



**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
**Facultad de Derecho**  
**Departamento de Derecho Privado**

**NULIDAD MATRIMONIAL EN LA NUEVA LEY  
DE MATRIMONIO CIVIL**

**Tesis de Grado**  
**Titulación de Abogado**

**Maria Jimena Valenzuela del Valle**  
**Profesor Guía: Abogado Claudio Illanes**

**Santiago, Chile**  
**2006**

## **DEDICATORIA**

A mi marido y a mis hijos por todo su cariño y apoyo incondicional.

## RESUMEN

Esta tesis tiene como finalidad analizar la institución de la nulidad matrimonial en la Nueva Ley de Matrimonio Civil (Ley N°19.947) , publicada en el Diario Oficial el 17 de mayo de 2004, cuya vigencia empezó el 18 de noviembre del mismo año.

La tesis comienza con una introducción donde la autora expone los motivos que la indujeron a tratar la institución referida. El texto del trabajo está dividido en 8 capítulos, cuyos títulos corresponden a todos las materias relacionados con la nulidad de matrimonio.

El capítulo I contiene una diferenciación entre los regímenes de nulidad, separación y divorcio. El capítulo II contiene un paralelo entre la nulidad matrimonial y la patrimonial. El capítulo III analiza y comenta las causales de nulidad contempladas en la antigua ley de matrimonio civil. El cuarto capítulo contiene un análisis exhaustivo de las nuevas causales de nulidad y de la influencia del derecho canónico contenido en ellas. El capítulo V analiza la acción de nulidad, titularidad, ejercicio y extinción. El capítulo VI comenta en forma somera el juicio de nulidad de matrimonio. El VII se refiere a los importantes efectos que esta produce y por último el capítulo VIII se refiere a las normas del Derecho Internacional Privado en materia de nulidad.

A lo largo de todo el trabajo se incluyen opiniones de distintos tratadistas, jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia y referencias a los debates parlamentarios.

Por último, en la conclusión de la tesis se analizan los resultados a los que llegó la autora y su personal juicio de valor a propósito de la institución de la nulidad de matrimonio, su importancia y su aplicación real en los tribunales.

## TABLA DE CONTENIDO

Página		
INTRODUCCIÓN.....	1	
CAPÍTULO I		
DISTINCIÓN DE LA LEY ENTRE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD.....		4
1.	Separación de los cónyuges.....	4
1.1.	Separación de hecho.....	5
1.2.	Separación judicial.....	6
2.	Divorcio.....	8
2.1.	Divorcio por culpa.....	9
2.2.	Divorcio por cese de convivencia.....	9
2.2.1.	Divorcio de mutuo acuerdo.....	10
2.2.2.	Divorcio unilateral.....	11
3.	Nulidad matrimonial.....	12
CAPÍTULO II		
PARALELO ENTRE LA NULIDAD PATRIMONIAL Y LA NULIDAD MATRIMONIAL.....		15
CAPÍTULO III		
RÉGIMEN DE NULIDAD EN LA ANTIGUA LEGISLACIÓN CHILENA.....		20
1.	Causales de nulidad matrimonial.....	20
2.	Comentario acerca de la incidencia de las nulidades fraudulentas.....	28
CAPÍTULO IV		
CAUSALES DE NULIDAD EN LA NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL.....		30
1.	Falta de capacidad legal de uno o ambos contrayentes.....	32
1.1.	Incapacidades absolutas.....	32
1.2.	Incapacidades relativas.....	41
2.	Falta de consentimiento libre y espontáneo.....	44
2.1.	Requisitos del consentimiento matrimonial.....	46
2.2.	Vicios del consentimiento matrimonial.....	48
2.2.1.	El error en el consentimiento matrimonial.....	49
2.2.2.	La fuerza en el consentimiento matrimonial.....	52
3.	Omisión de las formalidades.....	53

CAPÍTULO V  
LA ACCIÓN DE NULIDAD, TITULARIDAD, EJERCICIO Y EXTINCIÓN.....  
55

1. Titularidad de la acción de nulidad de nulidad.....	55
1.2. Excepciones a la regla general.....	55
2. Extinción de la acción de nulidad.....	58
2. Legitimación pasiva.....	61

CAPÍTULO VI  
EL JUICIO DE NULIDAD  
MATRIMONIAL.....62

CAPÍTULO VII  
LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE  
MATRIMONIO.....66

1. Matrimonio putativo.....	67
1.2. Requisitos del matrimonio putativo.....	68
1.3. Efectos del matrimonio putativo.....	70

CAPÍTULO VIII  
NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN MATERIA DE  
NULIDAD  
MATRIMONIAL.....72

1. Declaración de nulidad de matrimonio celebrado en el extranjero.....	72
3. Reconocimiento de las sentencias de nulidad pronunciadas por tribunales extranjeros.....	74

CONCLUSIÓN.....  
76

## INTRODUCCION

Nuestro país ha sufrido profundos cambios culturales en las últimas décadas. Estos cambios se ven reflejados en múltiples ámbitos, pero uno de los más notables es el que ha ocurrido en el campo de los valores.

La familia no ha escapado de ésta vorágine “valórica”. Mucho ha cambiado con respecto a ésta lo que se ha visto plasmado en un sinnúmero de manifestaciones, siendo una de las llamativas las profundas transformaciones que ha sufrido el Derecho de Familia: capacidad de la mujer casada, filiación, patria potestad, prueba de estado civil, adopción, derecho de alimentos, etc. A estas modificaciones, se ha sumado la Nueva Ley de Matrimonio Civil, tal vez el cambio de mayor envergadura que ha enfrentado la legislación familiar en toda la historia nacional.

Es evidente que la familia está en crisis y esta realidad no escapa a nuestro país: hogares menos estables, baja tasa de natalidad, rupturas matrimoniales, descenso de los matrimonios, incremento de las tasas de uniones informales y de nacimientos fuera del matrimonio, aumento de los grupos familiares monoparentales, descenso del nivel económico de las mujeres jefas de hogar, incumplimiento generalizado de las pensiones alimenticias, etc. La nueva ley pretende salir al paso de esta problemática social “actualizando y perfeccionando el marco legal general contenido en la antigua ley de Matrimonio Civil, renovando nuestro derecho de familia, de manera que se minimice los daños de las rupturas y crisis graves que presenta la vida conyugal, y regule la nulidad, la separación y el divorcio”.

Se contemplan, por tanto en la nueva ley estatutos diferenciados que regulan, a la vez: la nulidad que se prevé para juzgar la validez del vínculo; la separación

que intenta proveer a los cónyuges de un estatuto que permita dar lugar al cumplimiento de las obligaciones que impone el matrimonio cuando la convivencia no es posible y el divorcio que posibilita la disolución del vínculo.

Sin duda la introducción del divorcio vincular ha sido lo más revolucionario de la nueva ley. Muchas horas fueron gastadas en los debates parlamentarios con argumentos que iban y venían a favor o en contra de aprobarlo. Seguramente, sus efectos van a ser profundos en la sociedad chilena y habrá que analizarlos con la perspectiva del tiempo.

Esta tesis se ocupará de la nulidad matrimonial, tema bastante menos espinoso y debatido, que ha sido minuciosamente regulada por la nueva ley. Las novedades fundamentales que presenta se refieren a las causales. Elimina la incompetencia del Oficial del Registro Civil, lo que representa, para muchos, el acabar con los vergonzosos fraudes que desprestigiaron a esta institución; también se suprime la impotencia como incapacidad nupcial, decisión que, a mi parecer, no fue acertada. Ambas supresiones tienen repercusiones importantes, que serán analizadas durante el desarrollo de este trabajo.

Las novedades en materia de causales continúan al añadirse dos nuevos supuestos que se incorporan siguiendo el Código de Derecho Canónico. Estas nuevas causales por su tenor abierto podrían prestarse para una utilización abusiva, lo que podría reanudar el fraude que primó en materia de nulidad matrimonial en los tribunales chilenos.

A pesar de este posible riesgo, la incorporación de estas nuevas causales, a mi modo de ver, constituyen una modernización de la ley civil en materia de nulidad, ya que reflejan la preferencia general de la ley por el modelo del matrimonio basado en el compromiso institucional.

Pese a la modernidad que se introdujo en la regulación del régimen de nulidad matrimonial, la hipótesis que plantea esta memoria es que este será

apenas utilizado, mientras se multiplican los procesos de divorcio. En efecto, la nulidad requiere de un procedimiento controversial con todas sus complejidades, por lo que será, ciertamente, más fácil recurrir al divorcio cesando la convivencia y dejando que transcurra el tiempo.

Parecería que en el mismo texto de la Nueva Ley de Matrimonio Civil existe una antítesis: por una parte se mantiene la definición de matrimonio del Código Civil (que consagra la indisolubilidad), se establece un completo régimen de nulidad para verificar la validez o invalidez del vínculo en la que se incluyen depuradas causales, y por otra parte, los arts. 55 y 56 de la Ley disponen que ese acto jurídico puede perder su eficacia por el cese de la convivencia y la voluntad, incluso unilateral de una de las partes.

En el análisis que se hará a lo largo de este trabajo de la nulidad en la Nueva Ley de Matrimonio Civil, se pretende mostrar que si existe una contraposición esencial dentro de ella, porque se consagran dos modelos de matrimonio diametralmente opuestos: el matrimonio como contrato institución y el matrimonio como mera situación de hecho (una convivencia registrada como lo señaló con dureza un senador). Pareciera, como lo señalaron algunos señores parlamentarios en el debate de la ley, que la regulación tan esmerada del régimen de nulidad tuvo como fin hacer una concesión a los grupos católicos a fin de que pudieran recurrir a ésta en vez de utilizar el divorcio que podría producirles reparos morales.

El método que se utilizará en este trabajo será el de analizar y comentar cada uno de los aspectos del régimen de nulidad: compararla con las otras formas de regulación de rupturas matrimoniales, revisar las antiguas causales en contraposición a las nuevas, revisar los titulares de la acción, el procedimiento y extinción de la acción, validez de las sentencias de nulidad extranjeras, etc.

## **CAPÍTULO I**

### **DISTINCIÓN DE LA LEY ENTRE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD**

La Nueva Ley de Matrimonio Civil considera tres instituciones distintas para abordar las rupturas matrimoniales: la separación, la nulidad y el divorcio. Se establecen normas propias para regular cada institución y se contemplan, además, reglas comunes a todas ellas, cuando las consecuencias que se derivan de la aplicación de cualquiera de estos regímenes son de la misma índole.

Se analizarán, a grandes rasgos, cada una de éstas instituciones por separado.

#### **1. Separación de los cónyuges**

En la antigua legislación sobre matrimonio no existía una regulación sistemática sobre la separación de los cónyuges, solamente una que otra norma aislada (como la del artículo 155, inciso 3° del Código Civil)<sup>1</sup>. La institución que más se le asemejaba era la del divorcio no vincular, ya que a través de ella se consagraba la “separación de cuerpos”. La escasa aplicación práctica de este “divorcio” y el equívoco nombre que sustentaba, hacían de ella algo extraño y en cierto grado inútil, por lo que se hacía imperioso legislar en forma exhaustiva y realista sobre la separación. Las normas de la nueva Ley que contemplan esta

---

<sup>1</sup> “La mujer podrá pedir la separación de bienes transcurrido un año desde que se produce la ausencia del marido. Lo mismo será si, sin mediar ausencia, existe separación de hecho de los cónyuges”.

institución constituyen, por lo tanto, un acierto en el sentido de regular eficientemente las rupturas matrimoniales.

La nueva ley distingue entre la separación de hecho y la separación judicial. Veamos en que consiste cada una de ellas.

### 1.1. Separación de hecho

La separación de hecho no es otra cosa que la suspensión de la vida en común de los cónyuges.

Desde que esto ocurre la ley reconoce la autonomía de los cónyuges para regular, de común acuerdo, sus relaciones mutuas, en especial, lo relativo a los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio.

Si el matrimonio tuviera hijos, dicho acuerdo deberá regular también, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquél de los padres que no los tuviera bajo su cuidado.

En la medida que esos acuerdos consten por escrito, en alguna de las tres formas que señala el artículo 22 de la ley 19.947<sup>2</sup> – en escritura pública o acta extendida ante notario, en acta extendida ante oficial del Registro Civil o en transacción aprobada judicialmente- otorgarán fecha cierta al cese de la convivencia.

Cuando la separación se produce y no existen tales acuerdos, cualquiera de los cónyuges podrá demandar al otro para reglar las relaciones mutuas, los alimentos que se deban, los bienes familiares, las relaciones con los hijos, etc. y

---

<sup>2</sup> Esta ley sustituyó la Ley de Matrimonio Civil de 1884 y fue publicada en el Diario Oficial el 17 de Mayo de 2004.

habrá fecha cierta a partir de la notificación de la acción entablada por el otro cónyuge.

Si no existe acuerdo o demanda entre los cónyuges, la ley permite que cualquiera de ellos exprese unilateralmente su voluntad mediante escritura pública o acta ante oficial del Registro Civil o, bien, dejando constancia de dicha intención ante el Juzgado correspondiente, entendiéndose que hay fecha cierta a partir de la notificación de cualquiera de esos hechos al otro cónyuge, la que se practicará según las reglas generales.

## **1.2. Separación Judicial**

El legislador distingue dos casos de separación judicial. La separación que se origina por culpa de uno de los cónyuges y aquella que se solicita de común acuerdo o unilateralmente por cese de la convivencia. Esta separación implica una autorización que otorga el juez a los cónyuges para que vivan separados, subsistiendo el vínculo matrimonial.

El fundamento para solicitar la separación judicial por culpa es que haya falta imputable al otro cónyuge, siempre que constituya una violación grave de las obligaciones que surgen del matrimonio o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común.

Puede observarse que se trata de causales genéricas, que obliga a probar los hechos que la constituyen y su gravedad.

La separación judicial por culpa solo puede ser solicitada por el cónyuge que no haya dado lugar a la causal.

Cuando se trate del cese de la convivencia cualquiera de los cónyuges puede solicitar la separación judicial.

Si los cónyuges solicitan de común acuerdo la separación deberán acompañar un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y las relaciones con los hijos.

El acuerdo será completo, si en relación con los hijos se regulan, a lo menos, las materias de tuición, visitas y alimentos (art. 27 en relación con el 21) y en relación con las relaciones mutuas, los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio. Se entenderá que el acuerdo es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procurando aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas entre los cónyuges hacia el futuro.

En cuanto a los efectos se podría destacar básicamente lo siguiente: a) en relación con los cónyuges, en el ámbito personal, quedan subsistentes todos los derechos y obligaciones que existen entre ellos, con excepción de los que no resultan compatibles con el cese de la convivencia. Resulta muy discutible que la ley permita que cese la obligación de fidelidad entre los cónyuges, pero es lo que ha dispuesto y acorde con ello se establece que el hijo concebido después de decretada la separación judicial, no goza de la presunción de paternidad, sin perjuicio que el nacimiento puede ser inscrito como hijo de los cónyuges, si concurre el consentimiento de ambos; b) en lo patrimonial, la separación pone termino al régimen matrimonial que hubiera existido entre los cónyuges, se aplican las reglas especiales contempladas en el Código Civil sobre alimentos y en materia sucesoria, no se altera el derecho de los cónyuges a sucederse entre sí, salvo el caso del que hubiera dado lugar a la separación por su culpa; c) efectuada la subinscripción de la sentencia que declara la separación al margen de la respectiva inscripción matrimonial, los cónyuges adquieren la calidad de separados, que no los habilita para volver a contraer matrimonio.

La nueva ley regula detalladamente la reanudación de la vida común entre los cónyuges, la que si es con ánimo de permanencia pone fin al procedimiento

destinado a declarar la separación judicial o a la ya decretada, y, en este último caso, señala la ley: “restablece el estado civil de casados”<sup>3</sup>, expresión incorrecta, por cuanto los cónyuges que se separan nunca dejan de estar casados.

Como comentario de este párrafo referente a la separación judicial, se podría señalar que existe en la nueva Ley una cierta paradoja: por un lado se establece un régimen de separación judicial que regula las consecuencias de la ruptura en forma exhaustiva y eficaz, pero, por otro lado, se considera que la notificación de la demanda de materias que concurren con la de separación es prueba del cese de la convivencia para pedir el divorcio, lo que parece dejar sin sentido la misma separación, siendo que ella fue establecida por el legislador como una alternativa al divorcio. Es más, supongamos que la mujer demanda pensiones alimenticias de su marido para ella y sus hijos; este hecho puede ser invocado por el marido como prueba del cese de la convivencia, lo cual le permitirá liberarse de la obligación alimenticia respecto de su mujer, una vez que sea decretado el divorcio.

## 2. Divorcio

Por razones obvias, la regulación del divorcio fue la materia más controvertida en el debate parlamentario previo a la aprobación de la Nueva Ley<sup>4</sup>.

Recordemos que con anterioridad, si bien existía el divorcio en nuestra legislación, éste no disolvía el vínculo matrimonial y, por lo tanto, no habilitaba para contraer nuevo matrimonio. De ahí que el divorcio en la antigua Ley de

---

<sup>3</sup> Artículo 38 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil.

