensar que los cónyuges son los mejores jueces para resolver sobre el quiebre de la relación conyugal”*.<sup>93</sup>

En cuanto a la situación de los divorcios por consentimiento mutuo, o para otros denominados divorcios no contenciosos, el legislador ha diferenciado lo siguiente:

- Divorcio por demanda conjunta: Cuando ambos cónyuges demandan el divorcio no están obligados a dar a conocer la causal, es más, los cónyuges pueden mantenerla en secreto. Así lo establece el artículo 230 del Código Civil *“cuando los esposos solicitaren conjuntamente el divorcio no necesitarán exponer la causa; deben únicamente someter a la aprobación del Juez un proyecto de convenio que regule sus consecuencias”*. Inclusive, de acuerdo a lo señalado en el artículo 230 del Código, el abogado/a que patrocine el divorcio puede ser uno, elegido de común acuerdo entre los cónyuges.

---

<sup>91</sup> Carbonnier, Jean (1975), *“La cuestión del divorcio. Mémoire à consulter”*, Recueil Dalloz-Sirey, chr., p. 117.

<sup>92</sup> Ibid., p. 118.

<sup>93</sup> Jacquet, Jean-Michel (1984), *“Le rôle de la cause dans le nouveau droit français du divorce”*, Revue trimestrielle de Droit Civil, Francia, p. 643.

La única restricción que impone la ley respecto a esta causal es que no procede durante los primeros seis meses del matrimonio. En este caso, el juez declara el divorcio si adquiere la convicción de que la voluntad de los cónyuges es real y que ambos han otorgado libremente su consentimiento. En referencia a este punto Jacquet ha señalado que se trata “*en verdad de un divorcio no causado, más que de una hipótesis en que la causa del divorcio es la misma voluntad de los cónyuges.*”<sup>94</sup>

Cumplido lo señalado anteriormente, los cónyuges deben presentar ante el juez un convenio temporal y un proyecto de convenio definitivo, lo más completo posible. El juez fija una audiencia para lograr la conciliación y confirma el convenio temporal pudiendo sólo sugerir y no imponer modificaciones respecto de la situación de los hijos. Lo anterior, de acuerdo al artículo 253 inc. 2º del Código Civil.

En dicha audiencia además, el juez les pregunta a los cónyuges si persisten en el deseo de divorciarse, indicándoles a la vez que dicha demanda debe ser renovada transcurrido un plazo de reflexión de tres meses. Si pasados éstos, transcurren otros seis meses sin que la primitiva demanda haya sido renovada, aquella se tendrá por caducada.

Según el artículo 255, el juez puede autorizar recibir separadamente a los cónyuges, atribuir el goce de la vivienda y el mobiliario, ordenar la entrega de ropa y objetos personales, fijar la pensión alimenticia y los dineros para costas judiciales e incluso conceder anticipos sobre su participación en la comunidad. Decide sobre la custodia y régimen de visita de los hijos menores.

De acuerdo al artículo 247 todo el procedimiento se ventila ante un mismo juez, el delegado de asuntos matrimoniales.

En la sentencia judicial en que el juez declara el divorcio debe homologar la convención reguladora de los efectos del divorcio. Es decir, el rol del juez en este caso es valorar la equidad del proyecto, ya que de acuerdo al artículo 232 inciso 2º del Código Civil sólo puede rechazar la demanda si constata que esta convención no preserva suficientemente los intereses de los hijos o de alguno de los cónyuges.

---

<sup>94</sup> Ibid., p. 618.

Aquí aparece una importante diferencia con el divorcio por cese de la convivencia de “común acuerdo” en Chile, en que la solicitud de divorcio que se presenta ante los tribunales de familia debe ser patrocinada al menos por dos abogados/as, que representen a los cónyuges respectivamente.

- Divorcio por demanda aceptada: de acuerdo al artículo 233 del Código Civil, uno de los cónyuges puede demandar al otro invocando un conjunto de hechos de cualquiera de los dos, que hacen intolerable la vida en común. Si el cónyuge demandado reconoce los hechos ante el juez, la sentencia no entra a repartir las culpas y el divorcio producirá los mismos efectos que el divorcio por culpas compartidas, que se analizará más adelante.

Este caso, no es un divorcio por mutuo consentimiento propiamente tal, ya que no se trata de un acuerdo organizado en base a la voluntad de los cónyuges que de paso a la disolución, sino que es un evento en que es el mismo tribunal quien determina sus efectos.

En términos generales, se trata del caso en que los esposos no logran un acuerdo global y uno de ellos se resigna al divorcio dejando la iniciativa al otro.

Según lo establece el artículo 59 del decreto del 05 de diciembre de 1975, la iniciativa pertenece a uno de los cónyuges que expone los hechos “que hacen intolerable la vida en común” esforzándose por describir objetivamente la situación conyugal, sin tratar de calificar los hechos ni de imputarlos a uno u a otro cónyuge.

Luego, el juez convoca a las partes para pedirles ya sea confirmar lo expuesto, o hacer un último intento de reconciliación. Si hay confirmación, dicta una ordenanza señalando la existencia del doble reconocimiento y resuelve las medidas provisionales respecto de los cónyuges y los hijos, si los hay. Más tarde se abre un período de emplazamiento de seis meses que se desarrolla ante el tribunal con el solo objeto de definir los efectos del divorcio.

Por su parte, en caso de que el cónyuge demandado no reconozca los hechos, el juez no podrá declarar el divorcio por esta causa.

Este tipo de divorcio, fue bien acogido ya que presenta una rapidez superior a la del divorcio por demanda conjunta, ya que en este caso no hay plazo de reflexión de tres meses.

- Divorcio por acuerdo logrado durante el juicio: este tipo de divorcio suele ser llamado “sistema de la pasarela”: Se da en el caso de invocarse una causa distinta al mutuo consentimiento, pero durante el proceso (aun sin dictación de sentencia), los cónyuges llegan a acuerdo sobre su divorcio y le solicitan al tribunal que constate su consentimiento. En tal evento, se aplican las reglas del divorcio por demanda conjunta que ya se mencionó.

De acuerdo a lo anterior, un requisito indispensable para que opere este tipo de divorcio es que en el juicio en cuestión no se haya producido una resolución que afecte al fondo del litigio.

