



**EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA SEPARACIÓN EN LA LEY Nº 19.947
SOBRE MATRIMONIO CIVIL**

Universidad de Chile
Escuela de Derecho
Departamento de Derecho Privado

Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales

Rocío Lorena Arias Péfaur
María José Castaño González

Profesor Guía: Maricruz Gómez de la Torre Vargas

Santiago, Chile
2007

INDICE

	Página
RESUMEN	6
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I	
La Familia y el Matrimonio	11
1. La Familia en el derecho chileno. Protección de la familia como garantía constitucional.....	11
2. El Matrimonio y la Separación Judicial. La nueva Ley de Matrimonio Civil.....	18
CAPÍTULO II	
La Separación	25
1. Fundamentos para regular jurídicamente la separación.....	25
2. Estatuto jurídico de la separación en Chile con la dictación de la nueva Ley de Matrimonio Civil.....	28
2.1. Principios que informan la nueva Ley de Matrimonio Civil.....	28
2.2. Separación de hecho.....	41

2.3. Separación judicial.....	58
2.3.1. Causal Subjetiva.....	59
2.3.2. Causal Objetiva.....	77
2.3.3 Efectos de la sentencia que decreta la separación judicial de los cónyuges.....	80
2.3.3.1 Efectos en relación a los cónyuges.....	80
2.3.3.2 Efectos en relación a los hijos.....	92
3. Reanudación de la vida en común de los cónyuges.....	95

CAPÍTULO III

De los Juicios de Separación.....98

1. De la naturaleza y ejercicio de la acción de separación.....	98
2. Características del procedimiento.....	100
3. Vigencia de los procedimientos contemplados en la nueva Ley de Matrimonio Civil.....	103
a. Procedimientos ya iniciados y que se encuentran terminados con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Ley de Matrimonio Civil.....	104

b.	Procedimientos ya iniciados y que se encuentren pendientes con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley de matrimonio civil.....	105
c.	Procedimientos iniciados con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Ley de Matrimonio Civil y antes de la instalación de los Juzgados de Familia.....	106
d.	Procedimientos que se inicien con posterioridad a la instalación de los juzgados de familia.....	111
4.	Conciliación.....	133
5.	Mediación.....	136

CAPÍTULO IV

	Análisis Comparativo del Divorcio Temporal y Perpetuo regulados en la Ley de Matrimonio Civil de 1884 y la Separación de la actual Ley de Matrimonio Civil N° 19.947.....	149
--	--	------------

1.	Clasificación.....	149
2.	Causales.....	151
3.	Efectos.....	153
4.	Terminación.....	163

5.	Legislación procesal aplicable.....	166
	CONCLUSIÓN.....	171
	BIBLIOGRAFÍA.....	174
	ANEXO	
	Proyecto de ley que elimina la separación judicial como un nuevo estado civil	
	Boletín N° 3659-18.....	180

RESUMEN

Esta memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile trata acerca de la institución de la separación, tanto de hecho como judicial, y su tratamiento por la Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil.

El objetivo de este trabajo es analizar exhaustivamente la institución de la separación a la luz de la nueva Ley de Matrimonio Civil, para posteriormente compararla con las figuras del divorcio temporal y perpetuo reguladas en la Ley de Matrimonio Civil de 1884.

Con ese propósito, dividiremos nuestra exposición en cuatro capítulos.

En el primero de ellos, abordaremos el nuevo concepto de familia surgido en virtud de las innovaciones establecidas por la Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil. Asimismo, nos referiremos al tratamiento de ella dentro de nuestro ordenamiento jurídico y, en especial, a su consagración a nivel constitucional.

En el segundo capítulo, efectuaremos un estudio exhaustivo del estatuto jurídico aplicable a la separación en la nueva Ley de Matrimonio Civil, para lo cual nos referimos e detalle a los principios que la informan.

En el tercer capítulo, trataremos el procedimiento aplicable a los juicios de separación judicial, y nos referiremos a las instituciones de la conciliación y mediación, introducidas por la Ley N° 19.947.

Finalmente, en el capítulo IV realizaremos una comparación detallada entre el antiguo divorcio no vincular de la Ley de Matrimonio Civil de 1884 y la figura de la separación regulada por la Ley de Matrimonio Civil N° 19.947.

INTRODUCCIÓN

La Familia y su concepto han evolucionado a través del tiempo, situación inevitable y necesaria, toda vez que se trata de una institución determinada por la realidad social en que se encuentra, vinculada a ella y permeable a los distintos cambios que la sociedad experimenta.

La promulgación de la Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil el 17 de mayo de 2004 y su entrada en vigor el 17 de noviembre de ese mismo año, viene a hacerse cargo de adecuar la letra de la ley a la realidad de la sociedad chilena, la cual es radicalmente diferente a la que existía a la fecha de dictación de la antigua ley de Matrimonio Civil de 1885, y frente a la cual, nuestra legislación había permanecido prácticamente indiferente por más de ciento treinta años.

De esta manera, la nueva Ley de Matrimonio Civil, introduce una serie de principios constitucionales, profundamente innovadores respecto de la antigua legislación en materia de derecho de familia, los cuales incorporan las profundas transformaciones que había sufrido la sociedad chilena. A partir de estos postulados se crea por la Ley N° 19.947 nuevos cimientos sobre los cuales descansará una nueva perspectiva en la forma de concebir e interpretar las normas del derecho de familia.

Asimismo, la Ley N° 19.947 modifica las normas relativas al matrimonio, estableciendo innovaciones en cuanto a sus requisitos de validez, forma de celebración y estatuto jurídico aplicable a las rupturas matrimoniales, para lo cual se incorporan mecanismos a través de los cuales los cónyuges puedan regular estas rupturas manteniendo el vínculo matrimonial, a través de las figuras de la separación de hecho y de la separación judicial, o bien

directamente mediante el término de éste. En relación a esta últimas, se establecen nuevas causales de nulidad matrimonial, y se consagra, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, y siguiendo de esta manera, la tendencia universal en el derecho comparado, la institución del divorcio vincular.

En conformidad a lo expuesto, la institución de la separación, tanto de hecho como judicial, es concebida por la Ley N° 19.947 como un mecanismo mediante el cual los cónyuges que han sufrido una ruptura pueden regular las relaciones surgidas de ésta, tanto respecto de ellos mismos como en relación a sus hijos, sin disolver el vínculo matrimonial, el que permanece intacto.

Este trabajo pretende efectuar un análisis exhaustivo de la institución de la separación tanto de hecho como judicial, en atención a la importancia que a nuestro juicio ella presenta, la que quedará demostrada durante el desarrollo de éste.

Para tal efecto, hemos abordado el análisis de la institución en cuatro capítulos. En el primero de ellos, trataremos el nuevo concepto de familia a la luz de las innovaciones establecidas por la Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil y su tratamiento dentro de nuestro ordenamiento jurídico, y su consagración a nivel constitucional. En el segundo capítulo, efectuaremos un análisis pormenorizado del estatuto jurídico aplicable a la separación en la nueva Ley de Matrimonio Civil, con especial énfasis en los principios que la informan. En el tercer capítulo, se realiza un estudio detallado del procedimiento aplicable a los juicios de separación judicial, y a las instituciones de la conciliación y mediación. En el capítulo IV se efectúa una minuciosa comparación entre el antiguo divorcio no vincular de la Ley de Matrimonio Civil de 1884 con la institución de la separación incorporada por la Ley de Matrimonio Civil N° 19.947. Finalmente, se incorpora un anexo con el texto del

proyecto de ley actualmente en tramitación que elimina el estado civil de separados respecto de los cónyuges cuya separación se ha decretado judicialmente.

CAPÍTULO I

LA FAMILIA Y EL MATRIMONIO

1. LA FAMILIA EN EL DERECHO CHILENO. PROTECCIÓN DE LA FAMILIA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

La Constitución Política de la República de Chile reconoce como una de las bases de la institucionalidad a la familia. Así, el artículo 1º inciso 2º de la carta fundamental establece que *“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”*.

Este reconocimiento expreso se reitera en el artículo 1º de la Ley N° 19.947 de 2004 al señalar que *“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia”*.

De esta manera, tanto la Constitución Política de la República como la Ley N° 19.947 disponen que la familia es la base de la sociedad entendiendo por tal el principio y cimiento sobre la que ésta descansa, constituyendo su raíz, principio y origen y de esta manera el núcleo que garantiza sus sostén y mantenimiento. La familia es fundamento de la sociedad¹.

Pese a su reconocimiento expreso por la Constitución y la Ley, el concepto de familia no se encuentra definido en ninguno de estos cuerpos legales. Lo anterior es importante en la medida que el alcance de este concepto determina el ámbito de protección que la Constitución y las leyes otorgan a la familia².

¹ BARRIENTOS GRANDON, JAVIER Y NOVALES ALQUÉZAR, ARANZAZU. “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno”, Editorial Lexis Nexis, 2004, Segunda Edición, Pág. 13.