<sup>4</sup> Los intentos por introducir el divorcio en la legislación chilena son de vieja data., pero recién el año 1997 se vislumbró la posibilidad cierta de que esto ocurriera al ser aprobado por la Cámara de Diputados un proyecto de ley de Matrimonio Civil, presentado el año 1993 por un grupo de Diputados, que incluía el divorcio vincular.

Matrimonio Civil corresponda más propiamente al concepto de separación por culpa, a la cual ya se ha hecho referencia.

El divorcio es una institución que presupone la existencia de un matrimonio válido y que ha producido todos sus efectos, pero que, por causas sobrevinientes a su celebración, se declara disuelto mediante una sentencia judicial.

La Nueva Ley reconoce las dos categorías en que se ha dividido tradicionalmente el divorcio: el divorcio por culpa (divorcio-sanción) y el divorcio por cese irremediable de la convivencia (divorcio-remedio).

### **2.1. Divorcio por culpa**

La ley señala que el divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común-exigiendo sólo que la violación sea grave y no reiterada.

Se incurre en dicha causal - la enumeración no es taxativa- cuando se da cualquiera de los siguientes hechos: maltratos, abandono, trasgresión de los deberes de socorro, convivencia y fidelidad, conducta homosexual, alcoholismo o drogadicción, tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos y condena ejecutoriada por la comisión de ciertos delitos<sup>5</sup>.

### **2.2. Divorcio por cese de la convivencia**

Se dan aquí dos alternativas.

---

<sup>5</sup> Artículo 58 de la Ley 19.947.

La primera, que exista acuerdo entre los cónyuges para solicitar el divorcio, en cuyo caso, deberán acreditar que ha cesado su convivencia durante un lapso mayor a un año.

La segunda, que no exista tal acuerdo, caso en el cual, se considera también la posibilidad de solicitar unilateralmente el divorcio, pero se amplía a tres años el lapso de cese de convivencia para poder pedirlo.

En ninguna de estas dos alternativas se requiere invocar causal alguna para solicitar el divorcio, salvo la de cese de la convivencia por un tiempo determinado.

Revisemos las peculiaridades de cada una de estas alternativas de divorcio:

### **2.2.1. Divorcio por mutuo acuerdo**

La ley permite que los cónyuges de mutuo acuerdo puedan solicitar el divorcio al juez, acreditando que han dejado de cohabitar por un lapso mayor a un año.

Para que se le de curso al divorcio, las partes deben acompañar un acuerdo completo y suficiente que regule las relaciones futuras entre sí y con respecto a los hijos. Se recuerda que esta misma exigencia existe para la separación judicial.

El acuerdo será completo si resuelve el tema de las pensiones alimenticias, pero sólo en el supuesto que haya hijos que por su edad y condición tengan derecho a ellas, dado que el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y, por tanto, se extingue el derecho de pedir alimentos a los cónyuges una vez decretado. También dicho acuerdo deberá regular las materias relacionadas con la tuición de los hijos y el régimen de visitas que corresponde al padre que no los tendrá bajo su cuidado..

A la vez, será suficiente el acuerdo, “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”<sup>6</sup>. Corresponde al juez ponderar si el acuerdo cumple, o no, con esta exigencia.

### **2.2.2. Divorcio unilateral**

Este tipo de divorcio procede a solicitud de uno de los cónyuges bajo la sola exigencia de constatar una situación de cese efectivo de la convivencia conyugal de tres años como mínimo y siempre que el demandante no hubiera dejado de cumplir su obligación de proporcionar alimentos a su cónyuge y a los hijos comunes.

Sin pretender profundizar en este tema, que escapa a la materia propia de esta memoria, me permito hacer un pequeño comentario sobre él. Mediante esta fórmula se consagra el llamado “divorcio-repudio”, la forma más extrema de divorcio, ya que el matrimonio queda sujeto a la voluntad de uno de los cónyuges, el que puede pedir discrecionalmente el divorcio, imponiendo su voluntad al otro, sin más requisitos que separándose de él y esperando un lapso de tiempo de tres años.

De hecho la aprobación de este tipo de divorcio fue la que más reparos tuvo dentro de la discusión de la ley, incluso por sectores parlamentarios que estaban de acuerdo en introducir el divorcio vincular en nuestra legislación.

Uno de los argumentos que se esgrimió para tranquilizar a las personas que se oponían a la aprobación del divorcio por razones morales o espirituales fue que la utilización de él era voluntaria; siempre, se decía, cabe la posibilidad de

---

<sup>6</sup> Artículo 55, inciso 2° de la Ley 19.947.

abstenerse de su uso. No obstante, al aprobarse el divorcio unilateral, uno de los cónyuges puede imponer al otro la calidad civil de divorciado, aunque esto signifique un atentado profundo a sus más profundas convicciones.<sup>7</sup>

No por nada, la discusión sobre esta fórmula de divorcio fue la que provocó mayores controversias en el Congreso.

### **3. Nulidad del matrimonio**

Para cerrar este capítulo nos referiremos al concepto de nulidad. Esta institución, referida al matrimonio, es la materia de esta tesis, por lo que será analizada en profundidad a lo largo de todo este trabajo.

De acuerdo al artículo 1681 del Código Civil, la nulidad es una sanción, esto es, una reacción del ordenamiento jurídico frente a la violación de sus normas, que la ley establece para aquellos actos o contratos a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes.

Dicho de otra forma, la nulidad como sanción del orden jurídico se da frente a la existencia de un vicio en el acto jurídico, vicio que consiste en la falta o carencia de algún requisito o cualidad que, conforme a la ley, debía estar presente en el acto jurídico en el momento de su celebración. La causa de la nulidad es, entonces, originaria<sup>8</sup>.

Es materia de discusión la de determinar si las reglas del derecho común sobre la nulidad de los actos y contratos patrimoniales son aplicables a la

---

<sup>7</sup> La diputada Aylwin señaló lo siguiente: “En una ley de matrimonio que establezca la posibilidad de divorciarse, nadie está obligado a ejercer esa acción”. (C. de Diputados, Sesión 39, 8 de septiembre de 1997, p.46)

<sup>8</sup> Loveras de Resk, Tratado teórico –práctico de las nulidades, pág. 28.

nulidad matrimonial, o si ésta debe regirse tan solo por las disposiciones que se refieren específicamente a ella. Esta materia será tratada en el próximo capítulo.

La nulidad del matrimonio significa que este desde su celebración carecía de validez, por ende, que el vínculo conyugal no surgió y por lo tanto nunca existió. La resolución judicial que declara la nulidad señala que el matrimonio fue absolutamente ineficaz para producir sus efectos porque en el momento de su celebración había causales como impedimentos, vicios del consentimiento o defectos de forma sustanciales. La declaración de nulidad tiene efecto retroactivo, esto se entiende como que nunca existieron los derechos y deberes propiamente conyugales, salvo las excepciones en cuanto a los efectos que la ley prevé para el caso del matrimonio putativo.

Lo señalado distingue claramente la nulidad del divorcio: en la primera no se disuelve el matrimonio, sino que el juez mediante una sentencia declarativa reconoce la nulidad (del latín nullus: nada) de un matrimonio que nunca surgió, de un vínculo conyugal que, en realidad, nunca se produjo, sino que constituyó una mera apariencia. El divorcio, en cambio, implica la disolución de un matrimonio válido, la ruptura del vínculo por causas sobrevivientes.

Siguiendo a Zachariae, la doctrina, casi sin discrepancia, ha aceptado la teoría de la inexistencia del matrimonio diferenciándola de la nulidad. Sin embargo sus diferencias son sutiles, en efecto la diferencia está en que el matrimonio inexistente ni siquiera presenta el mínimo de apariencia de regularidad, de tal modo que no necesita una sentencia judicial que así lo determine, opera ipso iure; así ocurre cuando no hay diversidad de sexo entre los contrayentes, no ha habido consentimiento o no se ha efectuado ante la presencia del oficial del Registro Civil. El matrimonio nulo, en cambio, presenta una apariencia de realidad, aparece como válido, ha existido de hecho, por lo que requiere de una sentencia judicial que declare su ineficacia. En lo señalado radica la diferencia que tiene algunas consecuencias prácticas, en efecto, el

matrimonio inexistente excluye los efectos reconocidos al “matrimonio putativo” que si puede tener el matrimonio nulo, la acción no prescribe en el tiempo y puede ser intentada por cualquier persona.

Por lo anteriormente expuesto, la nueva Ley de Matrimonio Civil incurre en un error al señalar que el matrimonio termina “por sentencia firme de nulidad”; no puede terminar algo que nunca ha empezado. Tal vez podría aceptarse la expresión en el sentido de que hay que “terminar” con la apariencia de matrimonio. Pero lo más correcto habría sido que el capítulo IV de la ley titulado “De la terminación del Matrimonio” hubiera tenido como título “De la ineficacia y disolución del Matrimonio”. Esta indicación fue presentada por los señores senadores Chadwick, Romero y Diez, pero en definitiva no fue acogida por el Congreso. La misma equivocación cometía la derogada ley de Matrimonio Civil de 1884 que señalaba que el matrimonio se disolvía: “por la declaración de nulidad pronunciada por autoridad competente”.

## **CAPÍTULO II**

### **PARALELO ENTRE LA NULIDAD PATRIMONIAL Y LA NULIDAD MATRIMONIAL**

Es materia de discusión en la doctrina y jurisprudencia chilena si a la nulidad del matrimonio, e incluso al mismo matrimonio, sin perjuicio de sus reglas especiales, es posible aplicarle las reglas generales del derecho común de naturaleza patrimonial, en particular las que se refieren a los contratos y a la nulidad de los actos y declaraciones de voluntad.

La Corte Suprema en sentencia de casación del 1 de julio de 2003 ha sostenido, por unanimidad, lo siguiente: “Que no procede acoger la infracción al art. 1545 del Código Civil, por tratarse el matrimonio de un “instituto jurídico” que está regido por leyes específicas y son estas las que deben aplicarse y no las generales relativas a los contratos”<sup>9</sup>.

Al parecer este es el criterio que está imperando tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Con respecto a las reglas de nulidad patrimonial contenidas en el título XX del Libro IV del Código Civil, algunos sostienen que no habría inconveniente en ocuparlas en la nulidad matrimonial, siempre que no fueran incompatibles con las reglas específicas de esta institución; aunque este criterio contradice la sentencia anteriormente citada. Si las reglas aplicables a los contratos no lo son para el matrimonio, tampoco correspondería utilizar las reglas de nulidad de estos para la nulidad matrimonial.

---

<sup>9</sup> Gj. 277, Santiago de Chile, 2003, Cs. Cas. 1-VII-2003, cons. 2º, p. 67.

Por lo pronto, y en este punto hay consenso, la nulidad patrimonial presenta claras diferencias con la nulidad matrimonial. Veamos:

1) En materia de nulidad matrimonial, no cabe la distinción que hay en materia patrimonial de nulidad absoluta y nulidad relativa. La razón más simple de esto es que la ley no ha hecho tal distinción. Esta es la opinión mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia.

Así podemos citar una sentencia de casación de la Corte Suprema del 5 de mayo de 1999 que revoca una sentencia de alzada de la Corte de Apelaciones de Santiago que había admitido la opinión contraria. En efecto, la Corte Suprema en el considerando cuarto de su sentencia de casación mantuvo la doctrina conforme a la cual no es posible aplicar a la nulidad del matrimonio las normas de la nulidad de los actos patrimoniales, que en el caso litigioso se referían a la distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa<sup>10</sup>.

Sin embargo, hay algunas voces disidentes en la jurisprudencia. Así por ejemplo, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago del 19 de octubre de 1988, en el considerando 6° se leía: “La Ley de Matrimonio Civil no contiene norma alguna que excluya o altere expresamente el concepto y la clasificación de nulidad absoluta y relativa; y por el contrario, reafirma en el art. 39 que quedan vigentes las disposiciones del Código Civil en lo que no fueran opuestas a dicha ley. Por otra parte, si la ley aludida no clasifica los distintos tipos y casos de invalidez que contempla, en nulidades absolutas y relativas, ello no significa que esté modificando los principios generales sobre nulidad, sino que esa omisión se debe precisamente, a que tal clasificación ya la hacía el Código Civil y resultaba ocioso repetirla. Si se siguiera un razonamiento de ese carácter, se llegaría al absurdo de exigir que cada precepto legal que aluda a la falta de validez de un acto, se vea en la obligación de especificar cuando hay

---

<sup>10</sup> Cs.Cas.Civ. 5-V- 1999, cons. 4° (316-98).

nulidad absoluta y cuando relativa, para poder hacerle aplicables las normas comunes del Código Civil”<sup>11</sup>.

Acorde a la doctrina que sostiene el fallo recién citado, son las opiniones de Luis Claro Solar, José Clemente Fabres y Barros Errázuriz. El primero explica que: “En el matrimonio, lo mismo que en los contratos en general, tiene, pues cabida la distinción de las nulidades en absolutas y relativas, aunque no estén sujetas estrictamente a los mismos principios que rigen las nulidades de los demás contratos, porque en el matrimonio todo es especial y sometido a reglas que le son propias”<sup>12</sup>.

En definitiva, y como lo observan varios autores, esta discusión es puramente teórica, ya que la distinción entre nulidad absoluta y relativa tiene importancia para una serie de aspectos que en la Ley de Matrimonio Civil están expresamente reglamentados. La distinción entre la nulidad absoluta y nulidad relativa importa desde varios puntos de vista: titulares de la acción, admisibilidad de declarar de oficio la nulidad, plazos de prescripción y posibilidad de ratificar el acto nulo. Todas estas materias, como dijimos, están reguladas por la ley en forma expresa. Así, por ejemplo, señala en forma precisa los titulares de la acción de nulidad (art. 46 de la ley 19.947); establece como norma general la imprescriptibilidad de la acción (art.48), etc.

Si hay un aspecto en que la discusión puede tener importancia, en efecto, se hace necesario distinguir entre ambas nulidades para los efectos de resolver si se aplica a la nulidad de matrimonio la sanción contemplada en el art. 1683 del Código Civil que estipula que carecen de la acción de nulidad absoluta los que celebraron el acto o contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

---

<sup>11</sup> Cap. Santiago, Ap.Civ. 19-X-1988, cons. 6° (Rol 3.429-87).

<sup>12</sup> Claro Solar Luis: “Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado”, T.I, N°535, págs. 296 y sgtes.

Esta discusión se produjo, normalmente, en los pleitos en que se invocaba la conocida causal de incompetencia del Oficial del Registro Civil para obtener la nulidad. El cónyuge demandado, que no consentía en la nulidad del matrimonio, invocaba que su demandante conocía o debía conocer el vicio que invalidaba el matrimonio en el momento de su celebración.

La más reciente jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia tendió a uniformarse en cuanto a la improcedencia de la aplicación del art.1683 en caso de nulidad matrimonial, por dos razones principales: porque dicho artículo solo era aplicable a los actos de carácter patrimonial y porque el matrimonio se rige por las normas que le son propias y que están contempladas en la Ley de Matrimonio Civil.

Hubo también alguna jurisprudencia que defendió la aplicación del art. 1683 del Código Civil a la nulidad del matrimonio. Así, por ejemplo, se puede citar una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago del 19 de octubre de 1988, en cuyo considerando 6° se leía: “Que hay que reconocer que estudiosos del derecho han dicho que no corresponde aplicar a la nulidad del matrimonio el art. 1683 del Código Civil, por regirse ésta por una ley especial. Sin embargo, puede afirmarse que dicha norma es plenamente aplicable a esa materia, porque se halla establecida en el Código Civil, que es el cuerpo legal en que se consagra el Derecho Privado chileno común y general, y cuyos preceptos rigen todos los asuntos de esa clase en que no hay legislación especial en contrario”<sup>13</sup>.

Como refutación al argumento invocado por este fallo se podría señalar que el matrimonio es un instituto sui géneris que está regulado por una ley especial que es la Ley de Matrimonio Civil, cuyas normas contemplan la posibilidad de

---

<sup>13</sup> Cap. Santiago, Ap. Civ. 19-X-1988, cons. 6° (Rol 3.429-87).

interponer acción de nulidad a los presuntos cónyuges, sin que se contemple en ellas ninguna excepción en que se prohíba el ejercicio de esta acción.

Además hay razones de orden público que ameritan que el artículo in comento no sea aplicable. Así, por ejemplo, si una persona conociendo su parentesco se casa con su hermana, ¿se podría sostener que no puede alegar la nulidad porque celebró el matrimonio conociendo el vicio que lo invalidaba?

2) En la Ley de Matrimonio Civil no hay causales genéricas de nulidad de matrimonio, sino que ésta señala en forma taxativa, en los arts. 44 y 45, los vicios que acarrearán la nulidad. La nulidad patrimonial se puede invocar, en cambio, por causales genéricas, así por ejemplo se dice que son nulos los contratos prohibidos por la ley; son nulos los actos y contratos en que se han omitido las solemnidades legales, etc.