Se le denomina por la doctrina “sistema de pasarela”, puesto que con él, queda patente la marcada preferencia del legislador francés por el divorcio consensual.

Existe además, otro tipo de divorcio en el derecho francés y es el llamado divorcio por ruptura de la vida en común.

El divorcio por ruptura de la vida en común procede en el caso de la separación de cuerpos y de enajenación mental. En consecuencia, basta que se constaten cualquiera de estos dos hechos y los cónyuges esperen el transcurso del plazo de 6 años.

Frente a la causal del artículo 238 que se refiere a las alteraciones mentales, se produce un dilema moral en punto a no abandonar al cónyuge enfermo y la legítima necesidad del otro de rehacer su vida.

El artículo 240, aplicable tanto a la variable de la separación de hecho como a la alteración de las facultades mentales, establece un medio de defensa conocido como “cláusula de dureza”.

La “cláusula de dureza” consiste en la posibilidad que se le da al otro cónyuge de probar que el divorcio acarrearía consecuencias morales o materiales de una dureza excepcional considerando la edad de éste cónyuge, la de los hijos o la duración del matrimonio. El tribunal será el que valore esta dureza excepcional y podrá, si lo estima conveniente, rechazar la petición del divorcio.

El cónyuge que solicita este divorcio debe asumir todas las cargas y en la demanda ha de precisar los medios por los cuales cumplirá sus obligaciones respecto de su cónyuge e hijos.

Por su parte, la separación de cuerpos a la que alude el artículo 237, se compone de un elemento material, vivir separadamente en residencias distintas, y de un factor intencional, la voluntad de al menos uno de los cónyuges de no vivir juntos.

Carbonnier, respecto a este tipo de divorcio, ha señalado que *“la ley debía rechazar la causa objetiva de ruptura como principio general porque ella siempre lleva envuelta la reintroducción del principio de la culpa y, además, porque si el juez intenta verificar el quiebre del matrimonio, puede encontrar que la demostración más persuasiva de que ha fracasado es la voluntad unilateral de romper que manifiesta uno de los cónyuges, pero entonces se topa con el divorcio-repudio, tragedia para el cónyuge, objeto de horror para nuestras sociedades occidentales.”*<sup>95</sup>

Los otros tipos de divorcio que se encuentran regulados en el derecho francés, ya no dicen relación con el mutuo acuerdo o el cese de la convivencia, sino que con la culpa de uno de los cónyuges. El divorcio por culpa se entiende que puede serlo por culpa exclusiva o por culpas compartidas. Sin embargo, no cabe ahondar mayormente sobre este tipo de divorcio en esta investigación.

Ahora, buscando efectuar un breve paralelo entre lo dispuesto por el ordenamiento jurídico francés y el chileno en torno a la regulación del divorcio por cese de convivencia, se puede apreciar lo siguiente.

En el derecho familiar francés se contemplan tres tipos de divorcio que dicen relación con el cese de la convivencia y el mutuo acuerdo de los cónyuges. En primer término se regula el divorcio por mutuo consentimiento, que a su vez se sub clasifica en divorcio por demanda conjunta, por demanda aceptada y por acuerdo logrado durante el juicio.

En referencia al divorcio por demanda conjunta, se ha sostenido que se trata de un divorcio “incausado” puesto que ninguna causa se les exige invocar a los cónyuges. Como ya se señaló, en la tramitación de este divorcio, ambos cónyuges pueden ser representados por el mismo abogado/a y deben acompañar un convenio regulador de sus relaciones y de sus hijos,

---

<sup>95</sup> Corral Talciani, Hernán (2005), *“Derecho y derechos de la familia”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 150.

si los hay. La única restricción para invocarlo es que no procede durante los primeros seis meses del matrimonio y que durante su tramitación, los cónyuges deben esperar un plazo de reflexión de tres meses.

Señalado lo anterior, se pueden empezar a vislumbrar las diferencias que presenta el divorcio por demanda conjunta con el divorcio por cese de la convivencia de “común acuerdo” chileno, ya que en la regulación de este último, la causa es justamente la voluntad conjunta de los cónyuges en orden a querer ponerle término a su matrimonio y el cese de convivencia de un año, de manera tal, que se trataría de un divorcio “causado”. En segundo término, en Chile los cónyuges aunque lo soliciten conjuntamente, deben ser representados cada uno por su respectivo abogado/a. Por último, en Chile ya se anunció que los cónyuges deben acreditar el plazo de un año de cese de convivencia para obtenerlo, plazo que en el derecho francés no se exige, puesto que como ya se advirtió, sólo se les pide a los cónyuges que no inicien el trámite de divorcio antes de los seis meses de haber contraído matrimonio y que esperen un plazo de reflexión de tres meses, que en Chile no figura.

En referencia al divorcio por demanda aceptada, en el que uno de los cónyuges invoca hechos que hacen intolerable la vida en común y el otro los reconoce, se podría señalar que en el derecho familiar chileno, no existe tal figura, puesto que la regulación del divorcio por cese de convivencia de “común acuerdo” es una, a la que ya se hizo referencia en párrafos anteriores. La figura más cercana podría ser el divorcio unilateral por cese de convivencia, en el que el cónyuge demandado podría allanarse a la solicitud de divorcio del otro. Sin embargo, igualmente para haber podido demandarlo tendría que haber cumplido con el plazo de cese de convivencia de tres años, lo que se aleja absolutamente de esta figura del derecho francés en que no se exige ningún plazo.

Haciendo alusión al divorcio por acuerdo logrado durante el juicio “sistema de pasarela”, que se da en los casos no previstos anteriormente y que como ya se anunció, se rige por las mismas reglas del divorcio por demanda conjunta se trata de una figura no contemplada en la LMC chilena, ni en relación a sus particulares características ni en base a su regulación.

Por último y apartándome de la sub clasificación del Divorcio por consentimiento mutuo, encontramos el Divorcio por ruptura de la vida en común, en el que como se señaló, se

debe acreditar la enajenación mental de uno de los cónyuges o separación de cuerpos habiendo transcurrido seis años, se trata de una figura no tratada en el derecho familiar chileno.