²En el Boletín N° 1759-18-1 que da cuenta del Informe de las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Familia, sobre el proyecto de ley que establece una nueva Ley de Matrimonio

Como primera consideración para entender que se debe entender por familia, es que ésta constituye una realidad anterior al derecho y que no depende de él. Esta existe desde las primeras manifestaciones de vida humana, la cual es por esencia colectiva, grupal, y solo de este modo se asegura la supervivencia de la especie. La familia en este sentido está absolutamente vinculada y determinada por las sociedad en las cuales se encuentra. Así, como dicen Javier Barrientos Grandon y Aranzazu Novales Alquezar *“Su propia noción (de familia) y su contenido, son el reflejo de una serie de convicciones sociales y, por la misma razón, la familia se presenta, necesariamente, como una realidad histórica y prejurídica”*³

Etimológicamente la palabra familia procedería de la voz “famulia”, por derivación de famulus, que a su vez deriva del osco⁴ “famel”, que significa siervo. Más remotamente, es posible encontrar su origen en el sánscrito “vama”, hogar o habitación, significando, por consiguiente, el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa. Aun cuando esta acepción tiene hoy en día una importancia meramente histórica, cabe destacar lo dispuesto en el artículo 815 del Código Civil, que al tratar del derecho de uso y habitación, acogería la citada acepción al señalar que la familia

“.... Comprende al cónyuge y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aún cuando el usuario o el habitador no está casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la

Civil, se señala al respecto lo siguiente “ Tanto desde un punto vista originario (actas de la Comisión Constituyente), como gracias a una interpretación sistémica, es posible aseverar que nuestra Constitución, si bien no es valóricamente neutra, no define en ningún momento su idea de familia, o el vínculo directo de ésta con el matrimonio, dejando abierta la posibilidad de que sea la sociedad, en cada época histórica, la que establezca cómo se harán efectivas las aspiraciones programáticas consagradas por la Constitución en esta materia”.

³ BARRIENTOS GRANDON, JAVIER Y NOVALES ALQUÉZAR, ARANZAZU. “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno”, Op. Cit. ,Pág. 3.

⁴ Lenguaje utilizado por los algunos de los antiguos pueblos de Italia Central.

constitución. Comprende asimismo el número de sirvientes necesarios para la familia. Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivían con el habitador o usuario y a costa de éstos; y las personas a quienes éstos deben alimentos”.

Para la doctrina, el profesor Miguel Somarriva U. define a la familia como *“Un conjunto de personas unidas por el vínculo del matrimonio, del parentesco o de la adopción”⁵*. José Castán Tobeñas entiende por familia *“Un conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio o de parentesco (consanguinidad, afinidad o adopción), a las que la ley atribuye algún efecto jurídico”⁶*.

Las posiciones adoptadas por la doctrina nacional podrían sintetizarse básicamente en dos posturas:

Por una parte, Hernán Corral Talciani sustenta que la noción de familia es restringida y que únicamente se podría identificar con la familia que se funda en el matrimonio. Como argumentos en este sentido, Corral esgrime fundamentalmente:

Que la Constitución no lo precisó de esta manera, porque al legislador le pareció algo obvio ya que ese era el modelo paradigmático y tradicional de familia,

Que los textos internacionales en ningún caso hablan de familia como una realidad abierta y de carácter descriptivo, y

⁵SOMARRIVA U., MIGUEL. “Derecho de Familia”, Editorial Nacimiento, Edición 1963, N° 3, Pág. 10.

⁶CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ. “Derecho Civil Español y Foral”, Editorial Reus, 1994, tomo V, Volumen 1, Pág. 28.

Que es absurdo pensar que es deber del Estado no sólo proteger sino también propender al fortalecimiento de las uniones de hecho o de las parejas homosexuales⁷.

Por otra parte, la posición contraria es sustentada principalmente por los profesores Gonzalo Figueroa Yáñez⁸, Jorge Ovalle⁹ y Carlos Peña¹⁰. Para éste último el concepto de familia comprende tanto la familia matrimonial como la no matrimonial, es decir, la que tiene un origen distinto al matrimonio, como podrían ser los vínculos generados en virtud de la procreación, (que genera una familia monoparental), la convivencia afectiva heterosexual, la adopción, y la convivencia afectiva homosexual, aunque en este último caso se discute su carácter de elemento generador de familia.

Como sustento de su posición, el profesor Carlos Peña señala que:

El inciso 2º del artículo 1º del texto constitucional fue tomado de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y tal Declaración en su artículo 16 N° 3 dispone que: *“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”*. Según Peña, la disposición del artículo 16 N° 3 de la Declaración de Derechos Humanos debe entenderse en relación con los artículos 2º y 7º de la misma, los que prohíben toda forma de discriminación, incluida aquella que se efectúa en razón del nacimiento,

⁷CORRAL TALCIANI, HERNÁN. “Familia y Derecho”, Universidad de los Andes, colección jurídica, Santiago, 1994, Pág. 30).

⁸ FIGUEROA YÁÑEZ, GONZALO. “Persona, Pareja y Familia”, Editorial Jurídica de Chile, 1995, Págs. 70-72.

⁹ OVALLE, JORGE. “Pareja y Familia”, artículo publicado en El Mercurio con fecha 22 de noviembre de 1995.

¹⁰ PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS. “¿Hay razones constitucionales fuertes a favor de un estatuto igualitario?”. Artículo que forma parte del Libro Homenaje al Profesor Fernando Fueyo, Instituciones Modernas del Derecho Civil, Editorial Conosur, 1996, Pág. 140-150.

El Pacto de San José de Costa Rica, en el mismo precepto que establece la igualdad de todos los hijos, prevé la protección de la familia. Luego la familia en cuestión no es la legítima, en contraposición a otras categorías ilegítimas, puesto que el Pacto de San José de Costa Rica ordena no discriminar entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio.

Aún cuando se aceptara que la Constitución alude a la familia legítima, habría ello sido objeto de una reforma constitucional por la modificación del inciso 2° del artículo 5° y la posterior incorporación del Pacto de San José de Costa Rica.

La jurisprudencia, por su parte, ha aceptado una concepción de familia como equivalente, exclusivamente, a la matrimonial. Esta comenzó a cambiar a partir de la ley N° 19.585 de 1999, que modificó, íntegramente, el régimen de filiación, la institución de la patria potestad y la prueba del estado civil, entre otras materias.

Entendemos que toda esta discusión se ha zanjado en virtud de la promulgación de la Ley N° 19.947 de 17 de mayo de 2004, que modifica la Ley de Matrimonio Civil. En efecto, esta ley dispone en su artículo 1° inciso 1° que *“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia”*¹¹. Queda claro de esta manera el carácter extenso que el legislador da a esta institución, incluyendo tanto a aquellas familias originadas a

¹¹ Al respecto es preciso mencionar el Boletín N° 1759-18 de fecha 7 de Octubre del 2003, que da cuenta de las indicaciones formuladas durante la discusión general del proyecto de ley que establece una Nueva Ley de Matrimonio Civil, por los Honorable Senadores señores Bombal, Coloma, Larraín y Romero, para sustituir el inciso primero del artículo primero de la ley N° 19.947, por los siguientes:

“Artículo 1°.- La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio, con los elementos y propiedades indicadas en el artículo 102 del Código Civil, es la base de la familia.

La ley protege la consistencia y estabilidad del matrimonio, por lo que el vínculo conyugal válidamente contraído es indisoluble por cualquier causa que no sea la muerte de uno de los cónyuges. En los casos de ruptura de la vida común, los cónyuges podrán regular sus relaciones de conformidad con el régimen de separación judicial.”

partir del matrimonio, como a aquellas que tienen otros orígenes, no obstante lo cual reconoce al matrimonio como base fundamental de la familia, otorgándole preeminencia.

En efecto, el matrimonio, al ser la base principal de la familia, es susceptible de un tratamiento jurídico diferente y así de una consideración distinta respecto a los demás orígenes de ésta. Estimamos que tal situación no vulnera el principio de igualdad y tampoco se está en el caso de una diferencia arbitraria, pues ella se establece sobre la base de supuestos constitutivos distintos, luego existe una base racional de diferenciación la cual, por cierto, exige un tratamiento jurídico diferente en pos de la igualdad.

Este alcance del concepto de familia, como hemos mencionado, se encontraba ya en los argumentos que sostenía parte de la doctrina. En este sentido, concordamos con la opinión que tal circunstancia ya se encontraba implícitamente reconocida en nuestro sistema jurídico con anterioridad a la vigencia de la Ley N° 19.947, producto de la ratificación del Pacto de San José de Costa Rica, en la medida que el artículo 5° inciso 2° de la Constitución dispone que *“ Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos (esenciales que emanan de la naturaleza humana), garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*.

De acuerdo a lo anteriormente señalado, se otorga reconocimiento jurídico a las distintas formas de composición de la familia que se presentan en la realidad y que son indiscutidas socialmente. Así, las familias tienen varias formas de composición, ya sea extensas (supone la convivencia del padre, la madre y de sus hijos, junto a otros parientes por consanguinidad y afinidad, frecuentemente abuelos, hermanos, tíos, sobrinos u otros), nucleares (formadas

por el padre, la madre y los hijos comunes) monoparentales (integradas únicamente por uno de los progenitores y sus hijos menores o aún incapaces de sustentarse por sí mismos), y ensambladas (caracterizadas porque uno o ambos integrantes de la pareja aportan hijos a la unión, de manera tal que los miembros de esta nueva familia pertenecerán simultáneamente a dos sistemas familiares distintos), y también distintos orígenes, como el matrimonio, la procreación, la convivencia afectiva heterosexual o la adopción, según se señaló anteriormente, discutiéndose si la convivencia afectiva homosexual podría ser causa fundante de la familia.

Junto con reconocer a la familia como núcleo de la sociedad y base de la institucionalidad, la Constitución reconoce también el deber del Estado de dar protección a la familia, al establecer en su artículo 1° inciso 5° que *“Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, y propender al fortalecimiento de ésta”*. Debemos reiterar que el citado deber de protección se extiende a todas las acepciones de familia, ya sea en cuanto a su origen o composición.

A nivel constitucional podríamos concluir que tanto la familia en su carácter de núcleo fundamental de la sociedad, como el deber estatal de protegerla y propender a su fortalecimiento, constituyen bases de la institucionalidad, que obligan a gobernantes y gobernados en sí mismas y que, en virtud de ello, deben inspirar todas sus actuaciones, en particular a la legislación, dotándola de la debida coherencia sustancial que debe existir en nuestro ordenamiento jurídico global.