3) Por regla general, la acción de nulidad de matrimonio no prescribe, pero debe alegarse en vida de los cónyuges (art. 47). La nulidad patrimonial, por su parte, prescribe siempre.

4) En materia patrimonial, declarada la nulidad, las partes vuelven al estado anterior a la celebración del acto o contrato (art. 1687 del Código Civil). En materia matrimonial, no ocurre lo anterior respecto del cónyuge que de buena fe y con justa causa de error celebró el matrimonio. En este caso, el efecto retroactivo que se produce con la declaración de nulidad se encuentra atenuado mediante la institución del matrimonio putativo.

## **CAPÍTULO III**

### **RÉGIMEN DE NULIDAD EN LA ANTIGUA LEGISLACIÓN CHILENA**

Al igual que en la ley 19.947 la derogada ley de 1884 establecía que el matrimonio se disolvía: “Por la declaración de nulidad pronunciada por autoridad competente” (art. 37, N°2).

Sin embargo, la actual ley ha introducido una serie de reformas en el régimen de nulidad contemplado en la antigua ley, especialmente en lo relativo a las causas que la generan, tanto porque ha modificado o eliminado algunas de las antiguamente existentes, cuanto porque ha incluido otras no consideradas con anterioridad. Otra innovación fue la introducción de la compensación económica a favor de uno de los que se tuvieron por cónyuges.

Las causas de nulidad que contemplaba la ley de 1884 tuvieron escasa aplicación práctica, salvo la contenida en la parte inicial de su artículo 31, que prescribía: “Es igualmente nulo el matrimonio que no se celebre ante el Oficial del Registro Civil correspondiente”. Esta causal fue utilizada por los cónyuges y aceptada por los jueces de manera abusiva y fraudulenta y tuvo una relevancia importante en el debate de la aprobación de la nueva ley de Matrimonio Civil. De hecho constituyó el caballo de batalla de prácticamente todos los parlamentarios que estaban de acuerdo con la aprobación del divorcio.

Revisemos las causales que contemplaba la antigua ley de 1884 en materia de nulidad.

#### **1. Causales de nulidad matrimonial**

1.1. Matrimonio celebrado existiendo impedimentos dirimientes, esto es:

a) vínculo matrimonial no disuelto b) impubertad c) impotencia perpetua e incurable d) imposibilidad de darse a entender de palabra o por escrito e) demencia f) cierto grado de parentesco g) cónyuge sobreviviente no puede casarse con el asesino o cómplice en el asesinato de su marido o mujer, ni el cónyuge adúltero con su partícipe en esa infracción.

Varias de las causales contempladas en el cuerpo legal in comento han sido eliminadas en la nueva Ley 19.947, lo que amerita algunos comentarios.

En primer lugar fue suprimida la impotencia como incapacidad nupcial -después de extenso debate- debido a que predominó en los legisladores un sentimiento de compasión hacia ese tipo de enfermos y se pensó que en caso de ocultación el cónyuge afectado podría invocar la nulidad por el nuevo vicio del consentimiento que contempla la nueva ley consistente en el error sobre las cualidades personales del contrayente. Es importante aclarar que la impotencia a la que se refería la antigua ley es la llamada *couendi*, esto es la incapacidad para realizar el coito por carencia, atrofia o defectuosa conformación de los órganos sexuales. No se refería a la impotencia *generandi* que es la imposibilidad de engendrar o concebir, a pesar de que hay antiguas sentencias que se han pronunciado, en forma equivocada, que estiman que el legislador comprendía en la palabra impotencia tanto la *couendi* como la *generandi*. La razón es que la causal está tomada del Código Canónico que entiende que la impotencia propiamente tal es la *couendi*, llamando a la otra esterilidad. Después de esta aclaración veamos la opinión del profesor Hernán Corral con respecto a este punto: “Según mi parecer, esta derogación fue poco prudente porque ella podría dar a entender –aunque no fue esa la intención de los legisladores que se refleja en las actas parlamentarias- que la viabilidad de la conjunción sexual entre el marido y la mujer no es un elemento objetivo y propio del matrimonio como institución en la que se funda la familia, lo cual es equivocado. La capacidad para realizar la cópula sexual de un modo humano es

esencial para que pueda hablarse de verdadero matrimonio, aun cuando no haya habido error ni ocultación. Una relación de amistad, compañerismo, fraternidad, puede ser muy loable, pero no hay que asimilarse a la institución social del matrimonio, base de la familia. Siendo la capacidad sexual un elemento esencial del compromiso matrimonial, bien podría ahora argumentarse que, aunque la impotencia perpetua e incurable ha dejado de ser una causal de nulidad del vínculo, su comprobación, previa demanda de alguno de los cónyuges, podría determinar la constatación judicial de la inexistencia del matrimonio”<sup>14</sup>.

Otra de las causales derogadas fue el impedimento para contraer matrimonio de los sordomudos que no pueden escribir, ya que la ley les permite darse a entender por medio del lenguaje de señas.

La tercera causal que se eliminó fue la de impedimento por adulterio. Antiguamente la ley prohibía a la mujer casarse con su correo en el delito de adulterio. Como la Ley 19.335 despenalizó el adulterio al derogar los arts. 375 al 381 del Código Penal, dio a la norma un sentido diferente. Antes de que la nueva Ley de Matrimonio Civil eliminara el adulterio como impedimento para contraer matrimonio, este afectaba tanto al varón como a la mujer que cometían adulterio civil. La argumentación que se dio en el debate parlamentario fue que, habiéndose suprimido el adulterio como delito, era absurdo conservarlo como impedimento. También se consideró que era una prohibición irreal debido a que cuando existe una ruptura matrimonial es muy posible que se incurra en adulterio, e impedir que durante cinco años la nueva pareja pueda casarse, si desea contraer matrimonio, significa fomentar las convivencias. Me parece que fue un error eliminarlo, ya que al hacerlo se está dejando de sancionar una conducta que constituye una grave infracción a los deberes del matrimonio como

---

<sup>14</sup> Hernán Corral Talciani: “Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri”. U. Diego Portales, pág. 269.

es el de la fidelidad, deber que al no cumplirse acarrea un sinnúmero de rupturas matrimoniales, con todas sus consecuencias negativas.

1.2. Matrimonio celebrado con infracción al art.27 de la Ley 7.613 o al art. 18 de la Ley 18.703. Sobre este punto, el art. 27 de la Ley señala que “Es nulo el matrimonio que contraiga el adoptante con el adoptado o el adoptado con el viudo o viuda del adoptante”. El art. 18 de la Ley 18.703 repite la misma norma. Si bien las leyes 7.613 y 18703 se encuentran derogadas, regía este impedimento respecto de quienes adoptaron bajo el imperio de tales leyes.

1.3. Falta de libre y espontáneo consentimiento por parte de alguno de los contrayentes: los vicios de que puede adolecer el consentimiento son error en cuanto a la identidad de la persona del otro contrayente; fuerza, en los términos de los arts. 1456 y 1457 del Código Civil y rapto cuando el matrimonio se ha celebrado sin que la mujer hubiera recobrado su libertad.

1.4. Celebración del matrimonio ante oficial del Registro Civil incompetente, o ante testigos inhábiles o en menor número de los que la ley exige. Esta causal está establecida en el art. 31 de la antigua Ley de matrimonio Civil y contempla tres situaciones diferentes:

a) Matrimonio celebrado ante testigos inhábiles.

b) Matrimonio celebrado ante menor número de testigos de los que la ley exige. No se hará comentario de estas causales en esta oportunidad, ya que ello se hará cuando se analicen las causales que contempla la nueva legislación por encontrarse éstas en ese cuerpo legal.

c) Matrimonio celebrado ante oficial civil incompetente: Esta podía darse en dos casos:

1- Cuando el oficial autorizaba un matrimonio fuera de su territorio jurisdiccional. Por ejemplo, el oficial civil de Puerto Montt, autoriza un matrimonio que se celebra en Puerto Varas; y

2- Cuando el matrimonio se verificaba ante un oficial civil que no corresponde al del domicilio o residencia de uno de los contrayentes.

De las situaciones recién descritas la verdaderamente importante es la segunda, porque fue la más socorrida. La mayoría de las veces los cónyuges la invocaron, convenientemente, fingiendo y simulando su existencia a fin de obtener una sentencia de nulidad que les permitiera volver a contraer matrimonio. Este fraude, o “mentira institucionalizada”, se hizo cada vez más descarado y escandaloso comprometiendo, incluso, la honorabilidad de la administración de justicia, que actuaba, la mayoría de las veces, con aquiescencia de lo que era un engaño evidente.

Para que se entienda como operaba este fraude es necesario dar algunas explicaciones:

El oficial de Registro Civil competente es el de la comuna o sección que corresponda al domicilio o residencia de al menos uno de los contrayentes, y se considera como lugar de residencia aquél en que hayan vivido los últimos tres meses.

La razón por la cual se exige competencia territorial al oficial del registro Civil proviene del Derecho Canónico. Con este requerimiento se procuraba evitar la celebración de intento de vínculos inválidos por ocultamientos de impedimentos, lo que es más fácil de realizar cuando los contrayentes se casan en un lugar donde no son conocidos. El requisito perseveró en la Ley de Matrimonio Civil, con igual finalidad, sólo que se sustituyó el párroco por el funcionario del Registro Civil.

Las personas que deseaban anular su matrimonio, fundaban su acción de nulidad en la incompetencia del oficial del Registro Civil alegando que al momento de casarse ninguno de los contrayentes tenía su domicilio o residencia en el lugar en que se casaron, por lo que el oficial del Registro Civil ante el cual se celebró el matrimonio no era el que correspondía en conformidad a lo establecido por la ley.

En la realidad era difícil que el matrimonio se realizara ante un oficial civil que no correspondía al del domicilio o residencia de alguno de los contrayentes, puesto que las leyes de Matrimonio Civil y de Registro Civil exigían una prueba preconstituida sobre ese punto. Tal prueba está representada por la manifestación, la información y el acta de matrimonio. En efecto, la ley señalaba que la inscripción de los matrimonios debía contener: “Los nombres y apellidos de los testigos y sus testimonios, bajo juramento, sobre el hecho de no existir impedimentos ni prohibiciones para celebrar el matrimonio y sobre el lugar del domicilio o residencia de los contrayentes”<sup>15</sup>.

Para que la demanda invocando la causal de incompetencia del oficial del Registro Civil prosperara, se debía probar un hecho negativo (que no tenían domicilio ni residencia en la comuna o sección del oficial civil ante el que se casaron). Para acreditar este hecho negativo se debe probar el positivo contrario, vale decir, que ambos contrayentes a la fecha del matrimonio y durante los últimos tres meses anteriores tenían su domicilio y residencia en un lugar distinto de aquel en que se casaron. Este hecho, naturalmente, debía ser comprobado por testigos.

Ante las primeras demandas invocando lo anteriormente expuesto, los tribunales tuvieron una clara posición de rechazo, salvo algunas excepciones aisladas, argumentando que la manifestación, información y el acta de

---

<sup>15</sup> Art. 39, N° 7 de la Ley 4.808 que reformó la Ley de Matrimonio Civil de 1884.

matrimonio eran instrumentos públicos y como tal hacían plena fe de lo declarado en ellos, según lo dispuesto en el art. 1700 del Código Civil, resultando inadmisibles que se pretendiera con una prueba de testigos desmentir lo que en dichos instrumentos se había dicho.

La primera sentencia de la Corte Suprema que claramente sostuvo la tesis contraria, esto es, que es posible entrar a valorar también las pruebas presentadas en el juicio de nulidad sobre la efectividad del domicilio de los contrayentes, fue alrededor de 1925. Posteriormente se aceptó que es legítimo tener por comprobada la falta de competencia del oficial del Registro Civil mediante la prueba testimonial rendida en el proceso de nulidad.

La aceptación de esta forma de probar la nulidad constituyó una nueva interpretación del régimen probatorio en materia de nulidad. A las pruebas preconstituidas en el acta de matrimonio, se enfrenta ahora la declaración de testigos que juran, en el juicio de nulidad, la falsedad de dichos documentos en cuanto al domicilio o residencia de los cónyuges. Los tribunales al aceptar la prueba testimonial, se fundan en el argumento de que no cabe aplicar el art. 1700 del Código Civil, sino el art. 308 del mismo Código, que establece que las partidas del Registro Civil “no garantizan la veracidad” de las declaraciones formuladas por los contrayentes, por lo que podrán impugnarse, haciendo constar que fue falsa la declaración en el punto de que se trata. En definitiva, los tribunales comienzan a sostener que ha de darse mayor valor probatorio a lo aseverado por los testigos presentados en el juicio, en cuanto cumplan los requisitos legales para constituir plena prueba.

En realidad, no hay ninguna fundamentación sólida que justifique el cambio jurisprudencial. Este se explica más bien por el cambio de mentalidad, que empieza a mirar con buenos ojos la idea de que hay rupturas matrimoniales irremediables y que por lo tanto hay que solucionarlas. Como reflejo de esto se puede mencionar el fallo de la causa “Sabioncello con Hausmann”, que ha

pasado a ser clásico en esta materia, y que mereció la alabanza de don Arturo Alessandri R con el siguiente comentario: “La sentencia suple la deficiencia de nuestra legislación que, inspirada todavía en un criterio estrecho y atrasado, impropio del siglo en que vivimos, rechaza el divorcio con disolución de vínculo”. En su opinión, “es la ley la que debe plegarse a la necesidad y no ésta a aquella”<sup>16</sup>.

Este cambio de mentalidad, en definitiva, abre la posibilidad de que se tramiten juicios simulados de nulidad, en la medida en que se presenten testigos, que siendo legalmente examinados, afirmen la falsedad del domicilio o residencia declarados por los contrayentes y sus testigos al momento de celebrarse el matrimonio.

A pesar de que ha prevalecido la tesis reseñada, aparecieron algunos fallos que la contradecían como un intento de algunos jueces de poner límites a la proliferación de estos juicios simulados que iban siendo cada vez más descarados y numerosos. Podemos citar, a modo de ejemplo, uno en que se declaró lo siguiente: “no puede el actor pretender probar, después de muchos años, mediante testigos, que su domicilio o residencia no fue aquel que manifestó al momento de celebrar dicho acto”<sup>17</sup>.

También, algunas Cortes de Apelaciones comenzaron a considerar que al demandante no le bastaba con probar que los contrayentes habían tenido domicilio en otro lugar, sino que además debían acreditar que no tenían a la vez domicilio en la parte declarada ante el oficial del Registro Civil, ya que la ley establece la posibilidad de que una persona tenga pluralidad de domicilios. La Corte Suprema, en varias oportunidades, casó estos fallos, “porque la pluralidad

---

<sup>16</sup> Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 29, sec. 1ra, pág. 352.

<sup>17</sup> Corte de San Miguel, 15 de junio de 1989, Revista Gaceta Jurídica N° 108, pág. 46.

de domicilios es la excepción y mientras su existencia no se acredite en autos, ella no puede presumirse”<sup>18</sup>.

## **2. Comentario acerca de la incidencia de las nulidades fraudulentas**

En Chile se hizo extensiva la idea de que las nulidades fraudulentas constituían un fenómeno generalizado, altamente pernicioso para toda la regulación jurídica de la familia. Sin embargo, si se estudian rigurosamente las estadísticas podemos comprobar que en los diez últimos años, antes de la entrada en vigencia de la nueva Ley de Matrimonio Civil, la tasa de nulidades se mantuvo estable en alrededor de un poco más de 6.000 casos por año. Si se compara esa cifra con el número de matrimonios que se contraen al año, resultan tasas que van desde un 3% a un 8,7%. El incremento porcentual se ve marcado no sólo por el aumento de los casos de nulidad, sino por el descenso de nupcialidad que se observa en los últimos años.

Se puede comprobar por estas cifras de nulidad que nos encontrábamos ante un problema social menor, sobre todo si estas cifras las comparamos con cualquier estadística de sentencias de divorcios pronunciadas en países con legislación que admite este tipo de disolución del matrimonio.

Otra de las afirmaciones frecuentes es señalar que las nulidades fraudulentas constituían un verdadero “divorcio jurisprudencial” o “divorcio a la chilena”, como se le llamó popularmente. Lo que en realidad existía era nada más y nada menos que un fraude a la ley, fraude que afecta a muchos otros sectores de la legislación, como el fraude tributario por ejemplo. La ampliamente conocida frase “hecha la ley, hecha la trampa” se produjo en las nulidades matrimoniales, tal como se produce en muchos otros campos jurídicos.

---

<sup>18</sup> Somarriva, Manuel, Derecho de Familia, Ediar Editores Ltda., Santiago, 1883, pág.82.