Es más, el ordenamiento jurídico francés ha sido pionero en lo que a la regulación del divorcio vincular se refiere, se presenta como un derecho innovador en materia de familia, ya que como se ha podido apreciar incluye un abanico considerable de soluciones pacíficas y consensuadas por los cónyuges para ponerle término al matrimonio, camino que aún le queda mucho por recorrer a la legislación familiar chilena, en la que es el cumplimiento del requisito objetivo de cese de convivencia el que en la mayoría de los casos pone fin al matrimonio y no precisamente la voluntad y libertad de los cónyuges.

### Título III: Divorcio por cese de convivencia en Argentina

El Código Civil argentino en su redacción original, instituyó el divorcio-sanción, aunque sin admitir la disolución del vínculo matrimonial. *“En este punto el autor Vélez Sársfield siguió la ruta trazada por las leyes de Partidas, el Esboço de Freitas y el Proyecto Español de 1851, que recogieron las normas medievales del derecho canónico.”*<sup>96</sup> Así, el primitivo artículo 200 del Código Civil argentino disponía *“No hay divorcio por mutuo consentimiento de los esposos. Ellos no serán tenidos por divorciados sin sentencia del juez competente”*.

Posteriormente, la ley 2393 de 1889 no introduce modificaciones sustanciales. Las causas del divorcio limitado se tipifican de manera similar, sólo agregando la provocación de uno de los cónyuges al otro de cometer adulterio u otros delitos, la sevicia, las injurias graves y el abandono voluntario o malicioso. Esta ley prohíbe el divorcio absoluto en su artículo 66, en términos idénticos al artículo 200, ya mencionado.

Más tarde, la ley 14.394 de 1954 permite que los divorciados puedan casarse nuevamente. Posteriormente, la ley 17.711 de 1968 organizó la separación por presentación conjunta tras la incorporación del artículo 67 bis a la ley 2393, reemplazando el artículo 66 por el siguiente *“No hay divorcio sin sentencia judicial que lo decrete”*.

---

<sup>96</sup> Bossert, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A. (2016) *“Manual de Derecho de Familia”*, Séptima Edición actualizada, Buenos Aires, Tomo 2, p. 9.

En 1986, la Corte Suprema se vio obligada a resolver sobre la constitucionalidad de esta figura de divorcio, en cuanto inhabilitaba a los cónyuges a contraer matrimonio. Por tres votos contra dos, la sentencia se pronunció por la inconstitucionalidad de la norma.<sup>97</sup>

Como respuesta a esta decisión, el divorcio se consagra en el derecho argentino con la entrada en vigencia de la ley 23.515 de junio de 1987, que introdujo en el Código Civil la figura del divorcio, al cual se reconoce ahora eficacia disolutoria del matrimonio.

Las causas del divorcio de acuerdo a dicha ley advertían tres vertientes: a) la comprobación de las culpas en uno de los cónyuges; b) la falta de convivencia (comprobada a través de una sentencia de separación que se convierte en divorcio o de un plazo de simple separación de hecho) y c) el mutuo acuerdo, que se restringe para los casos en que los cónyuges invoquen razones graves que hacen intolerable la vida en común.

En referencia al divorcio por cese de la convivencia, dos eran las formas por las que procedía este tipo de divorcio:

- Por separación de hecho: Se requería una separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años (art. 214 inc. 2).

Es sabido los reparos que mereció, por parte de cierta doctrina, el hecho de que el ordenamiento matrimonial regule la separación de hecho como causal autónoma de divorcio. *“Se afirmó que el reconocimiento de esta causal era una manera de introducir el divorcio por voluntad unilateral de uno de los cónyuges, obligando al esposo inocente a aceptar el divorcio articulado. La repulsa se orientó, menos a los casos de divorcios que emergían de separaciones de hecho previas concretadas de mutuo acuerdo, que a los supuestos de hecho en que el cónyuge abandonante, por este medio, se desligaba de los deberes que surgen del matrimonio.”*<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> Sentencia de 27 de noviembre de 1986 (Caso “Sejean”). Una reseña de la sentencia en sus votos de mayoría y minoría en SAMBRIZZI, EDUARDO (1999) “Separación personal y divorcio”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, t. II, pp. 107 y ss.

<sup>98</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aida, “Separación de hecho entre cónyuges”, p. 23; Belluscio, “Manual de derecho de familia”, T. I, p. 389; Expresiones de Méndez Costa, en el senado de la Nación, DSS, 7 y 8/5/87, p. 346; Goyena Copello, “las causales de divorcio proyectadas”, LL, 1986-E-1030.



Otra parte de la doctrina, entre ellos Morello, frente a los reparos señalados en el párrafo anterior, argumentó que *“en este caso de lo que se trata es de reconocer una situación fáctica, un dato de la realidad: que el matrimonio, que presupone la convivencia, no existe en los hechos cuando los esposos no permanecen unidos, y que la unión carecería de contenido vital, y la ley, en suma, no haría más que formalizar lo que evidencia esa realidad (que los cónyuges ya se han divorciado por sí mismos).”*<sup>99</sup>

Se entendía que una vez configurada la causa objetiva antes mencionada, el transcurso del plazo legal de tres años de separación de hecho haría proceder el divorcio por mera petición unilateral del cónyuge solicitante, cualquiera sea la actitud que adopte el otro.

De todas maneras, cabe señalar que le estaba vedada al cónyuge la posibilidad de hacer funcionar la causal del artículo 214 inc. 2º, como exclusivamente objetiva, en el sentido de impedir que se ingrese en el terreno de la indagación de conductas, si no cuenta con la conformidad, expresa o tácita, del otro. *“Éste tendrá en todos los casos la herramienta procesal de poner en marcha el sistema de la inculpación con el juicio de reproche consiguiente.”*<sup>100</sup>

- Por conversión de la sentencia firme de separación: Si lo pedían ambos cónyuges, se declaraba el divorcio transcurrido un año desde la sentencia firme de separación que se haya dictado por las causas de los artículo 202 (hechos imputables a un cónyuge), 204 (interrupción de la cohabitación sin voluntad de unirse por más de dos años) y 205 (mutuo acuerdo).

Al respecto, una corriente doctrinaria que tuvo acogida en algunos pronunciamientos, denegó la posibilidad de que los cónyuges requieran su divorcio, basado en el artículo 214 inc. 2, a través de una presentación conjunta o en un mismo escrito que contenga la demanda del actor y la respuesta del accionado allanándose a la petición del primero.