Finalmente, considerando por una parte a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, y el deber constitucional del Estado de protegerla y propender a su fortalecimiento, y de estar al servicio de la persona humana y

promover el bien común. Por otra, es preciso señalar que tal deber de promoción del bien común implica necesariamente crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional “*su mayor realización espiritual y material posible*” y sin duda alguna es en la familia donde se presenta más intensamente esta idea.

2. EL MATRIMONIO Y LA SEPARACIÓN JUDICIAL. LA NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL

Matrimonio proviene del latín “*matris munere*” que significa oficio o cargo de madre, equivalente a carga o cuidado que incumbe a la madre, dado el rol fundamental y superior de la madre en relación con el del padre.¹²

Respecto al matrimonio es preciso aclarar que se trata de una institución que no se puede mantener al margen de la realidad social en donde se desenvuelve y que inevitablemente repercutirá en ella.

El tema valórico es un tema que influye fuertemente y es, por cierto, bastante conflictivo: la discusión que llevó a dictar la ley N° 19.947 es un claro ejemplo de ello.

Andrés Bello trató de plasmar la realidad imperante en esa época de tal manera que se trató de un matrimonio muy influenciado por el catolicismo, caracterizado por una gran unidad familiar en la que hay un rechazo por los hijos nacidos fuera del matrimonio y en el que los ingresos económicos son

¹² RAMOS PAZOS, RENÉ. “Derecho de Familia”, Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición, año 2003, Pág. 9

aportados por el cónyuge varón. De esta forma, todo lo relativo al matrimonio estaba entregado a la jurisdicción de la Iglesia Católica.

La Ley de Matrimonio Civil de 1884 resulta de un conflicto entre el gobierno liberal de la época y la Iglesia Católica. Con ella se seculariza el matrimonio dejando sólo válido al matrimonio civil y entrega todo lo concerniente a la nulidad y al divorcio (que mantenía el vínculo del matrimonio) a la jurisdicción de los tribunales del orden temporal. Esta ley se caracterizaba por su monismo constitutivo de matrimonio civil único, de jurisdicción estatal exclusiva y excluyente, de absoluta indisolubilidad.

La Ley de Matrimonio Civil N° 19.947 de 17 de mayo de 2004, nace en respuesta a los innumerables cambios que ha experimentado la sociedad chilena desde la promulgación de la anterior Ley de Matrimonio Civil de 1884. Dicha ley se caracteriza por basarse en cláusulas generales y no regirse una enumeración cerrada de requisitos. Se basa fundamentalmente a este respecto en dos principios o criterios a seguir: interés superior de los hijos, cónyuge más débil y relaciones equitativas. Todo esto obliga a valorarse judicialmente los hechos o fenómenos sociales.

Además, esta nueva ley, al igual que la de filiación, concede un amplio margen a la voluntad y una mayor presencia del llamado “negocio jurídico” en el ámbito de las relaciones de familia.

En este nuevo escenario es que la nueva ley actúa y substituye por completo el sistema matrimonial que existía en Chile y crea ahora un sistema matrimonial de disolubilidad absoluta que reconoce como familia a numerosas situaciones que con anterioridad a la Ley se encontraban en un terreno gris,

pero sin desconocer al matrimonio como base principal, aunque no única, de la familia.

La mayoría de los códigos modernos prefiere no definir al matrimonio, sino que señalar sus requisitos, exigencias, impedimentos, formalidades y efectos. Tal es el caso del Código Civil español, del Código Civil argentino, del Código Civil venezolano y del Código Civil mexicano, entre otros.

No obstante lo anterior, nuestro Código Civil, en su artículo 102, norma que por cierto no ha sido alterada por la Ley N° 19.947, dispone: *“El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”*, concepto que se corresponde muy cercanamente con la noción católica del matrimonio concordante con la época de dictación de nuestro Código Civil.¹³

La Nueva Ley de Matrimonio Civil, al incorporar al divorcio con disolución de vínculo genera un cambio radical en el tratamiento jurídico de una realidad para muchos inevitable en nuestra sociedad.

Sin embargo, atendida la circunstancia de que el concepto de matrimonio que contempla el Código Civil permanece inalterado, se ha discutido en doctrina y en el seno de la Comisión de Constitución del Senado como se concilia el hecho de que un matrimonio válidamente celebrado pueda, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.947, disolverse en vida de ambos cónyuges, con el carácter de “indisoluble” y “para toda la vida” que le otorga el

¹³ A diferencia de lo que ocurre en nuestro país, donde constituye un elemento de la esencia del matrimonio la circunstancia de que se celebre entre un hombre y una mujer, el inciso segundo del artículo 44 del Código Civil español, dispone que “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

artículo 102 del Código Civil¹⁴. En este sentido, se han formulados las siguientes hipótesis:

1) Hernán Corral Talciani, considera que la regla general en el matrimonio es la indisolubilidad, siendo la disolubilidad sólo una excepción. Señala al respecto lo siguiente: *“El divorcio, concebido como un remedio excepcional, en ningún caso podrá llegar a cambiar la fisonomía jurídica del matrimonio tal como existe en la actualidad. Las personas -se dice- se casan para vivir juntos por toda la vida y no para divorciarse”*.

2) El senador Ominami, en la Comisión de Constitución del Senado, manifestó lo siguiente: *“Es contradictorio que la definición diga que el matrimonio es indisoluble y que luego se regule la disolución, aunque el artículo se deba entender tácitamente modificado por esta ley, por ser posterior al Código Civil”*¹⁵

3) El senador Viera Gallo defendió el mantenimiento inalterado del artículo 102 del Código Civil de la siguiente manera: *“La indisolubilidad dice relación con la intención de los contrayentes y no con la naturaleza del contrato. En la Cámara de Diputados, luego de analizar las distintas tendencias que se dieron en su seno, se concluyó que lo importante es que, al contraer matrimonio, la intención de los contrayentes es que no se disuelva, pero si después, por causas sobrevinientes, que los cónyuges no pudieron prever al*

¹⁴ Al respecto cabe señalar que se rechazaron en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, tres indicaciones que tenían por finalidad eliminar la expresión “indisolublemente” del mencionado artículo. Una de las indicaciones al proyecto de Ley de Matrimonio Civil que hiciera llegar el Presidente de la República, don Ricardo Lagos Escobar, al Senado, con fecha 13 de Septiembre de 2001, se dirigía a que: “En el artículo 102 (del Código Civil) reemplázase la frase “e indisolublemente por toda la vida” por la siguiente “y para toda la vida”. Ello, tal como consta en Indicaciones de S.E. el Presidente de la República”, Santiago, 13-IX-1991, en Informe de Comisión, Anexo N° 1, Indicaciones, Pág. 61.

¹⁵ BARRIENTOS GRANDON, JAVIER Y NOVALES ALQUÉZAR, ARANZAZU. “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno”, Op. Cit., Pág. 163.

momento de casarse, tienen la necesidad de disolverlo, la ley debe entregar las herramientas para que lo hagan”¹⁶

4) El senador Espina, hizo presente que: *“No veía obstáculo para que la definición declare que el matrimonio es indisoluble, y más adelante, se permita la disolución. La validez de los contratos no obsta a causales de terminación sobrevinientes. Por ejemplo, la venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, pero luego se puede resciliar, rescindir o resolver. El matrimonio, por regla general es indisoluble; excepcionalmente, cumpliéndose determinados requisitos, se permite la disolución”¹⁷*

5) Por último, para Javier Barrientos Grandon, Aránzazu Novales Alquézar y Carlos López Díaz, el Matrimonio contemplado en la Nueva Ley de Matrimonio Civil es indisoluble por naturaleza, sin embargo, se deben distinguir dos ámbitos distintos, la indisolubilidad intrínseca y la indisolubilidad extrínseca. En virtud de la primera el matrimonio no puede ser disuelto por la mera voluntad de los cónyuges y que en sí mismo exige indisolubilidad en cuanto el ideal del matrimonio es que sea para siempre y dure para toda la vida de los cónyuges. La indisolubilidad extrínseca significa que el acto no puede ser disuelto desde fuera por cualquier potestad humana, desde este punto de vista nuestro sistema matrimonial es de disolubilidad extrínseca e indisolubilidad intrínseca.¹⁸

¹⁶ BARRIENTOS GRANDON, JAVIER Y NOVALES ALQUÉZAR, ARANZAZU. “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno”, Op. Cit., Pág. 163.

¹⁷ BARRIENTOS GRANDON, JAVIER Y NOVALES ALQUÉZAR, ARANZAZU. “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno”, Op. Cit., Pág. 164.

¹⁸ LÓPEZ DÍAZ, CARLOS. “Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia”, Editorial Librotecnia, Segunda Edición, año 2005, Págs. 140-142. En este sentido, ver también BARRIENTOS GRANDON, JAVIER Y NOVALES ALQUÉZAR, ARANZAZU. “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno”, Op. Cit., Pág. 164.

En este escenario es donde surge la gran importancia de la separación, ya que se trata de una solución anterior al divorcio, de manera de consagrar así uno de los principios fundamentales de la Ley N° 19.947 que es la protección de la familia y a su vez en su carácter de antesala casi necesaria del divorcio, toda vez que para pedirlo se debe acreditar, en los casos más frecuentes, el cese de la convivencia. Dicho cese puede ser acreditado de manera indiscutible mediante la separación.