Se decía que el sistema de nulidad matrimonial no regulaba eficientemente la situación en que quedaban los cónyuges y los hijos después de la declaración de nulidad, siendo el cónyuge más débil económicamente y los hijos, la más de las veces, perjudicados en sus derechos. Esto constituía una falacia: el fraude de la nulidad procedía sólo cuando había mutuo acuerdo de los cónyuges, y esta fue la mejor arma del cónyuge más débil económicamente (normalmente la mujer) para negociar un acuerdo satisfactorio para sus intereses. Hoy, con la nueva ley, el cónyuge más débil no podrá evitar que su consorte demande el divorcio, por lo tanto las “armas jurídicas” con que cuenta para lograr una liquidación patrimonial satisfactoria disminuirán notoriamente.

Con respecto a los hijos, la situación en que estos quedaban después de declarada la nulidad era exactamente igual a la situación en que quedan hoy después de decretado el divorcio de sus padres.

Las nulidades por incompetencia del Oficial del Registro Civil han sido uno de los principales argumentos que se invocaron para dictar la nueva Ley en que se incluye el divorcio vincular, pero es fácil darse cuenta que la solución estaba a la mano: bastaba con otorgar competencia a todos los Oficiales del Registro Civil del país para autorizar matrimonios con independencia del domicilio o residencia de los contrayentes. Otra solución era mantener el requisito, pero establecer una prescripción de corto tiempo que extinga el derecho para invocar la nulidad por esta causal.

Incluso, algunos propusieron que se introdujera una norma en el Código de Procedimiento Civil que dispusiera que las causales de nulidad relativas a las formalidades del matrimonio no pudieran tenerse por acreditadas únicamente mediante testigos; tampoco debía aceptarse como medio probatorio la confesión del demandado. Esta modificación legal evitaba modificar la organización territorial de la competencia de los funcionarios del Registro Civil, que tenía cierta utilidad, por lo menos administrativa

## **CAPÍTULO IV**

### **CAUSALES DE NULIDAD EN LA NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL**

Las causales o causas de nulidad matrimonial son ciertos hechos o circunstancias, taxativamente enumerados por la ley y que existían al tiempo de la celebración del matrimonio, que privan a éste de validez. Esta definición se desprende del encabezado del art. 44 de la Ley de Matrimonio Civil que señala lo siguiente: “El matrimonio sólo podrá ser declarado nulo por algunas de las siguientes causales, que deben haber existido al tiempo de su celebración:..”.

De lo señalado podemos concluir que las causales de nulidad matrimonial presentan dos características fundamentales:

- a) Son taxativas: se respeta plenamente el principio “no hay nulidad sin texto”, por lo tanto las causales de nulidad son de derecho estricto y no admiten interpretación analógica. Esta característica de las causales de nulidad la diferencia claramente de las del divorcio cuya descripción es genérica.
- b) Tienen que existir al momento de la celebración del matrimonio: no puede haber nulidad por hechos sobrevivientes a la celebración del contrato matrimonial. Nuevamente esta característica de las causales de nulidad la diferencian del divorcio que consiste, precisamente, en la disolución de un matrimonio que es válido, pero al que se le priva de efectos civiles por hechos acaecidos durante la vigencia del matrimonio.

Con respecto a esta característica se hace necesario determinar cual es el “tiempo de la celebración” del matrimonio.

En el caso de los matrimonios celebrados exclusivamente ante el Oficial del Registro Civil, el “tiempo de la celebración” es, naturalmente, el del acto de la celebración del matrimonio, que coincide con el de su inscripción.

Ahora tratándose de matrimonios celebrados ante una entidad religiosa hay discrepancia de opinión: los autores Javier Barrientos Grandon y Aránzazu Novales Alquézar sostienen que la fecha de celebración es la de la ratificación<sup>19</sup> ante el oficial del Registro Civil.

El profesor Hernán Corral, por su parte, piensa que la época de la celebración es la de la ceremonia religiosa y no la del acto ratificatorio que se hace ante el Oficial del Registro Civil, esto debido a que la norma habla de matrimonios “celebrados” ante entidades religiosas y que luego no son “recelebrados” ante el Oficial del Registro Civil sino ratificados. La ratificación, por aplicación de los principios generales del derecho, opera con efecto retroactivo, por lo que el matrimonio es reconocido civilmente como celebrado en la fecha en la que se emitió el consentimiento matrimonial, es decir, en la ceremonia religiosa<sup>20</sup>. Me adhiero a la opinión del profesor Corral por ser la que más se identifica con el espíritu que tuvo el legislador al darle validez civil al matrimonio religioso.

Las causales de nulidad en la ley 19.947 se pueden esquematizar de la siguiente manera:

- 1) La falta de capacidad legal de uno o ambos contrayentes.
- 2) La falta de consentimiento libre y espontáneo.
- 3) La falta de las solemnidades que establece la ley.

---

<sup>19</sup> Barrientos Grandon, Javier y Novales Alquézar, Aránzazu, Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, LexisNexis, Santiago, 2004.

<sup>20</sup> Corral Talciani, Hernán, Seminario Nueva Ley de Matrimonio Civil, Colegio de Abogados de Chile, Santiago, 2004.

## **1. Falta de capacidad legal de uno o ambos contrayentes.**

### **1.1. Incapacidad de uno de los contrayentes**

La regla general es que todas las personas son capaces para contraer matrimonio. Este principio es coherente con el *ius connubii*, expresión acuñada por el Derecho Romano que sirve para indicar el derecho fundamental o derecho natural de toda persona a contraer matrimonio. Este principio está consagrado en nuestro derecho en el art. 2 inc.1 de la Ley de Matrimonio Civil e informa a todo nuestro sistema matrimonial.

El supuesto de que la capacidad para casarse es la regla universal concuerda con la regla general de la capacidad para celebrar actos y contratos. Por lo tanto, los impedimentos, incapacidades o inhabilidades –como los denomina la ley indistintamente- para contraer matrimonio son siempre excepcionales, por lo que deben constar expresamente y han de ser interpretadas en sentido estricto.

Las incapacidades o impedimentos dirimientes están regulados en los arts. 5,6 y 7. El primero se refiere a las incapacidades absolutas que impiden el matrimonio con cualquier persona, mientras los segundos contienen las llamadas incapacidades relativas, que sólo impiden el matrimonio entre las personas afectadas por el impedimento.

### **1.2. Incapacidades Absolutas**

Los impedimentos dirimientes absolutos son:

1) Vínculo matrimonial no disuelto: esta causal existía en la ley de 1884 por lo que la nueva ley no presenta en este punto novedad alguna. La infracción a este impedimento, aparte de producir la nulidad del matrimonio, constituye el delito penal de bigamia, sancionado expresamente en el Código Penal.

Para que se presente esta incapacidad de ligamen es necesario que exista un matrimonio anterior que sea válido, esto significa que no se haya terminado por alguna de las causas que reconoce el art. 42 de la Ley de Matrimonio Civil, es decir: muerte real o presunta de uno de los cónyuges, por sentencia firme de nulidad o por sentencia firme de divorcio.

En el caso de la declaración de nulidad, ella sólo va a producir efecto cuando la sentencia respectiva se encuentre ejecutoriada, sin que tenga trascendencia la falta de subinscripción al margen de la inscripción matrimonial, pues ese es un requisito de publicidad frente a terceros.

La nueva ley no ha sanjado la discusión doctrinaria sobre si el matrimonio nulo putativo es eficaz para constituir el impedimento y por tanto el matrimonio celebrado después de él es válido o no. En el matrimonio declarado simplemente nulo las partes vuelven al estado anterior a la celebración del acto o contrato, o sea declarada la nulidad del primer matrimonio, ellos pasan a adquirir retroactivamente la condición de solteros, por lo que viene a resultar que el nuevo matrimonio es válido. Algunos autores piensan que tratándose del matrimonio nulo putativo esto no es así, pues si ha sido putativo ha producido los mismos efectos civiles del válido y entre estos efectos está la mantención del impedimento. Como requisito fundamental es que exista la buena fe a lo menos de una de las partes<sup>21</sup>. Otros autores piensan distinto, ya que esa solución estaría exagerando la eficacia mitigadora del matrimonio putativo, que pretende sólo impedir los perjuicios que pueda producir la nulidad del matrimonio al cónyuge de buena fe, pero no provocar la nulidad de nuevas uniones. El matrimonio putativo es primeramente nulo y siendo nulo no existe vínculo que impida contraer nuevas nupcias<sup>22</sup>. De lo que se ha dicho se desprende que es básico para determinar si existe el impedimento de matrimonio anterior no

---

<sup>21</sup> Esta doctrina ha sido sustentada por un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 6 de julio de 1963, T.41,sec. 2ª,pág.17, que tiene un comentario favorable de don Manuel Somarriva.

<sup>22</sup> En este sentido C. Pdte. Aguirre Cerda, 14 de mayo de 1996, RDJ 93,sec.2ª, pág.51.

disuelto, la circunstancia de que el primero sea válido, puesto que si es nulo, el impedimento no existe (para algunos si en el caso del matrimonio putativo). Por ello, el art. 49 de la ley 19.947 establece que: "Cuando, deducida la acción de nulidad fundada en la existencia de un matrimonio anterior, se adujere también la nulidad de este matrimonio, se resolverá en primer lugar la validez o nulidad del matrimonio precedente.

Como complemento al tema que se comenta la ley establece que las sentencias de nulidad pronunciadas por tribunales extranjeros "serán reconocidas en Chile conforme a las reglas generales que establece el Código de Procedimiento Civil" (art. 83).

La sentencia de divorcio constituye una nueva causal de terminación del matrimonio, que debe también entenderse complementada por las reglas contenidas en el art. 83 de la Ley de Matrimonio Civil, en cuanto se declara que las sentencias de divorcio pronunciadas por tribunales extranjeros: "serán reconocidas en Chile conforme a las reglas generales que establece el Código de Procedimiento Civil".

Las reglas del art. 83 de la Ley 19.947 son nuevas en relación con la ley de 1884 y, sobre todo, en relación con las del Código Civil. En efecto, la nueva ley ha derogado el art.120 del Código Civil que no reconocía la disolución de un matrimonio en país extranjero, de acuerdo con las leyes de ese mismo país, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes chilenas. Las personas que hubieran obtenido la disolución de su matrimonio de dicha manera no estaban habilitadas para contraer nuevo matrimonio en Chile, mientras viviere el otro cónyuge.

2) Incapacidad por menor edad: la nueva ley eleva la edad mínima para casarse a los 16 años tanto para varones como para mujeres. Esta modificación fue aprobada prácticamente sin discusión. Sin embargo, hubo algunas voces

disidentes que proponían que la edad mínima fuera 18 años. Es absurdo, se alegó, que un joven no pueda votar antes de los 18 años, e incluso que no pueda ser testigo de un matrimonio, pero que si se le conceda la posibilidad de casarse antes de cumplir esa edad, siendo que este acto es uno de los más trascendentales de su existencia. No deja de ser un argumento razonable. La ley de 1884 establecía esta incapacidad para los impúberes, esto es para el varón menor de 14 años y la mujer menor de 12.

Es importante señalar que los menores de 18 años siguen requiriendo de la autorización de los padres para contraer matrimonio, de acuerdo a los arts. 105 y siguientes del Código Civil.

3) Incapacidad por hallarse privado del uso de razón: En la antigua ley esta inhabilidad se reconocía como “demencia”. La nueva denominación de esta incapacidad: privación del uso de razón se inspiró, de acuerdo a la historia fidedigna de la ley, en la disposición canónica 1095 N°1 que señala que son incapaces los que carecen “del suficiente uso de razón”. La diferencia de redacción es importante y debe tomarse en cuenta en el momento de interpretar y aplicar esta incapacidad en el derecho chileno. En efecto, nuestra ley exige la ausencia del uso de razón y no tan solo su debilitamiento. Este podría caber en otra causal que contempla la nueva ley como es la carencia de “suficiente juicio o discernimiento”, pero no corresponde calificarlo dentro de la causal que se está comentando.

Esta incapacidad se justifica porque el consentimiento de una persona privada de razón no puede ser libre y espontáneo, por lo que faltaría un elemento esencial del matrimonio.

Se entiende por privación de la razón a una patología que produce enajenación mental, como una oligofrenia o esquizofrenia; pero también se incluye una privación de razón transitoria como ingesta de alcohol o drogas,

hipnosis, sonambulismo, etc., siempre que se presente al momento de prestarse el consentimiento.

4) Incapacidad por trastorno o anomalía psíquica: ésta tiene que ser de tal entidad, que impida, de modo absoluto, formar la comunidad de vida que implica el matrimonio. Esta causal es una novedad de la ley 19.947 y está tomada, con una redacción más específica, del canon 1095 del Código de Derecho Canónico de 1983 que dispone que no pueden contraer matrimonio “quienes no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica”. En la versión originaria del proyecto de ley de matrimonio civil, se recibía casi literalmente el canon 1095.Nº3, pues en su art. 4 se declaraba que eran incapaces de contraer matrimonio: “Los que por causas de naturaleza psíquica no pudieren asumir las obligaciones esenciales del matrimonio, sea absolutamente, sea de una manera compatible con la naturaleza del vínculo”.<sup>23</sup>

La forma en que quedo consagrado el impedimento, en definitiva, por la ley se debió a una indicación del Ejecutivo.

La incorporación de esta causal y de la siguiente representan el afán modernizador del régimen de nulidad matrimonial que se tuvo en la elaboración de la nueva ley, ya que se tomó en cuenta los avances en materia psicológica y jurídica que se han hecho, especialmente, en el Derecho Canónico.

No obstante, la incorporación de estas causales fue el resultado de un arduo debate, en el que no pocos parlamentarios se opusieron a que fueran recogidas por nuestra legislación. La razón más poderosa que se esgrimió es que se trata de impedimentos muy abiertos y subjetivos, difíciles de evaluar y probar, sobre todo si ha transcurrido mucho tiempo desde la celebración del matrimonio. Se argumentó que si bien existe una amplia jurisprudencia en el ámbito del Derecho Canónico con respecto a la aplicación de estas causales, no va a hacer fácil la

---

<sup>23</sup> Boletín N°1759-18, “Moción de la Diputada Saa, Allende y Aylwin, y los Diputados Walter, Barrueto, Cantero, Longton, Munizaga, Elgueta y Viera Gallo”. Nueva Ley de Matrimonio Civil.

tarea de trasladar esta doctrina a los juicios que harán los tribunales civiles o de familia. También, se alegó que al incorporarse estas causales tan amplias se corre el riesgo de que sean utilizadas en forma fraudulenta con juicios simulados, lo que podría revivir aquello que la nueva ley pretendía dejar en el pasado.

Por su reciente incorporación a la legislación civil chilena nuestros jueces carecen de experiencia en la aplicación de esta causal en los casos particulares, por lo que necesariamente tendrán que recurrir a la doctrina y jurisprudencia canónica para ayudarse en la aplicación de esta causal. Por la misma razón, la elaboración doctrinal acerca de los principios elementales que deben gobernar esta materia en la legislación civil está por hacerse, por lo que acudiré a la extensa doctrina canónica existente sobre el tema.

Los canonistas señalan tres puntos fundamentales:

a) El trastorno o anomalía psíquica ha de producirse o existir en el momento de contraer, es decir, en el momento de emitir el consentimiento. Por el contrario, son absolutamente irrelevantes en este ámbito las incapacidades sobrevenidas o las anomalías que aparezcan en el desarrollo de la relación jurídica matrimonial. En otras palabras, es importante que no se produzca un indebido trasplante de los conflictos matrimoniales, surgidos durante la vida conyugal, al momento de iniciar el pacto conyugal.

b) Debe subrayarse que esta incapacidad contemplada por el legislador no es para cualquiera de las obligaciones que se tienen en la relación jurídica matrimonial, como podrían ser por ejemplo las obligaciones económicas, o de buena administración doméstica u otras similares, sino específicamente para las obligaciones esenciales del matrimonio que se resumen en: el deber u obligación del acto conyugal, o cópula sexual como unión corporal y como principio de generación de la prole y obligación de la comunidad de vida en su

sentido más profundo y completo ( no la mera cohabitación o comunidad de lecho, mesa y habitación).