Sin embargo, pareció imponerse la postura adversa. *“Así, se ha admitido que los cónyuges pidan su divorcio por separación de hecho en un escrito común de presentación conjunta. También, desde luego,*

---

<sup>99</sup> Morello, *“Separación de hecho entre cónyuges”*, p. 170; Zannoni, *“La separación de hecho como causal de divorcio”*, en Estudios en homenaje al doctor Guillermo A. Borda”, p. 364 y ss.; expresiones de Grosman, en el Senado de la Nación, DSS 7 y 8/5/87, p. 348.

<sup>100</sup> Bellusio, Augusto Cesar (1992), *“Manual de derecho de Familia”*, T.I, ob. cit. Gómez, *“Pretensión de divorcio-remedio “versus” pretensión de divorcio-sanción”*, ED, Santa Fe, pp. 142-958.

*mediante un escrito principal suscrito por quien asume la calidad de actor, y la inserción en un “otrosí” de aceptación y reconocimiento de los hechos por su cónyuge a título de demandado.* <sup>101</sup>

Si lo pedía unilateralmente uno de los cónyuges, el plazo se alargaba a tres años desde la sentencia firme de separación, la cual podría haberse dictado, además de por las causas ya señaladas, por las del artículo 203 del Código Civil (alteraciones mentales graves y permanentes, alcoholismo o adicción a las drogas por parte del otro cónyuge), según lo señalado en el artículo 216 en relación al artículo 238.

En ambos casos, el juez carecía de facultades para calificar la realidad del quiebre del matrimonio.

Por su parte, en referencia al divorcio por mutuo acuerdo, los cónyuges en presentación conjunta podían manifestar al juez que existían causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su divorcio vincular. Para ello debían haber transcurrido tres años de la celebración del matrimonio (artículo 215).

Tal como lo señaló el profesor Mazzinghi *“en la práctica, ... la cuestión queda librada a la consciencia del juez, cuya estimativa será fundamental para que la acción progrese o no, según valore la gravedad de las causas aducidas. Por otra parte, dada la imposibilidad de manejarse con otros datos que los aportados por las partes, el control sobre la verdad de los hechos es imposible.”*<sup>102</sup>

Por su parte señaló Zannoni que *“la práctica de los tribunales argentinos termina por confirmar que la expresión de causas no queda sino en las palabras y que el control que se atribuye al juez carece, a la postre, de sustento fáctico.”*<sup>103</sup>

El sistema mencionado en los últimos párrafos rigió hasta el 31 de julio de 2015, puesto que a partir de dicha fecha el nuevo Código Civil y Comercial admiten el divorcio por voluntad

---

<sup>101</sup> Borda, Guillermo A. (1993) *“Tratado de derecho civil: Familia”*, Abeledo Perrot, novena edición, T. I, Buenos Aires, p. 450.

<sup>102</sup> Mazzinghi, Jorge Adolfo (1996), *“Derecho de Familia”*, Abaco, tercera Edición, Buenos Aires, T. III, p. 224.

<sup>103</sup> Zannoni, Eduardo (1998), *“Derecho de familia”*, Astrea, Tercera Edición, Buenos Aires, T. II, pp. 135-136.

de una sola de las partes. Lo anterior, en virtud de la reforma introducida por la ley 26.994 que empezó a regir el 01 de agosto de 2015.

Se hace preciso señalar entonces, que a partir de la entrada en vigencia de la ley recién mencionada, que reformó el Código Civil y Comercial Argentino, aparece por primera vez la figura del llamado "divorcio express". De manera tal, que a partir del 01 de agosto de 2015, las personas pueden formular una petición de divorcio sin la necesidad de contar con el consentimiento del otro cónyuge. La persona que peticona el divorcio debe limitarse a acreditar la existencia del matrimonio (mediante la exhibición del acta o partida de matrimonio) y acompañar una propuesta reguladora de los efectos del divorcio. Esta propuesta debe contener las previsiones respecto a cómo se liquidarán los bienes, a quién se le atribuirá el uso de la vivienda familiar y el cuidado de los hijos menores de edad.

De manera que ya no hay plazo de espera para poder divorciarse. Antes, para poder iniciar un divorcio, debían pasar 3 años desde la fecha de celebración del matrimonio.

A partir de esta nueva normativa, y tal como se señaló, el divorcio se puede iniciar de manera unilateral. No hace falta que el otro cónyuge coopere para poder avanzar en el trámite. De esta forma el cónyuge no interesado, ya no puede dilatar la cuestión y evitar así el divorcio. Antes podía iniciarse de manera unilateral, pero la no notificación, o el rechazo de las causales por parte del otro cónyuge, podían dilatar la cuestión por tiempo indeterminado. En cambio ahora, con el divorcio express unilateral, pase lo que pase, la disolución del vínculo se alcanzará si existe voluntad de al menos una de las partes.

Como ya se advirtió en párrafos anteriores, si los cónyuges tienen hijos menores en común y/o bienes a dividir, deben presentar ante el juez una propuesta sobre cómo resolver cuestiones tales como, tenencia, régimen de visitas y cuota alimentaria, también sobre cómo repartir los bienes gananciales si los hay.

Debe ser fundada la propuesta, sin perjuicio de que el juez puede solicitar elementos que considere relevantes para incorporar.

Si el divorcio express fue presentado de manera unilateral, el otro cónyuge puede presentar una propuesta reguladora diferente. De ser así, el juez las evaluará y citará a las partes a una audiencia. Si aún en ella no se resuelve, el juez podrá decidir de acuerdo a la normativa vigente.

El hecho de no alcanzar un acuerdo sobre estos temas y soluciones propuestas, no impedirá que se dicte sentencia de divorcio. El vínculo se disolverá pase lo que pase respecto a este convenio, se alcance o no acuerdo. Esta es una de las principales ventajas del divorcio express. Aquellas cuestiones sobre las que no se logre acuerdo, deberán tratarse por otra vía, como puede ser la mediación o incluso la vía judicial, por nuevos expedientes).

A pesar de la reforma, el divorcio en Argentina sigue siendo un trámite judicial (no administrativo), con lo cual la sentencia de divorcio es dictada por un juez civil y es necesaria la intervención profesional de un abogado matriculado.