Finalmente, es indispensable precisar que la institución de la separación judicial viene a reemplazar el antiguo régimen de divorcio no vincular, estableciendo ciertas novedades que lo diferencian de este antiguo régimen. En este sentido, la separación judicial puede ser demandada por violación grave de los deberes del matrimonio, como también por el mero hecho del cese de la convivencia, y genera el nuevo estado civil de separados judicialmente, admitiéndose la posibilidad de reestablecer el de casados si los cónyuges llegasen a reanudar la vida en común¹⁹.

Además esta institución permite regular una situación que indiscutiblemente se daba en la práctica que es la separación de hecho entre los cónyuges. Dicha situación de hecho que se daba en la práctica al no continuar los cónyuges viviendo juntos, la cual se puede deber a múltiples razones, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.947, se podrá regular jurídicamente, ya sea de mutuo acuerdo entre los cónyuges o por voluntad unilateral de uno de éstos, y así a partir de ello, es que se podrán regular, resolver y evitar problemas asociados a las diferentes consecuencias que

¹⁹ GALVÁN BERNAVEU, JOSÉ ANTONIO. “El nuevo sistema matrimonial de la Ley N° 19.947”, artículo publicado en “El nuevo derecho chileno del matrimonio”, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, Págs. 12 y 13.

implica una vida separada, tanto respecto de los cónyuges como respecto de los hijos.²⁰

Otra innovación de la Ley N° 19.947 se relaciona con lo que socialmente era un hecho indiscutido, esto es, el creciente aumento de las familias monopaterales, integradas por uno de los cónyuges con sus hijos, las que representan un número cada vez mayor dentro de las nuevas acepciones de familia, teniendo entre sus causas a la separación judicial, pasando a ser reguladas por la Ley N° 19.947.²¹

A propósito de la “vida en común” que deben llevar los cónyuges como efecto del matrimonio, es pertinente señalar a este respecto que ésta no es un fin del matrimonio, en cuanto él no requiere de la vida en común para subsistir, y así, a mayor abundamiento, éste vínculo matrimonial subsiste, no obstante que desaparezca la vida en común como ocurre en la separación judicial de la Ley N° 19.947.

²⁰ En el Boletín N° 1759-18 que da cuenta del Informe de las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Familia, sobre el proyecto de ley que establece una nueva Ley de Matrimonio Civil, se menciona como uno de los aspectos más notorios del proyecto, precisamente, a: *“El establecimiento de un estatuto que regule las separaciones de hecho, que favorezca el ejercicio pleno de la paternidad y la maternidad en aquellos casos en que la convivencia se ha interrumpido, que proteja los bienes asociados a la conyugalidad y que opere como una antesala del divorcio cuando se mantenga en el tiempo y acredite una ruptura definitiva”*.

²¹ En el Boletín N° 1759-18 Op. Cit. se señala que *“Basados en datos sacados del censo poblacional de 1992, dan a conocer que, en Chile, la población mayor de 14 años (9.660.387) se divide, de acuerdo con su estado civil, de la siguiente forma: 3.373.885 solteros; 4.699.720 casados; 537.444 que conviven; 324.926 separados de hecho; y 30.656 anulados. El número de personas afectadas por una situación familiar no relacionada con el matrimonio o derivada de una crisis del vínculo matrimonial corresponde a 893.026 personas. Destacan, por otra parte, que la mayor parte de las familias chilenas, tanto nucleares como extensas, son biparentales (68.4 por ciento), es decir, hay una pareja que las encabeza. Pero la proporción de hogares monoparentales no es menor, ya que oscila entre un 18 y 16 por ciento. De las personas que viven en pareja la mayor parte están unidas en matrimonio pero la proporción de los que no lo están tampoco es reducida: se trata de un 16.5 por ciento, según la encuesta de la Comisión Nacional de la Familia. Dicha Comisión reconoce la diversificación en las formas de organización de la familia no como un proceso crítico de descomposición, sino como parte de la dinámica de relación entre familia y sociedad y, por lo tanto, como la forma en que los grupos familiares responden a los desafíos y circunstancias específicas de nuestro tiempo”*.

CAPÍTULO II LA SEPARACIÓN

1. FUNDAMENTOS PARA REGULAR JURÍDICAMENTE LA SEPARACIÓN

La Nueva Ley de Matrimonio Civil permite a los cónyuges que han sido víctimas de una ruptura conyugal, optar entre diversas alternativas, el estatuto aplicable a su quiebre, consagrándose, de esta manera, al igual que en la legislación francesa, un “Divorcio a la Carta”.²²

De esta forma, si los cónyuges decidieren poner término a su vínculo matrimonial pueden recurrir a la figura de la nulidad o bien demandar el divorcio, pese a que, en principio, la nulidad sólo es procedente en caso de concurrir una causal tipificada en la ley, referida a un vicio que obsta a la validez del matrimonio, encontrándose estrechamente ligada a la doctrina de los vicios de la voluntad.²³

²² VELOSO VALENZUELA, PAULINA. “Algunas Ideas Generales sobre la Nueva Ley de Matrimonio Civil en Materia de Divorcio”. Artículo publicado en el Libro Diplomado Internacional Estado de Derecho y Reforma a la Justicia. Editado por Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Heidelberg Center para América Latina, California Western School of Law y Proyecto de Reforma Judicial GTZ Chile. Año 2005.

²³ “Desde luego, la nulidad como técnica de tratamiento de las rupturas aparece estrechamente vinculada al carácter libre y consensual del matrimonio y a su conceptualización romano-canónica. La nulidad se encuentra estrechamente relacionada con el lugar que se concede al consentimiento libre en el acto matrimonial, situación que era tradicional en el derecho romano -aparece ya en el Digesto en una fórmula atribuida a Ulpiano- y gana importancia bajo la forma de consentimiento actual en el Derecho Canónico clásico hacia el siglo XIII. De ahí que los decretales -una suerte de creación pretoriana- comienzan a gestar la doctrina de los vicios del consentimiento que aparece hoy, por ejemplo, en los cánones 1095 a 1100 del Código Canónico de 1983.

Lo que interesa destacar es que el concepto de nulidad, estrechamente asociado a la doctrina de los vicios de la voluntad, es una creación romano-canónica que supone que el consentimiento que se prestó no era vinculante. El matrimonio nulo careció, en su origen, de consentimiento válido”. Capítulo V de la Moción presentada por la Diputada señorita Saa, señoras Allende y Aylwin, y los de Diputados señores Walker, Barrueto, Cantero, Longton, Munizaga, Elgueta y Viera-Gallo, en Boletín N° 1759-18 de fecha 28 de Noviembre de 1995.

No obstante lo anterior, dada la amplitud de las causales de nulidad consagradas en la Ley N° 19.947, las que, en concepto de la profesora Paulina Veloso, “*constituyen verdaderas causales de divorcio, con cierto aire religioso*”,²⁴ cabría la elección. Esto no es más que una manifestación de la presencia del pensamiento conservador religioso en la Nueva Ley de Matrimonio Civil, que permite a quienes, habiendo sufrido una ruptura, deseen, por motivos religiosos, poner fin a su matrimonio sin recurrir a la figura del divorcio.²⁵ Es preciso recordar que la postura de la Iglesia Católica es contraria a la disolución de un matrimonio válidamente celebrado por causa sobreviniente, en cambio, si acepta la nulidad, bajo la perspectiva de que el consentimiento prestado por los contrayentes al momento de la celebración del matrimonio, no fue vinculante, lo que justificaría su declaración de nulidad.²⁶

Por el contrario, si los cónyuges frente a su ruptura desearan mantener el vínculo conyugal, al menos en una primera instancia, pueden optar entre permanecer separados de hecho, y regular en forma voluntaria o bien por la vía judicial, sus relaciones personales y/o patrimoniales, o bien demandar la separación judicial. Es preciso tener presente que esta separación puede o no tener el carácter de definitiva. En caso de que los cónyuges no logren superar sus diferencias y decidan presentar demanda de divorcio, tanto en el Proyecto Original de Ley de Matrimonio Civil, como en el texto de la Ley N° 19.947 finalmente aprobado, la acreditación del cese de la convivencia conyugal por el

²⁴ VELOSO VALENZUELA, PAULINA. “Algunas Ideas Generales sobre la Nueva Ley de Matrimonio Civil en Materia de Divorcio”, Op.Cit., Pág. 134

²⁵ VELOSO VALENZUELA, PAULINA. “Algunas Ideas Generales sobre la Nueva Ley de Matrimonio Civil en Materia de Divorcio”, Op.Cit , Pág. 134

²⁶ TAPIA, MAURICIO. Revista Estudios Públicos N° 86, Otoño 2002. Pág.10. Al respecto, este autor señala: “La sola ventaja de insistir en la nulidad sería la de constituir un camino menos violento para quienes han visto morir su relación, pero cuyas creencias les impiden recurrir directamente al divorcio, teniendo en cuenta especialmente que la Iglesia Católica, a diferencia de otras religiones, no acepta el divorcio vincular pero sí la nulidad. De este modo, sería una nulidad con un cierto aire confesional, como lo demuestra el hecho que las causales hayan sido extraídas del derecho canónico y algunas indicaciones al Proyecto, que pretenden que la sentencia eclesiástica que declare nulo el matrimonio, previa autorización judicial, surta efectos civiles”.

tiempo legalmente requerido, configura la causal de divorcio, siguiendo así la tendencia existente en la materia en el derecho comparado.²⁷