A estos deberes esenciales pueden afectar supuestos de hecho, que se concretan en desviaciones patológicas o perversiones del instinto sexual (homosexualismo, satiriasis, ninfomanía, sadismo, etc.) que imposibiliten la entrega del derecho al acto conyugal; o bien, casos de alteraciones patológicas que incapacitan para instaurar esa “comunidad de vida”, cosa que puede suceder en ciertas neurosis, inmadurez psíquica, psicopatologías y otros desequilibrios en los que la persona es incapaz de asumir la obligación de instaurar el consorcio conyugal de toda la vida.

c) Como último punto, se puede señalar que esta incapacidad debe ser absoluta y no simplemente relativa a ciertas personas. Es decir, es fundamental que se trate de una verdadera incapacidad y no de una dificultad para realizar una “comunidad de vida”. El fracaso de la unión conyugal no es en sí mismo jamás una prueba para demostrar la incapacidad de los contrayentes, que pueden haber descuidado, o usado mal, los medios para sacar adelante su unión, o que pueden no haber aceptado las limitaciones inevitables y el peso de la vida conyugal, ya sea por defectos morales o pequeños trastornos de la personalidad, etc. La verdadera incapacidad debe constituir una seria anomalía que afecte sustancialmente a la capacidad del entendimiento y/o de la voluntad del contrayente, con independencia de la personalidad de la otra parte.<sup>24</sup>

5) Incapacidad por carencia de suficiente juicio y discernimiento: la ley señala como incapaces para contraer matrimonio a “los que carecieren de suficiente juicio y discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio” (art. 5 N°4). Estamos ante otra causal novedosa, inspirada en el canon 1095.N°2 del Código Canónico, aunque con

---

<sup>24</sup> Juan Fornés. Derecho Matrimonial Canónico.

algunas variaciones en su redacción que no impiden que se la pueda examinar utilizando la interpretación y doctrina canónicas. En efecto, el canon 1095.2 prescribe que son incapaces de contraer matrimonio:” Quienes tienen un grave defecto de discreción de juicio acerca de los derechos y deberes esenciales del matrimonio que mutuamente se han de dar y aceptar”. En la Comisión de Constitución del Senado, al aprobarse por unanimidad una indicación de cuatro senadores se dejó expresa constancia de lo siguiente: “La indicación N° 22, de los Honorables Senadores Bombal, Chadwick, Coloma y Larraín, hace copulativos los requisitos de comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio. La sugerencia se inspira en el Canon 1095 N°2 del Código de Derecho Canónico, del cual se desprende que deben reunirse ambas exigencias. La doctrina canónica sostiene que el defecto de discreción o juicio, que no constituye privación de razón, no es sólo un defecto del intelecto (o sea, una incapacidad para comprender los deberes matrimoniales), sino que, a la vez, una deficiencia de la voluntad (incapacidad para querer comprometerse con ellos). Se aprobó por unanimidad, con los votos de los Honorables Senadores señores Aburto, Chadwick, Espina, Moreno y Viera Gallo”.<sup>25</sup>

Los caracteres que resultan propios de esta incapacidad consensual en el matrimonio son, en principio, los siguientes:

a) La falta de juicio y discernimiento: implica más que la facultad cognoscitiva o percepción intelectual, es decir, el uso de razón que se requiere para los negocios patrimoniales. Se refiere a la madurez psicológica personal del contrayente que le permite discernir, razonar y juzgar críticamente entre determinadas posibilidades, para así compararlas y formarse un juicio donde quepan las razones que motivaron elegir el matrimonio.

---

<sup>25</sup> Segundo Informe de la Comisión del Senado (n.13), p. 13.

b) El suficiente juicio y discernimiento es con relación al matrimonio: es decir, el tribunal no juzgará la facultad crítica y volitiva del contrayente en general, sino, con relación al matrimonio y, en concreto a los derechos y deberes que le son esenciales.

c) En el juicio y discernimiento inciden la facultad intelectual y la volitiva: la persona no sólo ha de tener el uso de razón para captar cognoscitivamente cuáles son los derechos y deberes esenciales del matrimonio, sino también, la capacidad crítica suficiente como para juzgarlos de manera de estimarlos como apetecibles en si. También la persona debe ser capaz de adherirse mediante la voluntad a aquellos compromisos que implican los deberes y derechos esenciales del matrimonio y que libre y conscientemente juzgó como apetecibles

d) La carencia de suficiente juicio o discernimiento puede causarse en defectos de una u otra facultades o de ambas: es decir, puede faltar la facultad intelectual o volitiva, o ambas. Por ejemplo, perturbaciones afectivas o emocionales pueden llegar a destruir la libertad interna para deliberar y optar.

e) Ponderación de los derechos y deberes esenciales del matrimonio: la nueva Ley de Matrimonio Civil no ha precisado cuáles serían estos derechos y deberes; pero lo lógico es que sean aquellos que permiten cumplir con los fines propios del matrimonio y estos son los que específicamente aparecen reconocidos en el Código Civil, en forma general en el artículo 102 y concretados a partir del artículo 131.<sup>26</sup>

6) La incapacidad para expresar claramente la voluntad: en este caso el contrayente tiene el uso de razón y es capaz de obrar con libertad interna y externa, pero está impedido físicamente para manifestar su consentimiento. En la ley anterior se exigía que el contrayente pudiese manifestar su consentimiento verbalmente o por escrito; en la nueva ley se admite la expresión de la voluntad

---

<sup>26</sup> Barrientos Grandon, Navales Alquézar. Nuevo Derecho Matrimonial Chileno.

“por cualquier medio” y se señala a modo de ejemplo la forma oral, escrita o el lenguaje de señas, ya que es posible que haya otros como los medios tecnológicos computacionales. Con esto la nueva ley se complementa con la ley N° 19.904, de 3 de octubre de 2003, que otorgó capacidad general de ejercicio a los sordomudos que pueden darse a entender claramente (cfr. Art. 1447 del Código Civil).

### **1.3. Incapacidades Relativas**

Las incapacidades relativas son tres:

1) Incapacidad por parentesco: se encuentra regulada en el inciso primero del art. 6 de la ley de Matrimonio Civil: “No podrán contraer matrimonio entre sí los ascendientes y descendientes por consanguinidad o por afinidad, ni los colaterales por consanguinidad en el segundo grado”. La nueva ley no innovó en la materia, salvo un cambio en la redacción del art. 5 N°2 de la ley de 1884 referida a la prohibición de los colaterales; en efecto el citado artículo señalaba que la prohibición incluía a “los colaterales por consanguinidad hasta el segundo grado inclusive”, la utilización de la preposición “hasta” estaba de más, ya que no existen los parientes colaterales en primer grado, de modo que ahora se la ha sustituido por la preposición “en”.

Este impedimento tiene como fin tutelar la dignidad de la familia, de modo que las íntimas relaciones que se desarrollan naturalmente en el seno de la convivencia familiar no traspasen sus propios límites – no se “desnaturalicen”- transformándose en unas relaciones sexuales con la esperanza de un futuro matrimonio.

El parentesco por consanguinidad, de acuerdo al art. 28 del Código Civil, “es aquel que existe entre dos personas que descienden una de la otra o de un

mismo progenitor, en cualquiera de sus grados”. Por lo tanto, se extiende la prohibición a toda la serie de parientes que proceden unos de otros en forma sucesiva. Esto incluye a los parientes en línea recta, es decir, personas situadas en la misma línea (hijo, padre, abuelo, etc.), y de línea colateral, esto es, personas situadas en líneas distintas, pero que descienden de un tronco común (hermanos, primos, tíos y sobrinos), pero como es sólo hasta el segundo grado, abarca sólo a los hermanos, tanto de doble vínculo o “hermanos carnales”, como a los de vínculo singular o “hermanos paternos o maternos”. Esta disposición difiere del Derecho Canónico en que la prohibición incluye a los parientes colaterales hasta el cuarto grado inclusive, esto significa que no podrían contraer matrimonio tíos y sobrinos, y primos hermanos.<sup>27</sup>

El parentesco por afinidad está definido en el art. 31 del Código Civil y “es el que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos de su marido o mujer”. En el inciso segundo de este mismo artículo se señala: “La línea y el grado de afinidad de una persona con un consanguíneo de su mujer o marido, se califican por la línea y grado de consanguinidad de dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo”. En concreto, el impedimento de afinidad es entre el marido y las consanguíneas de la mujer (yerno y suegra), y entre la mujer y los consanguíneos del marido (nuera y suegro). Esta prohibición incluye toda la línea recta, sin limitación de grado. No incluye la línea colateral, de modo que los cuñados no están comprendidos en esta restricción al ius conubii.

2) Incapacidad por adopción: La nueva ley de Matrimonio Civil en el art. 6, inciso 2 señala lo siguiente con respecto al impedimento por adopción: “Los impedimentos para contraerlo derivados de la adopción se establecen por las leyes especiales que la regulan”.

---

<sup>27</sup> En el caso de estos impedimentos el Derecho Canónico admite la dispensa para que se pueda celebrar el matrimonio.

La remisión se haya referida, principalmente, a la ley 19.620, vigente desde el 27 de octubre de 1999. Dicha ley señala que la adopción confiere el estado civil de hijo de los adoptantes, por lo tanto se aplicará el impedimento de parentesco señalado en la norma general del inciso 1° del art. 6 de la Ley de Matrimonio Civil entre el adoptado y la familia adoptiva. Hay que observar, sin embargo, que si bien la adopción extingue los vínculos de la filiación de origen del adoptado para todos los efectos civiles, el adoptado continúa ligado a sus parientes biológicos en lo que se refiere a la aplicación de los impedimentos matrimoniales derivados del parentesco que, para este sólo efecto, subsisten.<sup>28</sup>

3) Incapacidad por crimen: la nueva ley reconoce el tradicional conyugicidio, de aceptación universal, como un impedimento para contraer matrimonio. Este se encontraba recogido en nuestro derecho, sin embargo la nueva ley introduce algunas modificaciones con respecto a la ley anterior. En efecto, el art. 6 de la ley de 1884 decía así: “El cónyuge sobreviviente no podrá contraer matrimonio con el asesino o cómplice en el asesinato de su marido o mujer”. La actual ley lo hace de la siguiente manera en su art. 7: “El cónyuge sobreviviente no podrá contraer matrimonio con el imputado contra quien se hubiera formalizado investigación por el homicidio de su marido o mujer, o con quien hubiera sido condenado como autor, cómplice o encubridor de ese delito”.

Del tenor de la disposición se desprende que hay dos tipos de personas comprendidas en la prohibición:

a) El imputado: se desprende del Código Procesal Penal que es la persona a quien se le atribuyere participación en un hecho punible, ya sea como autor,

---

<sup>28</sup> El inciso primero del art. 37 de la ley 19.620 señala lo siguiente: “La adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes, con todos los derechos y deberes recíprocos establecidos en la ley, y extingue sus vínculos de filiación de origen, para todos los efectos civiles, salvo los impedimentos para contraer matrimonio establecidos en el art. 5 de la Ley de Matrimonio Civil, los que subsistirán. Para este efecto, cualquiera de los parientes biológicos que menciona esa disposición podrá hacer presente el respectivo impedimento ante el Servicio de Registro Civil e Identificación desde la manifestación del matrimonio y hasta antes de su celebración, lo que dicho servicio deberá verificar consultando el expediente de adopción”.

cómplice o encubridor. Al imputado en cuestión debe habersele “formalizado la investigación” por el homicidio del cónyuge de la persona con la que pretende contraer matrimonio.<sup>29</sup> Desde el momento en que cesa la calidad de imputado cesa el impedimento.<sup>30</sup>

b) El condenado: es aquella persona que tiene una sentencia judicial ejecutoriada condenatoria, ya sea como autor, cómplice o encubridor del homicidio del marido o mujer del cónyuge sobreviviente. La novedad de esta disposición es que incluye al encubridor, que no aparecía mencionado en la ley de 1884. La prohibición al condenado es perpetua y permanente.

En la nueva ley se habla de homicidio, por lo que ya no es posible restringir el impedimento sólo al homicidio calificado como se hacía en la interpretación de la antigua ley. Se entendía así, porque esta hablaba de “asesinato”.

## **2. Falta de consentimiento libre y espontáneo**

La nueva ley de Matrimonio Civil ha situado en un lugar central al consentimiento dentro del matrimonio, recogiendo el desarrollo del Derecho en materia contractual que le da una prominencia esencial a la autonomía de la voluntad.

De acuerdo a esto, el matrimonio se produce, se crea por el consentimiento de las partes capaces para contraerlo, legítimamente manifestado; consentimiento que ningún poder humano puede suplir. Quiere decir que solamente la propia y personal declaración de voluntad de los contrayentes que

---

<sup>29</sup> De acuerdo al art. 231 del Código Procesal Penal la formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados.

<sup>30</sup> Cesa la calidad de imputado: a) cuando, una vez cerrada la investigación, el fiscal solicita el sobreseimiento definido, y éste así se decreta b) cuando, una vez cerrada la investigación, el fiscal comunica la decisión del ministerio público de no perseverar en el procedimiento por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación c) el pronunciamiento de sentencia absolutoria.

consienten en recibirse el uno al otro como marido y mujer hacen el matrimonio, y que esta declaración de voluntad no puede ser sustituida por nadie; por ninguna autoridad –religiosa o civil-, ni por los padres u otras personas.

Las obligaciones que se contraen por medio del matrimonio son especialmente cualificadas, y por eso la importancia de que los celebrantes las asuman conscientemente. La exigencia de un consentimiento libremente prestado va en directo beneficio de una más sólida fundamentación del matrimonio, puesto que este consentimiento es el origen y la base sobre la que se asienta todo el desarrollo posterior de la vida conyugal y familiar.

La referida protección legal del consentimiento libre y espontáneo, como elemento esencial del matrimonio, la concreta la ley 19.947 en una serie de disposiciones. A saber:

a) Exigencia del consentimiento libre y espontáneo para que haya matrimonio válido: el art. 4 de la ley de Matrimonio Civil señala como requisito de validez del matrimonio el que se haya celebrado entre contrayentes legalmente capaces y que hayan consentido libre y espontáneamente en contraerlo. La antigua ley de 1884 no contenía una declaración expresa sobre esta posición central del consentimiento libre y espontáneo, lo hacía solamente de manera indirecta.

b) La exigencia de que el consentimiento se manifieste al exterior claramente, de modo que no existan dudas acerca de su existencia. Puede expresarse mediante palabras, por escrito, por señas, etc. Lo que importa es que conste la voluntad de contraer matrimonio siendo indiferente como se manifiesta al exterior.

c) La persona que emite el consentimiento matrimonial tiene que tener pleno conocimiento del acto que realiza y comprometerse con él, por lo que se prohíbe el matrimonio de los que se hallaren privados del uso de razón, los que sufren de un trastorno o anomalía psíquica; o carecen del suficiente juicio o

discernimiento que los inhabilita para prestar un consentimiento eficaz en función del objeto del consentimiento matrimonial.

d) La declaración de voluntad de cada uno de los contrayentes debe tener como destinatario la persona con la que se pretende realmente contraer matrimonio, por lo que se entiende que falta el consentimiento si ha habido error acerca de la identidad de la persona del otro contrayente y se ha habido error acerca de algunas de las “cualidades personales” en los términos que fija la ley.

e) El consentimiento debe ser emitido libremente: nadie puede ser obligado a contraer matrimonio si no lo desea, por lo que se entiende que este falta si se hizo a fuerza.

f) La organización de “cursos de preparación para el matrimonio”: el Oficial del Registro Civil está obligado, en el momento en que los interesados le comuniquen su intención de celebrar matrimonio, a informarles de la existencia de cursos de preparación para el matrimonio, cuya precisa finalidad es la de “promover la libertad y seriedad del consentimiento matrimonial que se debe brindar” (art. 11 inc. 1°).

g) La ley se preocupa de que en las diligencias para la celebración del matrimonio el Oficial del Registro Civil prevenga a los contrayentes acerca de la “necesidad de que el consentimiento sea libre y espontáneo” (art.10 inc 2°), y que en la celebración del matrimonio en forma meramente civil manifiesten los contrayentes tal consentimiento ante el Oficial del Registro Civil (art. 18) y que lo ratifiquen ante él cuando se hubiera celebrado en una primera fase religiosa.

h) La ley dispone la sanción de nulidad del matrimonio para aquellos casos en los cuales falte el consentimiento libre y espontáneo, incluso si este se hubiera celebrado en el extranjero.

## **2.1. Requisitos del consentimiento matrimonial**

Para que haya consentimiento matrimonial se deben cumplir las siguientes condiciones:

1) Por un lado las condiciones generales de toda declaración de voluntad:

a) Que los contrayentes sean capaces de consentir: son incapaces los que no tienen uso de razón. b) Que los contrayentes sean capaces de manifestar su consentimiento: son incapaces los que no pueden manifestar su voluntad por cualquier medio. c) Que los contrayentes efectivamente manifiesten su consentimiento: debe existir una manifestación expresa y clara, no puede jamás suponerse o entender que se ha manifestado tácitamente. d) Que los contrayentes manifiesten un consentimiento real y serio: este punto requiere más explicación. Que el consentimiento sea real y serio significa que la voluntad declarada y externa de los contrayentes sea concordante con su voluntad real e interna. Efectivamente, los contrayentes pueden simular un matrimonio por diversos motivos: facilitar un cambio de nacionalidad, obtener ventajas patrimoniales, cubrir las apariencias por un embarazo, etc.