La incorporación de la figura del divorcio express en Argentina, reforma que está lejos de ser presentada y discutida por nuestros parlamentarios, muestra como en la legislación familiar argentina existe una inclinación casi absoluta hacia la libertad de los cónyuges para decidir respecto a la posibilidad de poner fin a su matrimonio.

Por último y para concluir esta investigación, es preciso señalar que en este último capítulo se escogieron los ordenamientos jurídicos de familia de España, Francia y Argentina, puesto que además de ser pioneros en la incorporación del divorcio vincular en el Derecho de Familia, presentan diferencias significativas en su manera de tratarlo. Además de ello, se trata de tres legislaciones que ejercen y han ejercido gran influencia en el derecho familiar chileno.

Sin embargo, la manera con que estas legislaciones tratan el divorcio y más aún, la relevancia que le otorgan a la voluntad y a la libertad de los cónyuges poner término a sus matrimonios por medio del divorcio, está lejos de lo que se puede visualizar en la LMC chilena.

Lo anterior, no hace más que mostrar que esto se trata de un tema relativo a principios, ya que es preciso visualizar como en estos ordenamientos jurídicos el principio de la autonomía

de la voluntad, que como se señaló en el capítulo primero de este trabajo está desde hace muy poco tiempo ganando un espacio en la regulación familiar chilena, es el principio rector en estas legislaciones en lo que dice relación el divorcio.

Para concluir esta investigación y en particular este capítulo, es preciso señalar que ha quedado al descubierto como tanto en el ámbito legislativo, doctrinario, jurisprudencial y práctico judicial chileno no es la sola voluntad de los cónyuges la que permite la obtención del divorcio por cese de convivencia, como si ocurre en otras legislaciones como las recién tratadas.

## CONCLUSIONES

1.- En el título I de esta investigación, se mostró como el panorama en la legislación familiar chilena cambió absolutamente con la entrada en vigencia de la LMC, en que se consagró un divorcio vincular. Asimismo, se mostró que la forma más adecuada en Chile de poner fin al matrimonio es el divorcio por cese de convivencia de “común acuerdo”.

2.- En el título II del primer capítulo, se mostró que con la entrada en vigencia de la LMC comenzó a tambalearse el paradigma de los principios que hasta ese entonces primaban en la legislación de familia, específicamente de divorcio, provocándose un leve giro hacia los principios que promueven las libertades individuales.

3.- En el título III del primer capítulo, se mostró que para la obtención del divorcio por cese de convivencia se requiere que el juez de familia respectivo verifique estrictamente si los hechos fundantes de la acción cumplen con todos los presupuestos de la causal por cese de la convivencia del artículo 55 de la LMC, de donde puede denegarse la solicitud si ellos no concurren. De manera tal, que el divorcio no es un derecho, sino una opción que la ley ofrece a los cónyuges como consecuencia de una crisis matrimonial sujeto a reglas y restricciones.

4.- En el mismo título mencionado en el párrafo anterior, se expuso como el tema de la reanudación de la vida en común es hoy plenamente considerando por los jueces de familia en las audiencias de divorcio por cese de convivencia de “común acuerdo”, ya que las partes y sus respectivos abogados/as no sólo deben acreditar el cese de la convivencia a través de los medios estrictos contemplados en la LMC, para los matrimonios celebrados después de noviembre de 2004 y por cualquier medio, para los matrimonios celebrados antes de dicha fecha, sino que deberán probar que existiendo cese de convivencia de un año los cónyuges en juego no han reanudado su vida en común, lo que tendrán que hacer por medio de la prueba testimonial.

5.- En el título I del capítulo segundo de esta investigación, se mostró que son varios los factores que permiten sostener que la voluntad conjunta de los cónyuges para la obtención del divorcio por cese de convivencia de “común acuerdo” en Chile, pierde relevancia frente a otros requisitos legales, a saber, acreditar el cese efectivo de la convivencia de un año,

acompañar un acuerdo regulador que sea completo y suficiente, y como si fuera poco, que todo lo señalado cuente con la aprobación del juez de familia. Cabe preguntarse entonces ¿es la voluntad conjunta de los cónyuges la que por sí sola permite la obtención del divorcio por cese de convivencia de “común acuerdo en Chile”? por lo expuesto a lo largo de toda esta investigación, se concluye que no.

6.- Queda al descubierto a través del título II del segundo capítulo, que el legislador quiso poner una traba a la libre decisión de los cónyuges de terminar con su matrimonio, ya que cuando no existe una causa de aquellas enunciadas en la ley como motivos que hacen intolerable la vida en común, como ocurre en el divorcio por culpa, los cónyuges, uno o ambos, se ven obligados a acreditar estrictamente la fecha cierta de cese de convivencia.

7.- En el mismo título II, específicamente en el punto 2, se logró mostrar a través de la jurisprudencia citada, que se ha comenzado a ampliar el horizonte argumentativo en esta materia, al constatarse por medio de algunos fallos que el requisito de cese de convivencia que deben acreditar los cónyuges cuyo matrimonio se celebró en forma posterior a la entrada en vigencia de la LMC y que deseen obtener la declaración de divorcio de “común acuerdo” o unilateral, podrían probarlo a través de medios distintos a los contemplados en los artículos 22 y 25 de la mencionada ley.

8.- En el título III del capítulo segundo, se mostró como en la tramitación del divorcio por cese de convivencia, tanto unilateral como de “común acuerdo”, el juez de familia tiene un rol trascendente y su intervención, en ningún caso, puede ser considerada como mínima. Es decir, el juez tiene la misión de acreditar el cumplimiento de los requisitos legales que permiten la declaración del divorcio por cese de convivencia, por lo que en caso de no cumplirse tendrá la facultad de denegar la solicitud.

9.- Quedó demostrado a través del título I del capítulo tercero, que mientras en el derecho familiar chileno aún se consagra el divorcio por culpa o sanción, en el español no. Lo anterior, sin perjuicio que el divorcio por cese de convivencia en Chile vaya desplazando cada vez con mayor fuerza al primero del escenario familiar. Sin embargo, en nuestro país aún estamos muy lejos de contemplar la figura divorcio express o incausado, como ya se encuentra consagrado en la legislación familiar española.