La Ley N° 19.947 consagra una única causal que habilita a los cónyuges para solicitar el divorcio o la separación, lo que, según se desprende de los informes de las comisiones de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado y de la moción de los diputados al Congreso Nacional, responde al hecho que la separación debe entenderse como una antesala al divorcio, esto es, una instancia que permita a los cónyuges, en forma previa a la disolución de su matrimonio, optar por solucionar las diferencias que provocaron su ruptura, o bien perseverar en su decisión de poner término al vínculo matrimonial. Ya en el Proyecto Original de Nueva Ley de Matrimonio Civil, la separación judicial fue concebida para el cumplimiento de dos funciones; la primera, favorecer por parte de los cónyuges el ejercicio pleno de de la paternidad y maternidad una vez interrumpida la convivencia entre ellos, y por otra, servir de etapa previa al divorcio.²⁸

²⁷ En el Boletín N° 1759-18, Op. Cit., se indica: “*La separación supone una situación fáctica que acredita, y a la vez expresa, el quiebre -no siempre definitivo- de la vida en común. En el derecho comparado, como es sabido, el tratamiento de las separaciones de hecho suele encaminarse a configurar una causal de divorcio, lo que es recogido por este proyecto de ley*”. Moción de la Diputada señorita Saa, señoras Allende y Aylwin, y los de Diputados señores Walker, Barrueto, Cantero, Longton, Munizaga, Elgueta y Viera-Gallo. Nueva ley de matrimonio civil

²⁸ En el Boletín N° 1759-18, Op. Cit., se señala: “*En lo que atinge a la separación, que en el derecho comparado se define como aquella situación en la que, subsistiendo el vínculo matrimonial, se produce una cesación de la vida en común, hemos previsto un estatuto que posee dos funciones. La separación favorece en los cónyuges el ejercicio pleno de la paternidad y la maternidad en aquellos casos en que la convivencia se ha interrumpido, protegiendo los bienes asociados a la conyugalidad.*

En un segundo sentido, ella opera como una antesala del divorcio. Una separación mantenida por los lapsos que este proyecto señala, acredita una ruptura definitiva, y la prudencia aconseja permitir a los cónyuges separados -que en el intertanto pueden haber establecido familias informales-, disolver su matrimonio. En este caso, la separación es un tiempo de espera, sensato y prudente, antes de dar lugar a la ruptura definitiva. Previo a decretar el divorcio el juez deberá intentar la reconciliación de los cónyuges separados”. Moción de la Diputada señorita Saa, señoras Allende y Aylwin, y los de Diputados señores Walker, Barrueto, Cantero, Longton, Munizaga, Elgueta y Viera-Gallo. Nueva Ley de Matrimonio Civil.

2. ESTATUTO JURÍDICO DE LA SEPARACIÓN EN CHILE CON LA DICTACIÓN DE LA NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL

2.1. Principios que informan la nueva Ley de Matrimonio Civil

Antes de entrar al análisis de la institución de la separación, es necesario situar dicha institución dentro del marco legal otorgado por la ley N° 19.947, para referirnos, especialmente, a los principios que se desprenden de sus normas, toda vez que ellos servirán de guía al juez y a las partes en la regulación de las relaciones mutuas entre ellos y/o respecto de sus hijos.

Del texto de la Ley N° 19.947 se desprenden, a nuestro juicio, dos principios fundamentales. En primer lugar, la **protección de la familia**, y en segundo lugar, la **solución integral del conflicto conyugal**.

2.1.1. Protección de la familia

La Constitución Política de la República consagra, en el inciso 2° de su artículo 1° que *“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”*, y en su inciso 5°, que *“Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, **dar protección a la población y a la familia...** y **propender al fortalecimiento de ésta”***, en atención a que constituye la primera y más importante institución social concebida por el hombre.

Por otra parte, además del rango constitucional que la protección de la familia tiene dentro de nuestro ordenamiento jurídico, tal disposición, por encontrarse en el Capítulo I de nuestra Carta Fundamental, a propósito de las

“Bases de la Institucionalidad”, cumple una función interpretativa de las demás normas de nuestro sistema jurídico.

Cabe señalar que es la propia Ley N° 19.947 la que establece en su artículo primero que la familia es la base fundamental de la sociedad, reiterando lo ya señalado en su oportunidad por el constituyente.

Siguiendo esta idea central de la nueva ley de matrimonio civil de protección a la familia, se encuentra la disposición contemplada en el inciso 3º del artículo 3 de dicha ley, que impone al juez la obligación de resolver todas las cuestiones atinentes a la nulidad, separación o divorcio, conciliándolas con los derechos y deberes provenientes de las relaciones de filiación y con la subsistencia de una vida familiar compatible con la ruptura o la vida separada de los cónyuges.

En relación a esta norma, es preciso destacar que si bien se ha producido una ruptura dentro de la familia, ya sea por la vía de la nulidad del matrimonio, por la separación o el divorcio, subsiste la noción de “familia” y por ende, de “vida familiar”, particularmente en el caso de que existan hijos.

De lo expuesto, podemos deducir que la **protección de la familia** es el principio rector de la nueva Ley de Matrimonio Civil, el cual, a nuestro juicio se concretiza fundamentalmente en tres sub-principios, a saber:

- Protección del matrimonio
- Protección de los hijos
- Protección del cónyuge económicamente más débil.

2.1.1.1. Protección del matrimonio

Contrariamente a lo que podría pensarse, la Ley N° 19.947, comúnmente denominada “Ley de Divorcio”, contempla una serie de disposiciones que tienden a proteger la institución del matrimonio. Asimismo, establece también una serie de mecanismos orientados a encontrar la mejor solución posible para las partes involucradas, una vez que la ruptura matrimonial se presenta como un hecho ya consumado.

En este sentido, el artículo primero de la ley formula una declaración de principios, reiterando lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1° de nuestra Constitución Política:

***“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad “ Y agrega:
“El matrimonio es la base principal de la familia”.***

Esta protección que concede la Ley N° 19.947 al matrimonio, se consagra expresamente en las siguientes disposiciones de la ley:

- **Artículo 3 inciso segundo:**

Establece la obligación del juez, al momento de resolver sobre las materias de familia reguladas por la ley, de procurar preservar y recomponer la vida en común en la unión matrimonial válidamente contraída, cuando ésta se vea amenazada, dificultada o quebrantada.

- **Artículo 5 N° 2:**

Establece la prohibición absoluta para contraer matrimonio de los menores de 16 años, tanto en el hombre como en la mujer. Con esto se aumenta la edad mínima contemplada en antigua Ley de Matrimonio Civil, la

cual, basándose en el derecho canónico, permitía contraer matrimonio a partir de los 12 años a la mujer, y a los 14, al hombre, requiriéndose, si se trataba de menores de 18 años, el consentimiento expreso de ambos padres. En caso de faltar uno de ellos, el consentimiento debía prestarlo el otro padre o madre y a falta de ambos, el ascendiente o ascendientes de grado más próximo.

- **Artículo 10 inciso tercero:**

Impone al Oficial del Registro Civil la obligación de comunicar a los futuros contrayentes la existencia de cursos de preparación para el matrimonio, para el caso de que no acrediten haberlos realizado.

Cabe señalar que estos cursos preparatorios no tienen carácter obligatorio para los interesados, puesto que pueden eximirse de ellos, siempre que, de común acuerdo, declaren conocer suficientemente los derechos y deberes del estado matrimonial.

En conformidad al inciso segundo del artículo 11 de la ley, estos cursos podrán ser dictados por el Servicio de Registro Civil e Identificación, por entidades religiosas con personalidad jurídica de derecho público, por instituciones de educación públicas o privadas con reconocimiento del Estado o por personas jurídicas sin fines de lucro, cuyos estatutos comprendan la realización de actividades de promoción y apoyo familiar.

- **Artículo 67:**

Consagra la obligación del juez de citar a las partes a una audiencia de conciliación especial, a fin de examinar las condiciones que contribuirían a superar el conflicto de la convivencia conyugal y verificar la disposición de las partes para hacer posible la conservación del vínculo matrimonial.

2.1.1.2. Interés superior de los hijos.

El artículo 3 de la Ley N° 19.947 establece que:

*“Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el **interés superior de los hijos** y del cónyuge más débil”.*

Este principio se encuentra íntimamente relacionado con el Interés Superior del Niño, el que se encuentra consagrado internacionalmente en la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, promulgada en nuestro país por decreto N° 830, de 14 de agosto de 1990 y publicada en el Diario Oficial de 27 de septiembre del mismo año.

El artículo 3 de dicha convención dispone que:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se entenderá será el interés superior del niño”.

Es a la luz del artículo 222 del Código Civil que este principio cobra vital importancia, puesto que dicha norma establece que:

*“La preocupación fundamental de los padres es el **interés superior del hijo**, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y*

lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”, puesto que surge como un mecanismo integrador y como un criterio orientador para la interpretación de la ley, a fin de determinar su genuino sentido.

Las razones para la consideración del niño en el ordenamiento jurídico tienen su origen en el deber de garantizar su calidad de *persona*, su dignidad como tal y sus derechos fundamentales inviolables. En este sentido, *“la regulación especial de la situación del menor no debe fundarse en sus deficiencias como ser humano. La tutela que el ordenamiento jurídico dispensa para la niñez no conlleva una discriminación positiva; esto es, un trato favorable compensatorio de su supuesta condición de inferioridad. La protección jurídica otorgada al menor se proyecta sobre sus derechos, y obedece a la necesidad de garantizar, ante todo, su status de persona”*.²⁹

De esta manera, la concepción del menor cambia radicalmente, puesto que, desde una perspectiva bajo la cual el niño era considerado como “objeto de protección”, y en tal carácter se le negaba el derecho a expresar sus preferencias o deseos, posición dominante hace tan sólo unas décadas, se pasa a otra que destaca y promueve su calidad de “sujeto de derecho”, reconociendo así, el principio de igualdad jurídica en su sentido más amplio.