El proyecto de ley, que acabó promulgándose como ley 19.947, contenía un artículo destinado a consagrar la sanción de nulidad de un matrimonio que no correspondía a la real intención de los contrayentes, ya sea porque se lo excluía totalmente o porque se excluía alguno de sus elementos esenciales.<sup>31</sup>

El artículo mencionado no prosperó y las razones esgrimidas en la sala del Senado para suprimirlo fueron las siguientes: a) si no hay consentimiento no hay matrimonio, por lo tanto era inútil reiterar tal regla b) si se simula un matrimonio, no hay matrimonio, por lo que resultaba innecesaria una regla expresa c) las

---

<sup>31</sup> El art. 9 del Proyecto, finalmente suprimido, decía lo siguiente: “No hay matrimonio si no existe consentimiento por parte de ambos contrayentes sobre los elementos esenciales del contrato matrimonial. Si se simula un matrimonio que no corresponde a la real intención de los contrayentes, se contrae inválidamente. También es nulo el matrimonio si uno o ambos cónyuges excluyen, por un acto de voluntad que sea positivo, directo y verificable en el fuero externo, alguno de sus elementos esenciales”. (El artículo citado se inspiró en el canon 1100 del Código Canónico).

enormes posibilidades de fraude al incluir un artículo expreso que consagre la simulación. d) En caso que hubiera terceros perjudicados por el matrimonio podrían instar por la declaración de simulación, fundados en las reglas de derecho común, interponiendo una acción pauliana; por lo que no sería necesario el artículo in comento.<sup>32</sup>

2) En segundo lugar deben cumplirse los requisitos específicos del consentimiento matrimonial: a) Que los contrayentes cuenten con suficiente juicio o discernimiento para el consentimiento matrimonial. b) Que los contrayentes consientan en que su consentimiento es matrimonial: puede ocurrir que uno de los contrayentes entienda contraer matrimonio, mientras que el otro entendiera contraer un acto diverso.<sup>33</sup>

3) Por último, el consentimiento no puede adolecer de vicio, por lo tanto debe estar libre de fuerza y error.

## 2.2. Vicios del Consentimiento Matrimonial

La nueva ley establece como causal de nulidad la presentación de ciertos tipos de error y fuerza que impiden que el consentimiento sea libre y espontáneo. En materia de vicios del consentimiento la ley 19.947 presenta importantes novedades: a) se ha eliminado el raptó como vicio del consentimiento b) se ha introducido el error acerca de alguna de las cualidades personales del otro contrayente c) se han configurado la fuerza como aquella que es ocasionada por una persona o por una circunstancia externa, que hubiera sido determinante para contraer el vínculo”. Analizaré cada uno en el siguiente punto.

---

<sup>32</sup> Los senadores que instaron por la supresión del art. Fueron los Sres. Viera-Gallo, Espina y Fernández.

<sup>33</sup> Las posibilidades de que esto ocurra son muy remotas por los resguardos que la ley establece para asegurar la seriedad y plenitud del consentimiento matrimonial.

### 2.2.1. El error en el consentimiento matrimonial

1) Error acerca de la identidad de la persona del otro contrayente: esto ocurre cuando un contrayente consiente en contraer matrimonio creyendo hallarse ante una persona distinta de aquella ante la que realmente se halla, como ocurriría si una persona cree que está casándose con su novio y en realidad se trata de su hermano gemelo.

En el matrimonio es esencial la persona de los que contraen, de modo que no es indiferente casarse con una u otra persona, sino al contrario, se quiere contraerlo con una persona concreta y determinada, distinta de todas las demás, por lo tanto el matrimonio, es el contrato *intuitu personae* por excelencia, por lo que resulta de toda lógica que habiendo este tipo de error se contemple la nulidad, lo que está, además, de acorde con el art. 1455 del Código Civil que prescribe: "El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato".

2) Error en alguna de las cualidades personales del otro contrayente: La Nueva Ley de Matrimonio Civil ha incorporado un nuevo campo operativo del error al incluir esta nueva causal. En efecto, este supuesto de error no existía en la antigua ley de matrimonio civil, ni tampoco en el campo patrimonial de nuestra legislación, por lo que constituye una verdadera novedad en nuestro derecho. En la discusión del Congreso referente a este punto se mencionó con frecuencia que esta norma estaba inspirada en el canon 1097 del Código Canónico, sin embargo ambas normas difieren en forma importante: La regla canónica señala lo siguiente. "El error acerca de la cualidad de la persona, aunque sea causa del contrato, no dirime al matrimonio, a no ser que se pretenda esa cualidad directa y principalmente". Lo que significa que, como principio general, el error en las cualidades personales de uno de los contrayentes es irrelevante a efectos de la

validez o nulidad del matrimonio. El matrimonio se contrae entre dos personas ciertas y determinadas. Las apreciaciones subjetivas de los cónyuges y el juicio falso acerca de las cualidades físicas, patrimoniales o morales del otro contrayente no inciden en el consentimiento matrimonial, integrándolo o determinándolo. En efecto, la entrega y aceptación de los derechos y obligaciones conyugales va dirigida a una persona determinada y no a sus cualidades personales, de ahí la irrelevancia de este tipo de error para viciar el consentimiento matrimonial.

Aparentemente este principio contemplaría una excepción, pero esta es más aparente que real, en efecto en el caso en que la cualidad se pretenda directa y principalmente significa que esa cualidad deseada no fue simplemente una causa motiva de la voluntad de contraer, sino que la voluntad del sujeto quiso verdaderamente incluirla en el propio acto de voluntad matrimonial, en el mismo objeto de su consentimiento. Por lo tanto, al errar en la cualidad deseada no sólo hubo un vicio en el consentimiento, sino que no hubo consentimiento.<sup>34</sup>

Esta aparente excepción ha sido compleja en su aplicación, ya que es muy difícil delimitarla y, sobre todo, ha sido muy dificultosa su prueba procesal. No es irreal pensar que la jurisprudencia canónica pueda confundirla con hipótesis de mera voluntad presunta: “si hubiera sabido que no tenía esta cualidad, no me habría casado”. También puede darse un verdadero consentimiento condicionado –y ya no un caso de error- cuando se da el consentimiento con la reserva de la existencia de esa cualidad deseada por el contrayente.

Por su parte, el art. 8 N° 2 de la ley 19.947 señala que es nulo el matrimonio “si ha habido error acerca de alguna de sus cualidades personales que, atendida la naturaleza o los fines del matrimonio, ha de ser estimada como determinante

---

<sup>34</sup> “Error, ignorancia y dolo en el consentimiento matrimonial”, Juan Ignacio Bañares, Edit. Eunsa, págs. 141 y 142.

para otorgar el consentimiento”. Los alcances de esta disposición son los siguientes:

a) Lo importante es que haya habido error, sin importar la causa que lo haya motivado, es decir, es indiferente si este se produjo por dolo o por una falsa percepción de la realidad, etc. Con esto, se estimó que se hacía innecesario incluir al dolo como vicio del consentimiento, como se insistió que se hiciera en la discusión en el Senado siguiendo al Código Canónico que contempla el error doloso.<sup>35</sup>

b) Las cualidades personales sobre las que recae el error pueden ser de diversa naturaleza, como por ejemplo la capacidad para realizar el acto sexual, defectos morales, desviaciones sexuales, otra religión o convicciones éticas, etc.

c) Las cualidades personales deben haber sido ser determinantes para prestar el consentimiento; es decir, si el contrayente hubiera sabido que no existían las cualidades que atribuía al otro nunca habría contraído matrimonio.

d) La cualidad para que sea determinante debe estar ordenada a la naturaleza y fines del matrimonio, por lo que no basta una cualidad accidental, aunque esta esté objetivada por uno de los contrayentes, para que el matrimonio sea nulo: si yo pensaba que la persona con la que contraía matrimonio sabía inglés y esta fue una de las razones por las cuales contraí matrimonio, porque mi intención es vivir en Estados Unidos y luego resultó no ser cierto, no es relevante en orden a la naturaleza y fines del matrimonio.

La naturaleza y los fines del matrimonio se pueden desprender de la propia definición de matrimonio que el Código Civil hace en el art. 102. Atentaría, por ejemplo contra la comunidad de vida (elemento propio de la naturaleza) el que el

---

<sup>35</sup> El canon 1098 del Código Canónico señala lo siguiente: “Quien contrae matrimonio engañado por dolo provocado para obtener su consentimiento, acerca de una cualidad del otro contrayente, que por su naturaleza puede perturbar gravemente el consorcio de vida conyugal, contrae inválidamente”.

marido practicara una religión que le permite la poligamia, o que tenga un desarrollado “complejo de Edipo” que lo obliga a vivir en casa de la madre porque no la puede dejar sola, etc. Una cualidad personal que va contra los fines del matrimonio es, por ejemplo, la impotencia que no permite la procreación o una desviación sexual que pone en peligro a los hijos, etc.

### **2.2.2. La fuerza en el consentimiento matrimonial**

La ley de Matrimonio Civil en su art. 8 N° 3 señala que falta el consentimiento libre y espontáneo: “Si ha habido fuerza, en los términos 1456 y 1457 del Código Civil, ocasionada por una persona o por una circunstancia externa, que hubiere sido determinante para contraer el vínculo”. Esta disposición varía la forma en que estaba consagrada la fuerza como vicio del consentimiento en la ley de 1884. En efecto, el art. 33 N° de la ley mencionada decía, escuetamente, que falta el consentimiento libre y espontáneo: “Si ha habido fuerza, según los términos de los arts. 1456 y 1457 del Código Civil”.

La fuerza a la que se refieren ambas disposiciones es tanto la fuerza física, como la coacción o fuerza moral, lo que importa es que haya la actuación de un elemento externo que provoque en uno de los contrayentes un justo temor, es decir una conmoción o perturbación en su ánimo, de verse expuesta él o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal grave e irreparable, con el cual es amenazado, que lo obliga a consentir en un matrimonio que no desea.

La fuerza debe cumplir con los siguientes requisitos: a) debe ser actual, esto significa que debe ser ejercitada al momento de contraer matrimonio b) debe ser grave, esto es, capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta la edad, sexo y condición. Carecería de tal gravedad el “temor reverencial”, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto c) debe haber una relación de causalidad entre la fuerza y el miedo y entre estos dos y el consentimiento. Es decir, el

miedo tiene que ser causado por la fuerza ejercida y además la declaración de voluntad en orden a contraer matrimonio debe ser efecto de esa fuerza- miedo d) la fuerza puede tener su origen en una persona o en una circunstancia externa. La persona puede ser el otro contrayente o un tercero y la circunstancia puede ser una enfermedad, calamidad, etc

### **3. Omisión de las formalidades**

La nueva ley suprimió la causal de nulidad de incompetencia del oficial del Registro Civil, pero mantuvo aquella que consiste en la inhabilidad de los testigos de la celebración del matrimonio. En efecto, la ley señala en su art. 45: “Es nulo el matrimonio que no se celebre ante el número de testigos hábiles determinados en el artículo 17”.

Por su parte el art. 17 prescribe que: “La celebración tendrá lugar ante dos testigos, parientes o extraños”. Por lo tanto, el matrimonio para que sea válido requiere la presencia de dos testigos. Este es requisito con independencia de la forma de celebración del matrimonio, es decir, rige tanto para el matrimonio civil como para el matrimonio celebrado ante una entidad religiosa de derecho público.<sup>36</sup>

El art. 16 señala quienes son inhábiles para ser testigos: 1) los menores de 18 años 2) Los que se hallaren en interdicción por causa de demencia 3) Los que se hallaren actualmente privados de razón 4) Los que hubieren sido condenados por delito que merezca pena aflictiva y los que por sentencia ejecutoriada estuvieren inhabilitados para ser testigos y 5) Los que no entendieren el idioma

---

<sup>36</sup> Esto fue aclarado expresamente por la Comisión de Constitución del Senado que señaló en su Segundo informe: “La Comisión consideró que el matrimonio celebrado ante entidades religiosas no sólo debe cumplir con los requisitos de capacidad y consentimiento, sino que también con la presencia de los testigos hábiles, puesto que todos apuntan a la validez del matrimonio”.

castellano o aquellos que estuvieren incapacitados para darse a entender claramente.

## CAPÍTULO V

### LA ACCIÓN DE NULIDAD, SU TITULARIDAD, EJERCICIO Y EXTINCIÓN

#### 1- Titularidad de la acción de nulidad

El art. 46 inciso 1° de la ley 19.947 señala la regla general en cuanto a la titularidad de la acción de nulidad: “La titularidad de la acción de nulidad del matrimonio corresponde a cualquiera de los presuntos cónyuges”. Como señala don Manuel Somarriva en su clásico Derecho de Familia “la ley ha sido muy exacta al emplear la expresión “presuntos cónyuges”, porque, desde que el matrimonio es nulo, los cónyuges no han tenido el carácter de tales”.

Lo lógico es que se haya consagrado como regla general que la acción de nulidad corresponda a los presuntos cónyuges y así lo entendió la Comisión de Constitución del Senado quien estuvo plenamente de acuerdo en la disposición señalada, “atendido a que se afecta a la esfera íntima de la pareja”<sup>37</sup>.

También se permite que el cónyuge menor de edad o el interdicto por disipación puedan ejercer personalmente la acción sin intervención o autorización de sus representantes legales (art. 46, inc. final). Esta disposición se originó gracias a una indicación del Presidente de la República que fue acogida por la Comisión de Constitución del Senado<sup>38</sup> y significa una alteración de los principios generales de representación de los incapaces relativos.

#### 1.2. Excepciones a la regla general

---

<sup>37</sup> Boletín 1.759-18, (n.7), p.127.

<sup>38</sup> Idem, p.128

El art. 46, inc. 1° señala algunas excepciones a la regla general anterior:

1) Titularidad restringida a uno de los cónyuges: la titularidad se restringe a uno sólo de los cónyuges en el caso de la nulidad fundada en error o fuerza. En este caso, la acción corresponde únicamente al cónyuge que hubiere padecido dicho error o fuerza. Es de toda lógica que el legislador haya limitado la acción al cónyuge que ha sido víctima del error o la fuerza, porque es algo que está en directa relación con su persona. Si él no quiere pedir la nulidad del matrimonio contraído, es porque está conforme con la situación producida. El otro cónyuge no puede invocar la nulidad porque sería aprovecharse de su propio dolo. En esta disposición no hay innovaciones con respecto a la ley anterior.

2) Titularidad ampliada a otros sujetos diversos de los cónyuges: la ley señala cuatro casos excepcionales en los que la titularidad de la acción de nulidad, además de corresponder a los presuntos cónyuges, corresponde a otras personas:

a) La nulidad por falta de la edad mínima para contraer matrimonio puede ser ejercida por cualquiera de los presuntos cónyuges y además por alguno de sus ascendientes., pero, a su vez, esta tiene una contra excepción, ya que la acción de los ascendientes caduca de pleno derecho desde que ambos contrayentes alcanzan los 16 años, caso en el cual la acción pertenece únicamente al que contrajo sin la edad requerida (art. 46, letra a).

b) Si se trata de un matrimonio celebrado en artículo de muerte, la acción corresponde al cónyuge sobreviviente y también a los demás herederos que pueda tener el cónyuge difunto (art. 46, letra c). La expresión “demás herederos” obedece a que nuestra actual legislación reconoce la calidad de heredero al cónyuge sobreviviente. La anterior ley hablaba solamente de “los herederos” como los titulares de la acción. Cabe la interrogante de si en esa expresión se incluía el cónyuge sobreviviente. La nueva ley no deja lugar a la duda.

c) En el caso de vínculo matrimonial no disuelto, además de los presuntos cónyuges puede demandar la nulidad el cónyuge del matrimonio anterior o sus herederos (art. 46, letra d). Es evidente que en este caso la acción tendrán que intentarla los herederos, como consecuencia de haberla adquirido por transmisión del causante. No es una acción que la ley entregue directamente a los herederos. Esto significa, que como la acción deriva del causante, si éste ya había demandado, no podrán volver a demandar sus herederos, porque habría cosa juzgada.

La Comisión de Constitución del Senado expresamente dejó constancia en su segundo Informe de lo conveniente de legislar en orden a que la titularidad de la acción, en este caso, sólo se extienda al cónyuge anterior y a los herederos de éste. Así se aparta de la ley anterior y de legislaciones extranjeras, que conceden acción al ministerio público o terceros que tengan interés patrimonial.

d) En el caso de violación del impedimento de homicidio, la acción se abre a cualquier persona, que puede solicitar la nulidad invocando únicamente el interés de la moral o la ley (art. 46, inc. 1°, letra c). Se llegó a esta solución frente a la inexistencia del ministerio público en primera instancia. Al no existir éste, y al estar en juego el interés de la sociedad, no habría ningún interesado en ejercer la acción. Precisamente, el ministerio público representa a la sociedad, que se ve involucrada en el contrato de matrimonio, por múltiples razones de orden moral, social, económica, etc.

Estos son los únicos casos en los cuales se acepta la titularidad de terceros en la acción de nulidad matrimonial, de acuerdo con el criterio restrictivo defendido por la Comisión de Constitución del Senado, que únicamente admitió esta regla especial para evitar el fraude a la ley, y por lo mismo desechó que el interés de los terceros pueda ser pecuniario, disponiendo que habrán de actuar “en el interés de la moral o de la ley”.

## 2. Extinción de la acción de nulidad

Las reglas que rigen la extinción de la acción de nulidad son las siguientes:

1) La regla general es que la acción de nulidad se extingue con la muerte de uno de los cónyuges. Así lo consagra en su parte inicial el art. 47 de la ley de Matrimonio Civil: “La acción de nulidad del matrimonio sólo podrá intentarse mientras vivan ambos cónyuges”.