10.- Por medio del título II del capítulo tercero de esta investigación, se mostró que el ordenamiento jurídico francés se presenta como pionero e innovador en la regulación del divorcio, ya que como se ha podido apreciar, incluye un abanico considerable de soluciones pacíficas y consensuadas por los cónyuges para ponerle término al matrimonio, camino que aún le queda mucho por recorrer a la legislación familiar chilena, en la que es el cumplimiento del requisito objetivo de cese de convivencia el que en la mayoría de los casos pone fin al matrimonio y no precisamente la voluntad de los cónyuges.

11.- En el título III del capítulo tercero, quedaron al descubierto las diferencias en el tratamiento que se le da al divorcio en el derecho familiar argentino con el que se la da en el derecho familiar chileno. Lo anterior, puesto que en Chile aún estamos lejos de contemplar un divorcio que se obtenga por la manifestación de voluntad de los cónyuges, ya que lo más cercano es un divorcio en que se exige el cumplimiento de requisitos externos a la voluntad sin los cuales el juez no declararía el divorcio, mientras que en Argentina, a través del divorcio “express”, se permite a los cónyuges la obtención del divorcio fundada en su sola voluntad.

12.- Lo señalado en cada uno de los capítulos que forman parte de esta investigación, ha permitido a la autora alcanzar la convicción de que en Chile la figura del divorcio por cese de convivencia y en especial la de “común acuerdo” no existe como tal, pues sólo se trata de un nombre que superficialmente le da dicha apariencia. ¿Por qué? porque no se trata de un tipo de divorcio que se obtenga por la voluntad o consentimiento del o los cónyuges que lo solicitan, sino que es preciso para su obtención, el cumplimiento de requisitos legales sin los cuales el juez de familia, llamado a conocer y a tomar un rol activo en estos procesos, no dará lugar al divorcio, a saber, el acreditar el cese efectivo de la convivencia, según se trate de un divorcio unilateral (tres años) o de “común acuerdo” (un año) y en el caso de este último, se acompañe además, un convenio regulador de las materias propias de los cónyuges y de los hijos en caso de haberlos. Es más, la inclusión del capítulo tercero de este proyecto, fue precisamente para dejar al descubierto como en otras legislaciones de familia si se consagra un divorcio en que es la voluntad conjunta o unilateral de los cónyuges la que permite su obtención y como en Chile, aún no.



## BIBLIOGRAFÍA

- Acuña San Martín, Marcela, (2001), *“Efectos Jurídicos del Divorcio”*, Chile, Editorial AbeledoPerrot, Thomson Reuters.
- Acuña San Martín, Marcela, y Del Picó Rubio, Jorge (2017), *“Estudios de Derecho Familiar, Segundas Jornadas Nacionales de Derecho de Familia”*, Editorial de la Universidad de Talca, Chile.
- Acuña San Martín (2017), *“Acuerdo completo y suficiente y autonomía de la voluntad”*, [www.elmercurio.com/legal/Noticias/Análisis-Jurídico/2017/12/21/Acuerdo-completo-y-suficiente-y-autonomía-de-la-vonutad.aspx](http://www.elmercurio.com/legal/Noticias/Análisis-Jurídico/2017/12/21/Acuerdo-completo-y-suficiente-y-autonomía-de-la-vonutad.aspx)
- Aguirre Veloso, Patricio, (2006) *“Derecho Internacional Privado del matrimonio y reconocimiento de sentencias extranjeras sobre divorcio y nulidad en la Ley 19.947. El nuevo derecho del matrimonio”*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Editorial Jurídica de Chile.
- Alexy, Robert (2008) *“Teoría de los derechos fundamentales”*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Segunda Edición.
- Aravena Obrador, María José y Cornejo Aguilera, Pablo (2014), *“Evolución y Nuevos Desafíos”*, Revista Ius et Praxis, año 20, número 1, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- Assimakópulos Figueroa, Anastacia y Corral Talciani, Hernán (edits.), *“Matrimonio Civil y divorcio, análisis crítico y criterios para la aplicación de la ley 19.947”*, Santiago, Universidad Los Andes.
- Barcia Lehmann, Rodrigo (2011), *“Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia”*, Santiago, Editorial Thomson Reuters, Puntotext.
- Barrientos Grandon, Javier (2011), *“Derecho de las personas – El Derecho Matrimonial”*, Chile, Editorial Abeledo Perrot, Thompson Reuters.
- Barrientos Grandon, Javier, Novales Alquezar, Aranzazu (2004), *“Nuevo derecho Matrimonial Chileno”*, Santiago, LexisNexis.
- Claro Solar, Luis (1992), *“Explicaciones de derecho civil chileno y comparado”*, Santiago de Chile, Jurídica.

- Coing, Helmut (1996), *“Derecho Privado Europeo”*, España, Primera Edición, Editorial Fundación Cultural Notariado.
- Corral Talciani, Hernán Felipe (1994), *“Familia y Derecho; Estudios sobre la realidad jurídica de la Familia”*, Santiago de Chile, Universidad de Los Andes.
- Corral Talciani, Hernán Felipe (2004), *“Una ley de paradojas. Comentario a la nueva ley de matrimonio civil”*, Revista Chilena de Derecho Privado, N°2.
- Corral Talciani, Hernán Felipe (2005), *“Derecho y derechos de familia”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- Corral Talciani, Hernán (2009), *“Sentido y alcance de la definición de matrimonio del artículo 102 del Código Civil, después de la introducción del divorcio vincular por la ley 19.947, de 2004”*, Revista Chilena de derecho, col. 36, número 1.
- Corral Talciani, Hernán Felipe (2011), *“Separación, Nulidad y Divorcio: análisis desde los principios y reglas de la Ley de Matrimonio Civil”*, Santiago de Chile, AbeledoPerrot.
- Court Murasso, Eduardo (2004), *“Nueva Ley de Matrimonio Civil. Ley 19.947 de 2004 analizada y comentada”*. Chile, Editorial Legis, Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho.
- Court Murasso, Eduardo (2011), *“Legislación, doctrina y jurisprudencia”*, Chile, Abeledo Perrot, Legal Publishing.
- Davison, Dora (2006), *“Separación y Divorcio, un faro en el camino”*, España, Editorial Universidad.
- Del Picó Rubio, Jorge (2010), *“Derecho Matrimonial chileno”*, Chile, Editorial Abeledo Perrot, Legal Publishing.
- Del Picó Rubio, Jorge (2016), *“Derecho de Familia”*, Chile, Editorial Thomson Reuters.
- Domínguez Hidalgo, Carmen (2005), *“Los principios que informan el derecho de Familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna”*, Revista Chilena de Derecho, volumen 32 N°2, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile.