Junto con esto, surge la noción del niño como una “autonomía en desarrollo”, vinculada estrechamente con el derecho a la identidad. En virtud de esta nueva concepción, se reconoce al niño la *“capacidad para construir, en una constante evolución, su propia personalidad, para diseñar su proyecto de*

²⁹ SCHUDECK DÍAZ, ASTRID. “El Interés Superior del Niño”, Memoria de prueba. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Año 2002. Pág. 5

vida; en síntesis, para definir su verdad personal sin determinismos o coerciones extrañas".³⁰

En atención a ello, se impone un especial deber a quienes se encuentran llamados a adoptar decisiones respecto a un niño, esto es, considerar siempre su "autonomía actual y futura", debiendo respetarse además, en este sentido, la disposición del inciso segundo del artículo 85 de la Ley N° 19.947 que dispone que: *"Cuando existieren menores de edad comprometidos, el juez deberá considerar especialmente el interés superior del niño, y oír a aquel que esté en condiciones de juzgarse un juicio propio, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, al resolver todos los asuntos relacionados con su persona o sus bienes"*.

Este principio de protección del interés superior de los hijos se encuentra consagrado en las siguientes disposiciones de la Ley N° 19.947:

- **Artículo 36 primera parte:**

Al disponer que no se alterará la filiación ya determinada ni los deberes responsabilidades de los padres separados en relación con sus hijos.

- **Artículo 36 segunda parte:**

Establece que el juez adoptará todas las medidas que contribuyan a reducir los efectos negativos que pudiera representar para los hijos la separación de sus padres.

³⁰ SCHUDECK DÍAZ, ASTRID. "El Interés Superior del Niño", Op Cit., Pág. 10.

- **Artículo 53:**

En relación al divorcio, señala que si bien éste pone término al matrimonio, no afectará en modo alguno la filiación ya determinada ni los derechos y obligaciones que emanan de ella.

- **Artículo 27 inciso segundo:**

A propósito del acuerdo que deben presentar los cónyuges en caso de solicitud conjunta de separación y divorcio, el que debe ser completo y “suficiente”, la ley expresa que será suficiente, *“si resguarda el **interés superior de los hijos**, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita”*.

Finalmente, es importante destacar la norma del **inciso 3º del artículo 55 de la Ley de Matrimonio Civil**, en virtud de la cual se autoriza al juez a no dar lugar al divorcio, aún cuando exista un cese efectivo de la convivencia conyugal durante un plazo superior a tres años, si éste verifica, a petición de la parte demandada, que el demandante no ha dado cumplimiento, en forma reiterada, a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado **o de los hijos comunes**, contando con los medios suficientes para hacerlo.

2.1.1.3. Protección del cónyuge más débil.

El inciso primero del artículo 3 consagra expresamente que:

*“Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y **del cónyuge más débil**”*.

La Ley de Matrimonio Civil no lo señala expresamente, sin embargo, resulta evidente del análisis de diversas disposiciones de ella, que esta protección está orientada al cónyuge **económicamente** más débil.

En primer término, y a fin de velar por la protección del cónyuge económicamente más débil, la Ley de Matrimonio Civil contempla la celebración de acuerdos regulatorios, mediante los cuales los cónyuges podrán reglamentar, entre otras materias, según se verá en su oportunidad, un régimen de alimentos en favor del cónyuge que así lo requiera.

Estos acuerdos regulatorios si bien son de carácter voluntario tratándose de los cónyuges separados de hecho, toda vez que el artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil, utiliza el término “podrán”, son de carácter obligatorio tratándose de la separación judicial y del divorcio, cuando éstos se solicitaren en forma conjunta por ambos cónyuges, y deben presentarse junto con las demandas respectivas. Así lo señala el inciso segundo del artículo 27 de la Ley Nº 19.947, a propósito de la separación judicial, y el inciso segundo del artículo 55 de dicha ley, en relación al divorcio.

No obstante lo anterior, la manifestación más clara del principio en estudio lo constituye la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de la figura de la **compensación económica del cónyuge económicamente más débil**, ya conocida en el derecho comparado, y que la Ley de Matrimonio Civil trata en su artículo 61 y siguientes.

El profesor Gustavo Cuevas la define como *“la indemnización que debe pagar uno de los cónyuges al otro con el objeto de restablecer, al término del*

matrimonio por nulidad de éste o divorcio, el equilibrio de las condiciones pecuniarias de vida”.³¹

Para que sea procedente la compensación económica, es necesario que uno de los cónyuges se hubiere dedicado al cuidado de los hijos y/o a las labores propias del hogar común, no pudiendo, en consecuencia, desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o bien, lo hizo en menor medida de lo que podía o quería. Así lo dispone el inciso primero del artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil.

Es del caso señalar que, si bien la Ley N° 19.947 trata la compensación económica en su capítulo VII, denominado “*De las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio*”, ésta solamente recibe aplicación en caso de nulidad o divorcio de los cónyuges, y no así tratándose de la separación de éstos, lo que ha sido criticado, puesto que, atendido el carácter resarcitorio del equilibrio económico de los cónyuges, y no alimenticio o asistencial de la compensación, no se explica la exclusión de la figura en caso de separación de los cónyuges.³²

³¹ CUEVAS M. GUSTAVO. “Indemnizaciones reparatorias de la nueva Ley de Matrimonio Civil (Ley Número 19.947) y Regímenes Matrimoniales”, en publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo “Curso de Actualización Jurídica. Nuevas Tendencias en el Derecho Civil”. Santiago, año 2004. Pág. 74.

³² BARRIENTOS GRANDON, JAVIER Y NOVALES ALQUEZAR, ARANZAZU. “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno”, Op. Cit., Págs. 422 y 423. A juicio de estos profesores, la circunstancia de que la ley no haga aplicable la compensación económica en caso de separación judicial de los cónyuges, podría acarrear las siguientes consecuencias:

- Incentivar al divorcio, a fin de obtener la compensación económica que no se ha podido lograr con la separación judicial.
- Atenta contra el propósito de reglar la separación como alternativa al divorcio.
- Conlleva al eventual establecimiento de una discriminación arbitraria, en los términos del Artículo 19 N° 2 inciso segundo de la Constitución Política de la República, puesto que un cónyuge separado judicialmente, puede encontrarse en la misma situación de hecho que uno anulado o divorciado en relación con el menoscabo económico experimentado por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores de hogar común.

2.1.2. Solución integral del conflicto conyugal.

El segundo gran principio que consagra la Ley N° 19.947, a nuestro juicio, lo constituye el propósito legislativo de velar porque se de una solución integral al conflicto conyugal, cualquiera que sea la causa, debiendo resolverse en un solo acto o proceso, ya sea por los propios interesados, o por el juez, todas aquellas cuestiones derivadas de la ruptura de los cónyuges, ya sea de éstos entre sí, o respecto de sus hijos.³³

Este principio de protección de solución integral del conflicto se encuentra consagrado en las siguientes disposiciones de la Ley N° 19.947:

- **Artículo 21:**

Dispone que los cónyuges separados de hecho podrán regular, de común acuerdo, sus relaciones mutuas, especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio.

- **Artículo 23 inciso primero:**

En caso de que no exista acuerdo regulador entre los cónyuges, dispone el inciso primero del artículo 23 de la ley que cualquiera de ellos podrá solicitar que el procedimiento judicial que se substancie para la regulación de sus relaciones mutuas, como los alimentos que se deban, los bienes familiares o las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio, o las relaciones respecto de sus hijos, como el régimen de alimentos, tuición y régimen comunicacional del padre o madre que no los tuviere bajo su cuidado, se

³³ URBANO MORENO, EDGARDO, en su artículo “La Separación y el Divorcio en la Ley de Matrimonio Civil”, Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Año VIII, N° 8-2004, Pág. 112.

extienda a otras materias concernientes a sus relaciones mutuas o a sus relaciones para con los hijos.

- **Artículo 27 inciso segundo:**

En caso de solicitud conjunta de separación, los cónyuges deben acompañar un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos.

- **Artículo 55 inciso segundo:**

En caso de solicitud conjunta de divorcio, los cónyuges deben acompañar un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos.

- **Artículo 89:**

El inciso primero del artículo 89 de la Ley de Matrimonio Civil, dispone que las acciones que tengan por objetivo regular el régimen de alimentos, el cuidado personal de los hijos, el régimen comunicacional del padre o madre que no tenga el cuidado personal de los hijos y las cuestiones relativas al régimen de bienes del matrimonio, que no se hubieren deducido en forma previa a la presentación de la demanda de separación, deberán deducirse conjuntamente con ésta o por vía reconvenzional, en su caso, y resolverse tan pronto queden en estado.

- **Artículo 90:**

Al disponer que en el llamado a conciliación que el juez debe hacer a las partes una vez solicitada la separación o el divorcio, se incluirán las materias señaladas en el inciso segundo del artículo 67 de la Ley de Matrimonio Civil, esto es, alimentos entre los cónyuges o respecto de los hijos, cuidado personal de éstos, relación directa y regular con los hijos del padre o madre que no lo

tuviera bajo su cuidado y ejercicio de la patria potestad, aún cuando no se hubieren solicitado en conformidad al artículo 89 de la Ley N° 19.947.

Cabe señalar que este principio se encuentra en perfecta armonía con el principio de acumulación necesaria, consagrado en el artículo 17 de la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia, ubicado en el párrafo segundo que regula las reglas generales que rigen el procedimiento ante los juzgados de familia, que dispone:

“Los jueces de familia conocerán conjuntamente, en un solo proceso, los distintos asuntos que una o ambas partes sometan a su consideración.”