La ley mantiene la expresión “intentarse” del anterior art. 34 de la ley de 1884 que dio lugar a discusión en cuanto al sentido en que debía ser entendida. Claro Solar señala que cuando la ley habla de que la acción no puede intentarse significa que no es admisible siquiera a discusión, el juez debe considerarla como una excepción perentoria que paraliza todo el procedimiento<sup>39</sup>. La Corte de Apelaciones de San Miguel, en fallo del 26 de marzo del año 1986 estimó que la expresión “intentarse”, que empleaba el art. 34 de la ley de Matrimonio Civil de 1884, debía entenderse como entablar y notificar legalmente la acción de nulidad y no a prescindir del procedimiento y trámites pertinentes a la iniciación de toda acción<sup>40</sup>. Al conservarse la expresión “intentar” la discusión sigue en pie.

La citada regla general se exceptúa en dos casos:

a) En el caso de matrimonio celebrado en artículo *mortis* que otorga la acción a los herederos del cónyuge difunto. En esta situación, el legislador permite que se entable la nulidad de matrimonio, a pesar de la muerte de uno de los cónyuges porque teme, que aprovechándose del estado del cónyuge que después fallece, hayan influido personas extrañas para perjudicar los legítimos intereses de los herederos.

---

<sup>39</sup> Claro Solar, Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Edit. Jurídica de Chile, t.1, N°752, p.420.

<sup>40</sup> Gs.69, Santiago de Chile, 1986, Cap. San Miguel, 26-III-1986, cons.2°, p.32.

b) En el caso de existencia de un vínculo matrimonial no disuelto donde la acción de nulidad también la pueden ejercer los herederos del cónyuge anterior. Esta disposición es de toda lógica, basta imaginarse a una persona que se casa sucesivamente y fallece dejando dos cónyuges aparentemente legítimos ¿cuál de ellos debe sucederle?

2) Por regla general la acción de nulidad es imprescriptible, de acuerdo a lo declarado en el encabezado del art. 48: “La acción de nulidad de matrimonio no prescribe por tiempo...”. El mismo art. 48 reconoce cinco excepciones a la regla general sobre la imprescriptibilidad de la acción de nulidad. Para Hernán Corral las referidas excepciones no serían técnicamente prescripciones sino caducidades, por lo tanto, operan de pleno derecho, por lo que pueden ser declaradas de oficio por el juez<sup>41</sup>. Una opinión contraria tiene Somarriva, que señala que al no dar la ley de Matrimonio Civil reglas especiales en lo tocante a la prescripción de la acción de nulidad, deben aplicarse los principios generales referentes a la prescripción contenidos en los artículos 2.496 y 2.494 del Código Civil, que señalan que ella no puede declararse de oficio: tiene que alegarse, y podrá ser renunciada<sup>42</sup>.

Revisemos las referidas excepciones:

a) La acción de nulidad fundada en la falta de edad mínima para contraer matrimonio se extingue en un año contado desde la fecha en que el cónyuge inhábil hubiere “adquirido la mayoría de edad” (art.48 letra a). En consecuencia, el plazo se cuenta desde el momento en que la persona que contrajo matrimonio afectado por la incapacidad de minoridad alcanza la mayoría de edad según el art. 26 del Código Civil, esto es, desde que cumple 18 años y no los 16, exigidos para contraer matrimonio.

---

<sup>41</sup> Corral Talciani, Hernán, Seminario Nueva Ley de Matrimonio Civil, Charla “El Régimen de Nulidad Matrimonial en la Nueva Ley de Matrimonio Civil”.

<sup>42</sup> Somarriva Undurraga, Manuel, Derecho de Familia, Ediar Editores Ltda., T.I, N°74, p.96.

b) La nulidad por fuerza o error puede pedirse en el término de tres años contados desde que hubiera desaparecido el hecho que originó el vicio de error o fuerza (art. 48 letra b). La antigua ley circunscribía el plazo a un año, plazo que a criterio de la Cámara de Diputados y de la indicación de los señores Senadores debía conservarse. La Comisión de Constitución del Senado se inclinó por la indicación del Ejecutivo y alargó el plazo a tres años<sup>43</sup>.

c) La acción de nulidad en los casos de matrimonio en artículo *mortis* puede ejercerse en el plazo de un año contado desde el fallecimiento del cónyuge enfermo (art. 48 letra c).

d) La acción de nulidad fundada en la existencia de un vínculo matrimonial no disuelto prescribe en un año a contar del fallecimiento de uno de los cónyuges (art. 48 letra d).

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

Si se tratara de un matrimonio religioso reconocido civilmente, el plazo se cuenta desde la celebración de dicho matrimonio y no desde la ratificación e inscripción ante el Oficial del Registro Civil. Una opinión contraria tienen los autores Barrientos y Novales que consideran que el plazo debe contarse desde la inscripción en el Registro Civil del matrimonio celebrado ante una entidad religiosa<sup>44</sup>.

A diferencia de la ley anterior, no prescribe la acción de nulidad por el impedimento de demencia (ahora privación de razón) o por la imposibilidad de expresar claramente la voluntad.

---

<sup>43</sup> Boletín 1.759-18, (n.7), p. 131.

<sup>44</sup> Barrientos J. y Novales A, ob. cit., p. 462.

### **3. Legitimación pasiva**

Hay que distinguir:

- a) Si el que demanda la nulidad es uno de los presuntos cónyuges, la legitimación procesal pasiva corresponde al otro cónyuge o a sus herederos, en los casos en que la ley permite que ellos puedan intervenir.
  
- b) Si la acción la interpone un tercero como un ascendiente en el caso de minoridad para contraer o cualquier persona que denuncia la violación de los impedimentos de parentesco u homicidio, la demanda deberá dirigirse conjuntamente contra ambos cónyuges.

## **CAPÍTULO VI**

### **EL JUICIO DE NULIDAD MATRIMONIAL**

La ley en sus artículos permanentes dispone que la nulidad de matrimonio sea conocida por el juzgado de familia del domicilio del demandado y conforme al procedimiento fijado en el capítulo IX de la ley de Matrimonio Civil.

Mientras estos tribunales no existían regía un régimen transitorio de juicio de nulidad que establecía en su art. 1° que tiene competencia para conocer del juicio de nulidad el juez de letras que ejerza jurisdicción en materia civil en el domicilio del demandado. El procedimiento a utilizar era el juicio ordinario con las modificaciones que se contienen en la regla tercera del art. 1° transitorio.

Señalaremos los rasgos más relevantes del juicio de nulidad.

- Junto con la nulidad el juez es competente también para conocer la regulación de los alimentos, el cuidado personal de los hijos o la relación directa o regular del padre que no los tiene bajo su cuidado, “como asimismo todas las cuestiones relacionadas con el régimen de bienes del matrimonio que no hubieran sido resueltas en forma previa” a la demanda de nulidad. Estas materias se tramitarán en forma incidental en cuaderno separado y deben ser resueltas en la sentencia definitiva.
- El juicio de nulidad podrá iniciarse mediante la interposición de la correspondiente demanda, pero también por la vía reconvenzional si se ha demandado el divorcio. En tal caso, el juez debe resolver primeramente la cuestión de nulidad y sólo desechada ésta conocer de la de divorcio. Así se desprende de lo que dispone el art. 91 de la ley, que ordena al juez que, conociendo un juicio de divorcio advierte “antecedentes que revelen que el

matrimonio podría estar afectado en su origen por un defecto de validez” hacerlos saber a los cónyuges aunque “sin omitir opinión”. En tal caso cualquiera de los cónyuges, siendo hábil para interponer la acción, podrá deducirla en la audiencia de conciliación o dentro de los treinta días siguientes, con lo que el proceso tratará sobre ambas materias, divorcio y nulidad, pero agrega la ley “el juez en la sentencia definitiva, se pronunciará primero sobre la nulidad” (art. 91).

- En materia de nulidad no procede la conciliación a que hace referencia el art. 67 de la ley, la que si procede en caso de separación y divorcio. En el informe de la Comisión del Senado se permitía que hubiera llamado a conciliación respecto de ciertas causales de nulidad: falta de edad, vicio de error o fuerza y falta de testigos hábiles. Sin embargo, en la discusión en Sala primó el criterio de que era impropio de la nulidad el llamado a conciliación, porque él sólo puede tener lugar en los juicios civiles que admiten transacción y tal no es el caso del juicio de nulidad de matrimonio, por el interés público que se halla comprometido en ellos, por lo que estaría prohibido a las partes decidir y transar sobre él. En lo que no parece haber inconveniente de que el juez llame a conciliación es cuando se trate de materias concurrentes, como alimentos, cuidado de los hijos, etc. No se entiende la razón de porque no se aceptó en estos casos.

- Con respecto a la mediación el art. 71 de la ley es claro en el sentido de que no procede en relación a las causales de nulidad; esto como consecuencia de la indisponibilidad del estado civil. Lo que si parece es que la mediación procede respecto de los procesos anexos o concurrentes, como custodia de los hijos, alimentos, compensación económica, etc.

- Respecto a las pruebas de las causales de nulidad no hay restricciones a la prueba testimonial. No se admite la confesión de parte, con lo que se adapta el criterio tradicional de que en los juicios de estado civil no es procedente la confesión. Las pruebas deben apreciarse conforme a las reglas de la sana crítica.

- Por regla general el proceso debe tramitarse en forma reservada.
- La sentencia definitiva debe pronunciarse sobre la nulidad y además sobre las materias concurrentes. Si no fuera apelada obligatoriamente debe elevarse en consulta.
- La sentencia que declara la nulidad matrimonial una vez ejecutoriada debe subinscribirse al margen de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil. Esto para hacerla oponible a terceros.

La nueva ley contiene reglas especiales para los juicios de nulidad iniciados con anterioridad a su entrada en vigor. Éstas están contenidas en los artículos 2°, 3°, 4° y 5° transitorios. El régimen de separación, nulidad y divorcio contenidos en la nueva ley se aplicarán a todos los matrimonios, incluso a los contraídos bajo el imperio de la ley anterior. Esta norma infringe el principio contenido en la Ley sobre Efecto Retroactivo de las leyes que establece que el estado civil adquirido –y por lo tanto las causales de su extinción- se rigen por la ley vigente a la fecha de su constitución y no por la nueva ley. Sin perjuicio de lo señalado, en la norma más arriba comentada es interesante señalar que la nueva ley dispone que “las formalidades y requisitos externos del matrimonio y las causales de nulidad que su omisión originan, se regirán por la ley vigente al tiempo de contraerlo; pero los cónyuges no podrán hacer valer la causal de nulidad por incompetencia del oficial del Registro Civil...”.

Los juicios de nulidad ya iniciados al momento de entrar en vigencia la nueva ley continuarán sustanciándose conforme al procedimiento anterior, salvo que las partes pidan la aplicación del nuevo procedimiento. Se entiende como “ya iniciados” los juicios desde el momento en que se haya trabado la litis, es decir desde la notificación legal de la demanda de nulidad.

La ley también aclara que si por sentencia ejecutoriada se rechaza la demanda de nulidad en un juicio que continuó tramitándose bajo las normas de

la ley anterior, este puede continuar mediante el ejercicio de las acciones previstas en la nueva ley, sin perjuicio de la excepción de cosa juzgada que pudiere corresponder. Así, el que se haya rechazado la nulidad por la causal de incompetencia del Oficial del Registro Civil no impediría que se ejerciera la acción por alguna de las nuevas causales que establece la ley 19.947. La excepción de cosa juzgada impedirá que se renueve el juicio sobre causales que son sustancialmente idénticas, como por ejemplo: demencia y privación del uso de razón.

## **CAPÍTULO VII**

### **LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL MATRIMONIO**

Mientras la nulidad no ha sido judicialmente declarada por sentencia firme o ejecutoriada las personas que contrajeron matrimonio afectado por algún supuesto que da lugar a la nulidad se tienen, para todos los efectos, como cónyuges.

La declaración judicial de la nulidad del matrimonio produce, en principio, los mismos efectos que la nulidad de los contratos, es decir se tiene como no celebrado y se retrotrae a las partes al estado anterior a su celebración. Esto significa lo siguiente:

- Los presuntos cónyuges recuperan el estado civil que tenían al momento de casarse: solteros, viudos o divorciados.
- Si con posterioridad a la celebración del matrimonio que se anuló, uno de los cónyuges contrajo un nuevo matrimonio, tal matrimonio es válido, pues no ha habido vínculo matrimonial no disuelto. Por la misma razón tampoco se ha producido el delito de bigamia.
- No se ha producido parentesco por afinidad entre cada cónyuge y los consanguíneos del otro.
- No ha habido derechos hereditarios entre los cónyuges.
- Las capitulaciones matrimoniales que pudieran haberse celebrado caducan.
- No ha habido sociedad conyugal, habiéndose formado únicamente entre los cónyuges una comunidad que debe ser liquidada de acuerdo a las reglas

generales. Si los cónyuges se habían casado en régimen de participación en los gananciales, como se debe volver al estado anterior al matrimonio, no debería haber reparto de gananciales.

- La declaración de nulidad puede dar origen a una compensación económica a favor de uno de los cónyuges.

En principio, la filiación de los hijos concebidos dentro del matrimonio anulado debiera ser extramatrimonial. De hecho, en la anterior legislación era así, salvo cuando se tratase de la nulidad declarada por incompetencia del funcionario del Registro Civil, por no haberse celebrado el matrimonio ante el número de testigos requeridos por la ley o por inhabilidad de éstos. En la nueva ley la nulidad nunca afectará la filiación ya determinada de los hijos.

Todos los efectos señalados se producen entre los que se tuvieron por cónyuges desde el momento en que queda ejecutoriada la sentencia que la ha declarado. Con respecto a terceros la nulidad producirá sus efectos desde que la sentencia ejecutoriada que la declare se subinscriba al margen de la respectiva inscripción matrimonial.

Declarada la nulidad de un matrimonio, deberían las partes volver al mismo estado en que se hubieran hallado si no se hubieran casado, lo que significa, entre otras cosas, aceptar que convivían en concubinato. Para evitar lo que esta situación supone, la ley ha establecido desde antiguo la institución del matrimonio putativo, como excepción al efecto retroactivo de la nulidad matrimonial.

## **1. Matrimonio Putativo**

Matrimonio putativo es aquel, que siendo nulo, pero habiéndose celebrado o ratificado ante el Oficial del Registro Civil, produce los mismos efectos civiles

que el válido respecto del cónyuge que, de buena fe y con justa causa de error, lo contrajo, si bien dejará de producir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges.

El matrimonio putativo tiene su origen en el Derecho Canónico y su creación se debe al deseo de proteger la legitimidad de los hijos. Esta institución fue aceptada por todas las legislaciones, constituyendo un importante aporte al derecho.

## **1.2. Requisitos del matrimonio putativo**

Los requisitos para que exista matrimonio putativo son los siguientes:

- 1) Que se trate de un matrimonio nulo: si el matrimonio es inexistente, por no haberse celebrado ante el Oficial del Registro Civil, por falta de consentimiento, o por falta la diversidad de sexo de los contrayentes, no cabe el matrimonio putativo.
- 2) Que se halla celebrado ante un oficial del Registro Civil o se halla ratificado ante él si se tratare de un matrimonio celebrado ante una entidad religiosa.
- 3) Que exista buena fe por parte de uno de los cónyuges, a lo menos: este es el requisito que caracteriza el matrimonio putativo. De hecho, son muchas las legislaciones que no exigen ningún otro requisito.

El Código no define lo que se entiende por buena fe, pero podría decirse que es la conciencia que tiene el contrayente de estar celebrando un matrimonio sin vicios, o sea, válido.

El art. 52 de la ley establece expresamente la presunción de la buena fe: “Se presume que los cónyuges han contraído matrimonio de buena fe y con justa causa de error, salvo que en el juicio de nulidad se probare lo contrario y así se

declare en la sentencia”. Este artículo fue incluido por la Comisión de Constitución del Senado y constituye una novedad con respecto a la antigua legislación, en la que, para sostener la presunción de la buena fe, había que aplicar el art. 707 del Código Civil, ubicado en materia posesoria. Con el art. 52 se acaba la discusión de si debe o no considerarse al art. 707 como un principio general del derecho, aplicable a la institución del matrimonio putativo.

La buena fe es un requisito que se debe tener al momento de celebrarse el matrimonio. Si en ese momento sólo uno de los contrayentes estaba de buena fe, sólo para él el matrimonio es putativo. El matrimonio mantendrá el carácter de putativo hasta que desaparece la buena fe, pero conservará este carácter mientras al menos uno de los supuestos cónyuges la conserve.

4) Que la buena fe se funde en una justa causa de error: la nueva ley, también indica que la justa causa de error se presume.