- Entrena Klett, Carlos Maria (1990), *“Matrimonio, separación y divorcio”*, Elcano, Editorial Arandazi.
- Estudios de Derecho Civil II (2008), Santiago/Chile, Segunda Edición, Editorial Legal Publishing. Capítulos 6/15.
- Estudios de Derecho Civil III: Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2007, Santiago de Chile, Editorial Legal Publishing.
- Estudios de Derecho Civil X: Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2004, Santiago de Chile, 2015, Editorial Thomson Reuters.
- Estudios de Derecho Familiar I (2016), Cristián Lepín Molina- Maricruz Gómez de la Torre, Thomson Reuters, Santiago, Chile.
- Familia: Legislación y Jurisprudencia, Edición 2010, Coordinado y editado por Departamento de Estudios Jurídicos, Editorial Thomson Reuters Puntotex, Chile.
- Fosar Benlloch, Enrique (1982), *“Estudio de derecho de Familia”*, Madrid, Bosch.
- Fuentes Maureira, Claudio (2013), *“Derecho Procesal Civil”*, Revista Chilena de Derecho Privado, N. 20.
- Fueyo Laneri, Fernando (1958-1993), *“Derecho Civil, Derecho de Familia”*, Tomo VI, volumen III, Valparaíso, Imprenta y Litografía Universo S.A.
- Hunter Ampuero, Iván A. (2012), *“Las potestades probatorias del juez de familia”*, Chile, Abeledo Perrot, Thomson Reuters.
- Israel López, Ruth (2005), *“Procedimiento aplicable al divorcio de común acuerdo tras la entrada en vigencia de la nueva ley que crea los tribunales de familia”*, Chile, Revista de Estudios de la Justicia N°6.
- Jurisprudencia Divorcio, Edición actualizada 2007, Selección de jurisprudencia realizada por la abogada Carolina Montecinos Fabio y Edición de don José Luis Zavala Ortiz, Editorial Puntotex, Chile.
- Lacruz Berdejo, José Luis (1994), *“Matrimonio y Divorcio comentario al título IV del libro primero del*

*Código Civil*”, Madrid, Civitas Ediciones.

- Lathrop Gómez, Fabiola (2008), “*Naturaleza Jurídica del Acuerdo Regulador de las Crisis Matrimoniales*”, Revista Jurídica, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, UCES, Para Guay, Buenos Aires.
- Latka, Michelle (2016), “*¿Desjudicialización del divorcio de común acuerdo*”, Chile, Editorial LEX WEB. CL, La Ley en Internet.
- Lepín Molina, Cristián (2012), “*Autonomía de la Voluntad y protección del cónyuge más débil en la determinación y formas de pago de la Compensación Económica*”, Revista Ius et praxis, N°1.
- Lepín Molina, Cristián (2015), “*Jurisprudencia Familiar: Nueva Ley de Matrimonio Civil (2004-2014)*”, Chile, Editorial Thomson Reuters.
- Lepín Molina, Cristián (2017), “*Derecho Familiar Chileno*”, Chile, Editorial Thomson Reuters.
- Loi, Isidoro (1986), “*El matrimonio*”, Santiago de Chile, Diseño Gráfico e Impresión de Ideografía Ltda.
- López Alarcón, Mariano (1981), “*La separación personal de los cónyuges como presupuesto del divorcio*”, España, Revista la ley.
- López Díaz, Carlos (2007), “*Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*”, Santiago de Chile, Librotecnia.
- Maturana Miquel, Cristian (2014) “*La terminación del matrimonio de común acuerdo: una institución en la búsqueda de su identidad procesal*”, Chile, Revista de Familia N°3.
- Mazzinghi, Jorge Adolfo (2006), *Tratado de Derecho de Familia 3, Separación personal y divorcio*. Argentina, Editorial La Ley.
- Mendez Costa, María Josefa (2006), “*Los principios jurídicos en la Relación de Familia*”, Buenos Aires, Rubinzal-culzoni Editores.
- Meza Barros, Ramón (1989), “*Manual de Derecho de Familia*”, Santiago de Chile, Jurídica.

- Mizrahi, Mauricio Luis (1998), *“Familia, Matrimonio y Divorcio”*, Buenos Aires, Editorial Astrea.
- Moreno Concha, Ximena Paz (2006), *“Paulatina incorporación de la autonomía de la voluntad en el Derecho Matrimonial Chileno”*. En Estudios de Derecho Civil II, Santiago, Editorial LexisNexis.
- Orrego Acuña, Juan (2004), *“Análisis de la Nueva Ley de Matrimonio Civil”*, Santiago, Metropolitana.
- Peña González, Carlos (2004), *“Seminario Santiago 13 y 14 de Octubre de 2004 acerca de “Ley N°19.947 de Matrimonio Civil”*, Chile, Academia Judicial de Chile.
- Picand Albónico, Eduardo, (2012) *“Estudios de Derecho Internacional Privado. Chileno y Comparado”*, Chile, Editorial LegalPublishing y Thomson Reuters.
- Ramos Pazos, René (2005), *“Derecho de familia”*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, T. I, quinta edición actualizada.
- Ramos Pazos, René (2005), *“Aspectos destacados de la ley 19.947, sobre Matrimonio Civil”*. Disponible en [http://www.derecho:uct.cl/07\\_publicaciones.htm](http://www.derecho:uct.cl/07_publicaciones.htm)
- Revista Chilena Derecho Privado: Fernando Fueyo Laneri (2003), Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Fundación Fernando Fueyo, Santiago de Chile.
- Revista de Derecho de Familia, Edición 2016, director Cristián Lepín Molina, Santiago, Chile, Thomson Reuters.
- Rodríguez Chacón (2006), Rafael, *“Matrimonio, separación y divorcio en España: Nueva Regulación”*, España, Ediciones Experiencia.
- Rodríguez Grez, Pablo (2006), *“Hacia un nuevo Derecho de Familia”*, Revista de Derecho de la Universidad Del Desarrollo, Santiago de Chile, Universidad del Desarrollo, Facultad de Derecho, año 7, número 13.
- Rodríguez Pinto, Sara María (2013), El cese-de-la-convivencia-como-hecho-objetivo-en-el-juicio-de-divorcio.aspx, [www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Análisis-Jurídico/2013/04/08/](http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Análisis-Jurídico/2013/04/08/)
- Rodríguez Pinto, Sara María (2017), *“Manual de derecho de Familia”*, Santiago de Chile, Editorial

Jurídica de Chile.