Además agrega: *“La sentencia deberá pronunciarse sobre todas las cuestiones debatidas en el proceso”.*

Por su parte, los principios de concentración y colaboración también consagrados en la Ley N° 19.968, como se verá en su oportunidad, se encuentran en total concordancia con el principio de solución integral al conflicto conyugal, permitiendo que dicha solución integral, cuando no se ha obtenido voluntariamente por los cónyuges, se logre a través de un solo procedimiento.

2.2. Separación de Hecho

La Ley N° 19.947 al tratar la separación regula dos tipos, a saber, Separación de Hecho, caracterizada por consistir en una situación meramente fáctica, y Separación Judicial, originada en virtud de una resolución judicial por haber concurrido alguno de los presupuesto establecidos por la ley para ello.

En primer término la Ley N° 19.947 se ocupa de la separación de hecho, denominación que no ha estado exenta de críticas, toda vez que *“... si es de hecho, es porque no está regulada legalmente”*, por lo que *“...debió denominársela más bien como separación convencional de cuerpos, que es lo que en esencia se está queriendo reconocer”*.³⁴

Cabe señalar que la Ley N° 19.947 no define la separación de hecho, no obstante lo cual, del texto de su artículo 25 podemos entender que la asimila al “cese de la convivencia”, esto es, a la suspensión definitiva o transitoria de la vida en común de los cónyuges.³⁵ Por su parte, para la profesora Paulina Veloso, el cese de la convivencia supone dos elementos, uno fáctico, que es la separación de hecho propiamente tal, y uno subjetivo, el animus, que importa el término de la comunidad de vida que supone el matrimonio, siendo para ella este último el más importante, de manera tal que en su concepto, habría cese de la convivencia aún si los cónyuges siguen viviendo bajo el mismo techo, si existe término de la comunidad de vida que implica el matrimonio.³⁶

³⁴ DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN, en “Seminario Nueva Ley de Matrimonio Civil”, transcripción de charla efectuada el día 31 de Mayo de 2004, Revista del Abogado S.A., pág.15, citado por Edgardo Urbano Moreno en su artículo “La Separación y el Divorcio en la Ley de Matrimonio Civil”, Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Año VIII, N° 8-2004, Pág.114.

³⁵ URBANO MORENO, EDGARDO. “La Separación y el Divorcio en la Ley de Matrimonio Civil”, Op. Cit, Pág. 114

³⁶ VELOSO VALENZUELA, PAULINA. ““Algunas Ideas Generales sobre la Nueva Ley de Matrimonio Civil en Materia de Divorcio”, Op. Cit. Pág .135.

En atención a que se trata de una situación eminentemente fáctica, la Ley N° 19.947 no se refiere a las causas que pueden dar origen a la separación de hecho, sino que se limita a intentar dar solución a todas a aquellas cuestiones, tanto de carácter personal como económico, que eventualmente puedan surgir entre los cónyuges entre sí, o respecto de sus hijos, una vez que la ruptura se ha producido.

No obstante la falta de definición por parte de la Ley N° 19.947, se puede conceptualizar a la separación de hecho como *“la ruptura de la vida en común de los cónyuges, generado por decisión común o unilateral y **sin una declaración judicial previa**”*.³⁷

De lo expuesto podemos concluir que son dos los factores que determinan la existencia de una separación de hecho:

- a. Cesación de la vida en común de los cónyuges, la que puede provenir de una decisión mutuamente acordada por éstos, o bien de la voluntad unilateral de uno de ellos.
- b. No intervención del órgano judicial.

Cabe señalar que toda vez que en una unión matrimonial haya cesado la convivencia por parte de los cónyuges, estaremos en presencia de una separación de hecho, a partir de la cual pueden seguirse gran cantidad de consecuencias jurídicas. Por este motivo es de gran importancia determinar con exactitud el momento a partir del cual se produjo el cese de la convivencia. Es por esto que la Ley N° 19.947 contempla diversas situaciones que vienen en

³⁷ BARRIENTOS GRANDON, JAVIER Y NOVALES ALQUÉZAR, ARÁNZAZU. “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno”, Op. Cit., Pág. 297.

otorgar fecha cierta a la ruptura de la vida en común de los cónyuges. Estas situaciones son las siguientes:

- i. Acuerdo de regulación de relaciones mutuas entre los cónyuges y/o respecto de los hijos.
- ii. Notificación de la demanda interpuesta por uno de los cónyuges en contra del otro, a fin de regular sus relaciones mutuas y/o sus relaciones respecto de los hijos.
- iii. Notificación a uno de los cónyuges de la expresión de voluntad del otro, de poner fin a la convivencia.

i. **Acuerdo de regulación de relaciones mutuas entre los cónyuges y/o respecto de sus hijos**

Dispone el inciso primero del artículo 21 de la Ley N° 19.947 que “*Si los cónyuges se separaren de hecho, podrán, de común acuerdo, regular sus relaciones mutuas, especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio*”. En caso de que existan hijos comunes, el inciso segundo del artículo 21 dispone que “*dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquel de los padres que no los tuviere bajo su cuidado*”.

En relación a este acuerdo regulador de las relaciones mutuas de los cónyuges y de las relaciones respecto de los hijos, es preciso determinar los siguientes aspectos:

a. Contenido del acuerdo

Según se ha indicado, al contenido del acuerdo regulador se refiere el artículo 21 de la Ley N° 19.947, el cual, en su inciso tercero, consagra un principio fundamental en esta materia, al disponer que los acuerdos “deberán respetar los derechos conferidos por las leyes que tengan el carácter de irrenunciables”.

De esta forma, y siempre dentro del límite del inciso tercero del artículo 21, para determinar el contenido de los convenios reguladores es preciso distinguir:

1. Si no hay hijos en común

En este caso, las materias que debe regular el convenio son las siguientes:

I. Régimen de alimentos entre cónyuges

La obligación de otorgar alimentos al cónyuge constituye una obligación de carácter legal, toda vez que el artículo 321 del Código Civil dispone:

“Se deben alimentos:

1º Al cónyuge”.

Se debe tener presente que en la determinación del monto de los alimentos es preciso considerar tanto el estado de necesidad del alimentario, como la situación económica en que se encuentra el alimentante. Así se desprende de los artículos 229 y 330 del Código Civil que establecen:

“En la tasación de los alimentos se deberán tomar siempre en consideración las facultades del deudor y sus circunstancias domésticas”.

“Los alimentos no se deben sino en la parte en que los medios de subsistencia del alimentario no le alcancen para subsistir de un modo correspondiente a su posición social”.

Por otra parte, es preciso tener presente la norma del artículo 334 del Código Civil, que establece:

*“El derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, **ni renunciarse**”.*

De lo expuesto se deduce que no sería válido que alguno de los cónyuges procediera a renunciar en forma anticipada, por medio del acuerdo regulatorio, al derecho a percibir alimentos, toda vez que, de conformidad al artículo 12 del Código Civil, sólo pueden renunciarse:

*“... los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, **y que no esté prohibida su renuncia**”.*

Sin perjuicio de lo anterior, las pensiones alimenticias que ya se encuentren devengadas, pueden renunciarse por parte del alimentario. Así lo dispone expresamente el artículo 336 del Código Civil al disponer que:

*“No obstante lo dispuesto en los dos artículos precedentes, **las pensiones alimenticias atrasadas podrán renunciarse o compensarse...**”*

II. Materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio

Se entiende por régimen de bienes del matrimonio, el estatuto jurídico que regula las relaciones económicas de los cónyuges entre sí y respecto de terceros³⁸. Actualmente, en nuestra legislación son tres los sistemas que pueden regir estas relaciones, a saber: **sociedad conyugal**, que constituye el régimen legal y supletorio en esta materia, **separación total de bienes**, y **participación en los gananciales en su modalidad crediticia**. Si bien la separación de hecho de los cónyuges supone una situación meramente fáctica que no altera en modo alguno el vínculo matrimonial, no puede desconocerse que existe un quiebre entre éstos, y en virtud de ese quiebre, cuando la Ley de Matrimonio Civil dispone en su artículo 21 que los cónyuges separados de hecho pueden regular las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio, habría que interpretar dicho precepto siguiendo la lógica establecida por el legislador a propósito de la separación judicial, para la cual se dispone expresamente en el artículo 34 de la Ley N° 19.947 que *“Por la separación judicial termina la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales que hubiere existido entre los cónyuges”*. De esta manera, los cónyuges casados bajo el régimen de sociedad conyugal o participación en los gananciales, deberán pactar separación total de bienes, la cual, según lo dispone el artículo 165 del Código Civil tendrá el carácter de irrevocable, no pudiendo dejarse sin efecto por acuerdo de los cónyuges ni por resolución judicial.

2. Si existen hijos en común

En este caso, las materias que debe regular el convenio son las siguientes:

³⁸ RAMOS PAZOS, RENÉ. “Derecho de Familia”, Op.Cit., Pág. 129

I. Régimen de alimentos

La obligación legal de otorgar alimentos a los hijos se encuentra consagrada en el artículo 321 del Código Civil, el que dispone:

*“Se deben alimentos:
2º A los descendientes”.*

Se hace presente que todo lo señalado precedentemente en relación a la obligación de prestar alimentos al cónyuge, resulta aplicable a la obligación de prestar alimentos a los hijos, de modo que nos remitimos a lo señalado en dicha oportunidad.

II. Cuidado personal de los hijos

Siguiendo en esta materia a la profesora Claudia Schmidt Hott, consideramos que la tuición o cuidado personal de los hijos es el derecho de los padres de tenerlos “en su compañía”. En doctrina se le denomina *“deber de convivencia o unidad de domicilio”*.³⁹ No debe confundirse con el deber del cuidado personal de la crianza de los hijos, el que, debido a la coparentalidad, corresponde a ambos padres.⁴⁰

De conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 225 del Código Civil, si los padres viven separados, podrán, de común acuerdo, determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre.