Ahora, no basta cualquier error, debe tratarse de un error excusable. El error puede ser de hecho o de derecho. El error de hecho normalmente es excusable, por ejemplo: ignoraba que la persona con la que me caso tiene un vínculo anterior no disuelto. Con el error de derecho hay dudas. En el mismo ejemplo: ¿sería excusable que alegara que desconocía que la ley prohíbe que se contraiga matrimonio con alguien con un matrimonio previo no disuelto, circunstancia que yo sabía que tenía la persona con la que contraigo matrimonio? En principio, se puede señalar que no cabe el error de derecho puesto que la ley se presume conocida. Es más, si se acepta el art. 707, que consagra la presunción de la buena fe, como principio general, también se debe aplicar el art. 706, también contenido en materia posesoria, que establece que “el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario”.

Somarriva es de la opinión de aceptar el error de derecho, por cuanto la ley al hablar de “justa causa de error” no hace ninguna distinción. Además, por la función que cumple la institución sería conveniente ampliar su campo de aplicación<sup>45</sup>.

Es importante recordar, como se indicó más atrás, lo que señala el art. 51 de la ley: “Con todo, la nulidad no afectará la filiación ya determinada de los hijos, aunque no haya habido buena fe ni justa causa de error por ninguno de los cónyuges”. La filiación a la que se refiere la norma es la filiación matrimonial, ya sea por tratarse de un hijo nacido o concebido en matrimonio o por tratarse de un hijo nacido con anterioridad, pero cuyos padres se casan y “matrimonializan” así la filiación.

### **1.3. Efectos del matrimonio putativo**

En esta materia hay que distinguir dos situaciones:

1) Si ambos cónyuges contrajeron el matrimonio de buena fe y con justa causa de error: este matrimonio produce los mismos efectos civiles que el válido respecto de ambos cónyuges.

2) Si uno de los cónyuges contrajo el matrimonio de buena fe y con justa causa de error: este matrimonio produce los mismos efectos civiles que el válido, pero sólo respecto de ese cónyuge. Además se señalan dos reglas especiales en esta materia:

a) El cónyuge que contrae de buena fe tiene la opción de recurrir a la disolución o liquidación del régimen de bienes que hubiere existido en el matrimonio hasta ese momento, o bien someterse a las reglas generales de la comunidad, que se aplicarían de considerarse simplemente nulo el matrimonio. Con esto se ha

---

<sup>45</sup> Somarriva, ob. cit., N°82, p.103-104.

zanjado el problema de establecer si existe o no el régimen patrimonial del matrimonio cuando la buena fe está en uno sólo de los cónyuges.

b) El cónyuge de buena fe tiene derecho a que subsistan las donaciones o promesas que por causa de matrimonio le haya hecho el otro cónyuge.

## **CAPÍTULO VIII**

### **NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN MATERIA DE NULIDAD**

#### **1. Declaración de nulidad de matrimonios celebrados en el extranjero**

La nulidad del matrimonio celebrado en país extranjero se rige, en materia de causales por la ley del lugar de celebración. Esto se desprende de la regla general contenida en el art. 80 que señala:” Los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración. Así el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiera celebrado en territorio chileno...”. Sin embargo se mantiene la doctrina que establece que para que pueda declararse la nulidad del matrimonio en Chile debe éste reunir los requisitos de existencia. El mismo art. 80 declara explícitamente que la ley chilena reconoce solamente el matrimonio heterosexual; esto es la “unión entre un hombre y una mujer”.

Los actuales cambios sufridos por legislaciones extranjeras que aprueban el matrimonio homosexual demuestran lo conveniente que fue dejar expresamente consignado lo anteriormente dicho; pero no solamente este requisito de existencia exige nuestra legislación, sino que también que no falte el consentimiento y que el matrimonio se celebre con algunas formalidades. Así, no podría reconocerse en Chile un matrimonio consensual, aún cuando la ley del país en que se celebró lo contemplara como válido, ya que nuestra legislación le da al matrimonio el carácter de contrato solemne. Tampoco podría reconocerse en Chile un matrimonio donde la esposa fue obligada a casarse por los padres, pues faltaría el consentimiento libre y espontáneo.

En definitiva, el matrimonio extranjero que en Chile puede considerarse nulo es aquel celebrado con infracción a algún requisito de validez, ya sea de fondo o de forma, establecido en la ley extranjera. En este caso los tribunales chilenos deben aplicar la ley extranjera, a pesar de que la causal de nulidad invocada por las partes no esté contemplada en la ley chilena, y de acuerdo a ésta el matrimonio en Chile sea válido. El límite a esta norma sería el control que debe hacer el tribunal en atención al resguardo del orden público chileno. Por ejemplo, en la India el matrimonio entre dos personas de distinta casta puede ser inválido, pero no podría serlo en Chile porque contravendría el orden público.

Lo anteriormente señalado constituye una novedad en nuestra legislación. En efecto, el artículo 121 del Código Civil – derogado por el art. 3 N° 1 de la nueva Ley - disponía que: “El matrimonio que según las leyes del país en que se contrajo, pudiera disolverse en él, no podrá, sin embargo, disolverse en Chile, sino en conformidad a las leyes chilenas”. Esta norma se aplicaba tanto al divorcio, como a la nulidad por ser ambas formas de disolución del matrimonio.

El mismo art. 80 en sus incisos 2° y 3° establece, no obstante, que pese a que un matrimonio celebrado en un país extranjero puede ser válido en el lugar donde fue celebrado no lo será en Chile si fue contraído en contravención a lo dispuesto en los arts. 5,6 y 7 de la ley de Matrimonio Civil. Es decir, se incluyen todas las incapacidades o impedimentos dirimentes y además la falta de consentimiento libre y espontáneo porque ha habido error o fuerza.

Esta disposición ha ampliado la extraterritorialidad de la ley matrimonial chilena con respecto a la ley anterior, ya que ésta restringía la aplicación de la ley chilena sólo en los casos en que uno de los contrayentes fuera chileno y que la contravención se produjera respecto de los impedimentos. En la nueva ley, todo matrimonio celebrado en el extranjero, cualquiera sea la nacionalidad de los contrayentes, puede ser declarado nulo, no sólo por contravenir las normas

sobre incapacidades, sino que también por adolecer de un vicio del consentimiento.

Por último, cabe señalar que la ley de las causales de nulidad que se aplique será la que determinará la titularidad de la acción, su forma de ejercicio, caducidad o prescripción, etc.

## **2. Reconocimiento de las sentencias de nulidad pronunciadas por tribunales extranjeros**

La ley de Matrimonio Civil se ha ocupado de fijar una regla expresa sobre el reconocimiento de las sentencias de nulidad pronunciadas por tribunales extranjeros. En efecto, el art. 83 inciso 2° prescribe que: “Las sentencias de divorcio y nulidad de matrimonio dictadas por tribunales extranjeros serán reconocidas en Chile conforme a las reglas generales que establece el Código de Procedimiento Civil”. Esto significa, que deben ser sometidas al trámite del *exequátur* (arts.242 y sgtes. del Código de Procedimiento Civil). El único límite que tienen las sentencias emanadas de los tribunales extranjeros es que no se opongan al orden público nacional.

Con respecto a la determinación de cual ley regirá los efectos de la declaración de nulidad, el art. 84 de la ley dispone que: “La ley que rija el divorcio y la nulidad del matrimonio se aplicará también a sus efectos”. En cuanto al divorcio el art. 83, inc. 1° declara expresamente que la ley aplicable es la que regía la relación matrimonial al momento de interponerse la acción<sup>46</sup>. El legislador nada ha dicho, en cambio, cuál es la ley aplicable a la nulidad.

---

<sup>46</sup> La Comisión del Senado, a sugerencia del profesor Enrique Barros, aprobó una norma que fijaba la ley aplicable a la relación matrimonial: se aplicaba la ley del domicilio común de los cónyuges, en su defecto de la nacionalidad común y finalmente la del país con el que estén o hayan estado más conectados los cónyuges a juicio prudencial del tribunal. En la Sala del Senado esta norma despertó todo tipo de discrepancias, y finalmente se aprobó su eliminación. Esto provocó que el art. 83 sea bastante confuso y ambiguo.

Lo más lógico sería entender que “por ley que rige la nulidad” se designa la ley que establece la causal conforme a la cual ella se declara. En efecto, el profesor Barros explica en una minuta presentada a la Comisión de Constitución del Senado porqué debe haber un criterio diferente para determinar la ley aplicable a los efectos del divorcio y la ley que regirá los efectos de la nulidad. Para el divorcio, como se señaló con anterioridad, la ley aplicable es la que rige los efectos del matrimonio, mientras que la nulidad queda sujeta a la ley del lugar de celebración del matrimonio. La razón de esto, según explica el profesor Barros, es que “mientras la nulidad se refiere a la ley que rigió los requisitos de forma y de fondo de su celebración, el divorcio tiene su fundamento en circunstancias sobrevivientes”.

En definitiva, si la ley por la cual se efectuó el matrimonio es extranjera los efectos de la nulidad declarada serán los que establezca esa legislación, salvo que se viole el orden público chileno.

## CONCLUSIONES

Después de analizar con detalle el régimen de nulidad contenido en la nueva ley de Matrimonio Civil se puede concluir que este, en general, es razonable, innovador y acorde a las tendencias más modernas de la jurisprudencia, las legislaciones extranjeras y del Derecho Canónico. Era evidente que las normas que contenía la anterior ley de 1884 eran anticuadas, incompletas y se prestaban para graves abusos, por lo que no podía esperar su reforma radical. La introducción de las nuevas causales que hacen posible la declaración de nulidad, sin duda, constituye el gran acierto de la nueva ley en materia de nulidad. Estas responden al mayor conocimiento de la verdadera realidad de la institución del matrimonio, realidad que se ha hecho más clara por diversos estudios interdisciplinarios de las ciencias antropológicas, psiquiátricas, psicológicas, etc. que ayudan a conocer mejor los comportamientos de las personas y, en particular, a comprender más perfectamente todo el proceso interno del acto humano del consentimiento. Es innegable que el avance que se ha hecho en este tema es gracias al desarrollo que ha experimentado la ciencia y jurisprudencia canónica en materia matrimonial.

Si se toma en consideración las nuevas causales de nulidad se puede concluir que un porcentaje considerable de matrimonios que fracasan son efectivamente nulos, es decir nunca debieron efectuarse. Esto lleva a concluir que todo lo que se haga para preparar adecuadamente a las personas para contraer matrimonio es absolutamente urgente y necesario. La nueva ley se hace cargo de esta necesidad disponiendo expresamente cursos de preparación para el matrimonio. Tal vez, habría sido conveniente que se hubiera dispuesto que estos fueran obligatorios.

Ha habido críticos de la incorporación de las nuevas causales de incapacidades consensuales de carácter psíquico que se han tomado del Derecho Canónico, ya que podrían prestarse para que renaciera la práctica de los juicios de nulidad fraudulentos. Efectivamente, el entorno en que se desenvuelve el proceso canónico es distinto al que contempla nuestra nueva legislación. Por ejemplo, en el proceso canónico interviene el defensor del vínculo, personaje que tiene por misión asegurarse de que el matrimonio cuente con el *favor iuris*. Nuestra legislación no cuenta con un defensor del vínculo, pero si reconoce como principio rector “que el juez procurará preservar y recomponer la vida en común en la unión válidamente contraída, cuando ésta se vea amenazada, dificultada o quebrantada”. Este principio debiera estar esculpido en la mente y voluntad de todos los jueces al momento de juzgar las rupturas matrimoniales. El trámite obligatorio de la consulta también debiera ser una cortapisa para evitar el fraude y proteger el matrimonio válidamente contraído.

Otro argumento por la cual pienso que es poco viable que se de la nulidad fraudulenta es por la sencilla razón de que es más fácil acudir al divorcio por mero cese de la convivencia. En efecto, si hay mutuo acuerdo el plazo es de apenas un año y no se requiere de un proceso en que hay que demostrar la existencia de una causal compleja con todo lo que significa la carga probatoria: testigos, peritajes, etc. Para que complicarse la vida con un fraude cuando los mismos fines –la anhelada libertad – se puede obtener dejando pasar el tiempo.

Ahora, es evidente que es imposible evitar absolutamente que los fraudes se produzcan. En un capítulo anterior de este trabajo se recordaba el viejo dicho popular “de hecha la ley, hecha la trampa”, pero este peligro se ve ampliamente compensado con las ventajas que proporciona esta modernización de las causales de nulidad matrimonial. Es totalmente cierto que hay muchísimos matrimonios que efectivamente son nulos y es lógico que los aparentes

cónyuges puedan recurrir al régimen de nulidad sin verse obligados a divorciarse, si ello repugna a sus convicciones.

El hecho de que las nuevas causales coincidan esencialmente con las contempladas por el Derecho Canónico, debiera permitir que los consortes que han obtenido la nulidad eclesiástica de su matrimonio religioso puedan presentar las mismas pruebas en el tribunal civil. Es decir, la declaración de nulidad eclesiástica debiera tener un gran peso probatorio ante el juez civil. Lo lógico es que la declaración de nulidad canónica fuera reconocida por la legislación civil, así como es reconocido el matrimonio canónico, con lo que se evitaría un doble juicio. De hecho se propuso esta solución en el Congreso, pero la iniciativa no prosperó. Es de esperar que, por lo menos, se imponga el criterio ante los jueces de tomar en cuenta los antecedentes del proceso de nulidad eclesiástico.

Como conclusión principal de este trabajo corroboro la tesis que planteé en la introducción de ésta memoria. Creo que este régimen tan depurado de la nulidad será apenas utilizado. Tal vez, recurrirán a él personas que efectivamente consideran su matrimonio nulo y que tienen reparos en recurrir al divorcio. La inmensa mayoría, a pesar de tener la convicción de que su matrimonio es nulo, optará por divorciarse: es menos engorroso y en principio se obtienen los mismos resultados que es “terminar” con el matrimonio anterior.

Insisto en que me parece paradójal la coexistencia de un régimen de nulidad como el que se ha analizado que consagra el matrimonio como un contrato institucional, que es indisponible y trasciende la voluntad de los contrayentes, con el régimen de divorcio en el cual se permite que el vínculo matrimonial pueda ser suprimido en su eficacia por un simple hecho como es el cese de la convivencia y la voluntad incluso unilateral de una de las partes. Teniendo la visión del matrimonio que pareciera que tiene la nueva ley al consagrar un divorcio que procede por el cese de la convivencia, la nulidad es - como dice un profesor de derecho- una “parafernalia inútil”.

## BIBLIOGRAFÍA

BACCIOLI, CARLOS, "Nulidad matrimonial, causas psicopatológicas (canon 1095,3°)", Editorial de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2002.

BARAHONA GONZALEZ, JORGE; "Régimen jurídico de la nulidad en Chile: Una nueva propuesta dogmática"; monografía aún sin publicar.

BAÑARES, JUAN IGNACIO, "Error, ignorancia y dolo en el consentimiento matrimonial", Editorial Eunsa, Pamplona, España, 1996.

BARRIENTOS GRANDON, JAVIER; NOVALES ALQUÉZAR, ARANZAZU, "Nuevo derecho matrimonial chileno", Editorial Lexis Nexis Chile, Santiago, 2004.

CLARO SOLAR, LUIS, "Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado", Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.

CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO, Edición anotada, Editorial Eunsa, Pamplona, España, 1992.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN, "Familia y Derecho, Estudios sobre la realidad jurídica de la familia", Ediciones Universidad de los Andes, Santiago de Chile, 1994.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN, "Ley de divorcio, Las razones de un no", Ediciones Universidad de los Andes, Santiago de Chile, 2001.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN, "Una ley de paradojas. Comentarios a la Nueva Ley de Matrimonio Civil", artículo publicado en Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2004.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN, "El régimen de nulidad matrimonial en la Nueva Ley de Matrimonio Civil"; charla efectuada en Seminario del Colegio de Abogados de Chile, mayo de 2004.

DIARIO DE SESIONES DEL SENADO, Nueva Ley de Matrimonio Civil, Valparaíso, Chile

FORNÉS DE LA ROSA, JUAN, "Derecho matrimonial canónico", 3ª Edición, Editorial Tecnos S.A., Pamplona, España, 1990.

MUÑOZ SÁNCHEZ, ANDREA, “Notas sobre la nulidad, la separación y el divorcio en la Nueva Ley de Matrimonio Civil”, Revista de Derecho Privado Fernando Fuero Caneri, Santiago de Chile, 2004.

RAMOS PAZOS, RENÉ, “Derecho de Familia”, 5ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, “Inexistencia y nulidad en el Código Civil chileno, teoría bimembre de la nulidad”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.

SERRANO ALONSO, EDUARDO, “Manual de Derecho de Familia”, Editorial Edisofer, S.L., Madrid, España, 2000.

SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, “Derecho de Familia”, Tomo I, Ediar Editores Ltda., Santiago de Chile, 1983.

VÉLIZ MÖLLER, PATRICIO, “Divorcio, Nulidad y Separación, Los caminos frente a la ruptura”, Ediciones Cerro Manquehue, Santiago de Chile, 2004.

VODANOVIC, ANTONIO, “Curso de Derecho Civil (basado en las explicaciones de A.Alessandri y M. Somarriva)”, Tomo I, Nascimento, Santiago de Chile, 1961.