- Rossel Saavedra, Enrique (1992), *“Manual de Derecho de Familia”*, Santiago de Chile, Jurídica.
- Ruz Lártiga, Gonzalo (2012), *“Explicaciones de Derecho Civil. Derecho de las Personas”*, Chile, Editorial Thomson Reuters, Abeledo Perrot, Legal Publishing.
- San Martín Acuña, Marcela (2011), *“Efectos jurídicos del divorcio”*, Chile, Editorial Abeledo Perrot, Thomson Reuters.
- Schmidt Hott, Claudia Y., Martinic Galetociv, María Dora (2004), *“Instituciones de Derecho de Familia”*, Chile, LexisNexis.
- Seminario Santiago 13 y 14 de octubre de 2004, Veloso Valenzuela, Paulina; Muñoz Sánchez, Andrea; Del Picó Rubio, Jorge; Pizarro Wilson, Carlos; Corral Talciani, Hernán Felipe; Maturana Miquel, Cristián, Academia Judicial de Chile, Santiago de Chile.
- Serie jurisprudencia *“Ley de Matrimonio Civil”* (2007), Compilación, Sistematización y Coordinación Rafael Vargas Miranda, Santiago de Chile, Editorial Metropolitana.
- Souto Paz, José Antonio (2008), *“El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España, estudios en honor del profesor Víctor Reina Bernález”*, Departamento de derecho Eclesiástico del Estado, Facultad de derecho, Universidad Complutense de Madrid.
- Tapia R, Mauricio (2005) *“Código Civil 1855-2005, evolución y perspectivas”*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- Tapia R, Mauricio (2008) *“Del Derecho de Familia hacia un Derecho de las Familias”*, Alejandro Guzmán Brito (editor), Estudios de Derecho Civil III, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, Santiago de Chile, Abeledo Perrot.
- Troncoso Larronde, Hernán (2010), *“Derecho de Familia”*, Santiago, Chile, Abeledo Perrot.
- Valladares Rascón, Etelevina (1982), *“Nulidad, Separación, Divorcio, comentarios a la ley de reforma del matrimonio”*, Madrid, Editorial Civitas.
- Vega Sala, Francisco (1981), *“Síntesis práctica sobre la regulación del divorcio en España”*, Barcelona,

Wolters Kluwer.

- Vidal Olivares, Álvaro (2006), “*El nuevo derecho chileno del matrimonio (Ley N°19.947 de 2004)*”, Chile, Universidad Católica de Valparaíso, Editorial Jurídica de Chile.

- Zavala Ortiz, José Luis ed., Montecinos Fabio, Carolina ed. (2007), “*Jurisprudencia Divorcio*”, Santiago, Chile, Punto Lex.

#### NORMAS CITADAS

- Código Civil chileno.

- Código Civil francés.

- Código Civil español.

- Código Civil argentino.

- Ley de Matrimonio Civil, *Diario Oficial*, 10 de enero de 1884.

- Ley 2393 de 1889 (Argentina).

- Declaración Universal de Derechos Humanos.

- Ley de divorcio española de 1937.

- Ley 14.394 de 1954 (Argentina).

- Ley 17.711 de abril 1968 (Argentina).

- Ley de 20 de septiembre de 1972 (Francia).

- Ley 75-617 de 11 de julio de 1975 (Francia).

- Decreto de 05 de diciembre de 1975 (Francia).

- Constitución española de 1978.

- Constitución Política de la República de 1980.

- Ley/30 de julio de 1981 (España).
- Ley 23.515 de junio 1987 (Argentina).
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Ley N° 19.947, Nueva Ley de Matrimonio Civil, *Diario Oficial*, 17 de mayo de 2004.
- Ley N°19.968, Ley de Tribunales de Familia, *Diario Oficial*, 30 de agosto de 2004.
- Ley 15/2005 de julio de 2005 (España).
- Ley N°20.680, *Diario Oficial*, 21 de Junio de 2013.
- Ley 26.994 de agosto de 2015 (Argentina).

#### JURISPRUDENCIA CITADA

- Sentencia del Tribunal de Casación italiano, de 07 de mayo de 1976.
- Sentencia de la A.T. de Zaragoza de fecha 22 de septiembre de 1983.
- Sentencia de fecha 30 de enero de 2006, dictada por la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago.
- Sentencia de fecha 05 de abril de 2006, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, disponible en [www.microjuris.com](http://www.microjuris.com), número identificador MJJI7543.
- Sentencia de fecha 10 de mayo de 2006, dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción.
- Sentencia de fecha 19 de junio de 2006, dictada por la Sexta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago.
- Sentencia de fecha 03 de julio de 2006, dictada por la Corte de Apelaciones de San Miguel.
- Sentencia de fecha 07 de agosto de 2006, dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción.
- Sentencia de fecha 08 de Noviembre de 2006, dictada por la Corte de Apelaciones de



Rancagua, Rol N°442-2006.

- Sentencia de fecha 18 de diciembre de 2006, dictada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta.
- Sentencia de fecha 09 de septiembre de 2008, dictada por la Corte de Apelaciones de Valdivia.
- Sentencia de fecha 23 de febrero de 2010, dictada por la Corte Suprema, en autos rol N°9757-09.
- Sentencia de fecha 10 de enero de 2011, dictada por la Corte Suprema, en autos rol N°6462-2010.
- Sentencia de fecha 23 de mayo de 2011, dictada por la Corte Suprema, en autos rol N°1413-2011.
- Sentencia de fecha 28 de marzo de 2012, dictada por la Corte de Apelaciones de Valdivia.
- Sentencia de fecha 01 de diciembre de 2012, dictada por la Sexta Sala de la Corte Suprema.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 26 de marzo de 2013, Rol número 2207-12-INA.