³⁹ D’ANTONIO, DANIEL HUGO. “Derecho de menores”, 4ª Edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, República Argentina, 1994, pág. 258 y artículo 154 N° 1 del Código Civil Español, citados por SCHMIDT HOTT, CLAUDIA en “Instituciones de derecho de Familia”, Editorial LexisNexis. Santiago. Año 2004. Pág. 59.

⁴⁰ Así lo establece el inciso primero del artículo 224 del Código Civil al disponer: *“Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos”*.

Este acuerdo presenta las siguientes características:

1. Es solemne, pues debe constar por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, así lo dispone el inciso segundo del artículo 225 del Código Civil, disposición que debemos entender complementada por la del artículo 22 de la Ley N° 19.947, que consagra los instrumentos en los cuales debe constar el acuerdo regulatorio entre los cónyuges, para que produzca el efecto de poner fin a la convivencia. Este artículo dispone que el acuerdo regulatorio puede otorgarse además de los instrumentos indicados, por medio de acta extendida y protocolizada ante notario público o por medio de transacción aprobada judicialmente.

2. Para producir efectos respecto de terceros, debe subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento. Así lo dispone el inciso final del artículo 225 del Código Civil. Esta norma debe relacionarse con la del inciso final del artículo 22 de la Ley N° 19.947 que dispone que si el cumplimiento del acuerdo requiriese una inscripción, subinscripción o anotación en un registro público, se tendrá por fecha del cese de la convivencia aquella en que se cumpla tal formalidad.

Cabe señalar que el acuerdo adoptado por los padres en relación al cuidado personal de los hijos, es esencialmente revocable, para lo cual deberá darse cumplimiento a las mismas formalidades a que se sometió el convenio que se quiere revocar. Así se desprende de lo dispuesto en los incisos 2º y 4º del artículo 225 del Código Civil.

Por otra parte, en caso de que no exista acuerdo entre los padres, se aplica supletoriamente la disposición del inciso primero del artículo 225 del Código Civil, correspondiendo a la madre el cuidado personal de los hijos.

III. Relación directa y regular que tendrá con los hijos el padre o madre que no los tuviere bajo su cuidado o “Régimen Comunicacional”

Constituye un derecho-deber del padre que no tiene el cuidado personal de su hijo y se fundamenta en el principio del niño como sujeto del Derecho, en virtud del cual éste es titular del derecho de relacionarse con su padre o madre que no vive en su compañía.⁴¹ Los padres separados de hecho tienen plena autonomía para regular la forma en que el padre o madre que no tiene al hijo bajo su cuidado, ejercerá este derecho-deber, y en caso de no existir acuerdo entre los padres, es el juez el llamado a determinar la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tenga a su cargo el cuidado personal de los hijos, ejercerá este derecho-deber. Así se desprende del artículo 229 del Código Civil que dispone:

*“El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber, que consiste en mantener con él una relación directa y regular, **la que ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo**, o en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo. Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el interés del hijo, lo que declarará el juez fundadamente”.*

⁴¹ SCHMIDTT HOTT, CLAUDIA. “Instituciones de Derecho de Familia”, Op. Cit. Pág. 74.

Para efectos de determinar este régimen, el juez deberá atender a la convivencia del o los hijos, teniendo como consideración primordial el interés superior de éstos, debiendo escuchar sus opiniones en función de su edad y madurez, de conformidad a lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 242 del Código Civil.

Por su parte, el artículo 9 Párrafo 3 de la Convención de los Derechos del Niño prescribe:

“Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

En la práctica, atendido el hecho de que los padres gozan de gran libertad para efectos de determinar el régimen comunicacional del padre o madre que no tiene a los hijos bajo su cuidado, existe una amplia variedad de regímenes, desde aquellos en que el régimen sólo se consagra en forma genérica, señalándose que se ejercerá *“de la manera y con la frecuencia que los padres estimen conveniente”*, hasta aquellos en que se determina en extenso y con gran detalle la forma en que este derecho-deber deberá ser ejercido, indicándose la forma específica en que el padre o madre mantendrá una relación directa y regular con sus hijos, siendo necesario fijar en este caso, un régimen ordinario que contemple, entre otros, el plazo por el cual se establece el régimen (v. gr. dos años), periodicidad y lugar en que debe llevarse a cabo, lugar y hora en que los niños serán recogidos y devueltos al otro padre o madre, período de duración de cada ejercicio del régimen (v. gr. de viernes a domingo), y la circunstancia de si el otro padre o madre debe o no estar presente; y un régimen extraordinario, aplicable a las vacaciones de verano y

de invierno, cumpleaños, Navidad y Año Nuevo y/o cualquier otra fecha que el padre o madre que no tenga a los hijos bajo su cuidado desee pasar en su compañía. Cabe señalar que en caso de que sea el juez el llamado a la determinación de este régimen, a falta de acuerdo entre los padres, será necesario regularlo en detalle, a fin de evitar eventuales conflictos entre ellos.

b. Forma del acuerdo

En principio, la ley no exige a los cónyuges separados de hecho ninguna solemnidad especial al momento de adoptar acuerdos regulatorios, no obstante, según lo dispone expresamente el artículo 22 de la Ley de Matrimonio Civil, para que tales acuerdos produzcan el efecto de otorgar fecha cierta al cese de la convivencia, es preciso que consten por escrito en alguno de los siguientes instrumentos:

- I. Escritura Pública.
- II. Acta extendida y protocolizada ante notario público.
- III. Acta extendida ante un oficial del Registro Civil.
- IV. Transacción aprobada judicialmente.

c. Efectos del acuerdo

Según se ha señalado, el acuerdo que conste por escrito en alguno de los medios indicados en el punto anterior, producirá el efecto de otorgar fecha cierta al cese de la convivencia de los cónyuges. Sin embargo, según lo dispone el inciso segundo del artículo 22 de la Ley N° 19.947, en el evento de que el cumplimiento del acuerdo requiera la inscripción, subinscripción o

anotación en un registro público, se entenderá que la fecha del cese de la convivencia es la fecha en que se cumpla tal solemnidad.

Tal es el caso del acuerdo que concede el cuidado personal de uno o más hijos al padre, toda vez que dicho acuerdo debe subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo, o en el evento de que se otorgara a uno de los cónyuges por concepto de alimentos, el derecho de uso y habitación sobre un inmueble.

Por otra parte, y según lo dispone el artículo 2451 del Código Civil, para que una transacción de alimentos futuros pueda ser aprobada por el juez, sin cuya autorización no produce efecto alguno, se requiere que ella no contravenga lo dispuesto en los artículos 334 y 335 del Código Civil, en conformidad a los cuales el derecho a pedir alimentos es intransmisible por causa de muerte, no pudiendo tampoco venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse, no siendo tampoco posible que quien debe alimentos a otro, pueda compensar con quien lo demanda, lo que éste, a su vez, le deba a él.

d. Validez y nulidad del acuerdo

La ley de matrimonio civil no establece normas especiales en relación a una eventual nulidad del acuerdo regulatorio. Tampoco exige que dicho acuerdo sea sometido a la consideración del juez, a diferencia de lo que ocurre tratándose de la separación judicial, puesto que en ésta, el juez tiene la obligación de evaluar el acuerdo presentado por los cónyuges, debiendo subsanar sus deficiencias y/o modificarlo si fuere incompleto o insuficiente, según lo establece expresamente el inciso segundo del artículo 31 de la Ley.

No obstante lo anterior, el inciso final del artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil establece que el acuerdo en virtud del cual los cónyuges separados de hecho podrán regular sus relaciones mutuas, *“deberán respetar los derechos conferidos por las leyes que tengan el carácter de irrenunciables”*.

De esta forma, no podría uno de los cónyuges renunciar anticipadamente a su derecho de alimentos, como tampoco, en el caso de que existan hijos, podría el padre que no los tenga bajo su cuidado renunciar a su derecho-deber de mantener con ellos una relación directa y regular, toda vez que ese derecho mira el interés de los hijos y no de los padres, no siendo posible su renuncia, por aplicación del artículo 12 del Código Civil, en virtud del cual es posible la renuncia de aquellos derechos conferidos por las leyes, siempre que sólo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia.

Por su parte, en esta materia es preciso tener presente el inciso final del artículo 22 de la Ley de Matrimonio Civil, que dispone que:

*“La declaración de nulidad de una o más cláusulas de un acuerdo que conste por medio de alguno de los instrumentos señalados en el inciso primero, **no afectará el mérito de aquél para otorgar una fecha cierta al cese de la convivencia”**.*

Del análisis de la norma citada se desprende que el legislador no distingue las causales por las cuales una o más cláusulas del convenio puedan ser declaradas nulas, de modo tal que podemos deducir que aún en el evento de que haya habido fuerza o dolo de parte de uno de los cónyuges para obtener el consentimiento del otro respecto de una o más cláusulas del convenio, éste otorgará fecha cierta a la convivencia entre ambos.

ii. **Notificación de la demanda deducida con el objeto de regular relaciones mutuas entre los cónyuges y/o respecto de los hijos**

En caso de que no exista acuerdo regulador entre los cónyuges, dispone el inciso primero del artículo 23 de la Ley N° 19.947 que cualquiera de ellos podrá demandar judicialmente la regulación de sus relaciones mutuas, como los alimentos que se deban, los bienes familiares o las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio; o las relaciones respecto de sus hijos, como el régimen de alimentos, cuidado personal y régimen comunicacional del padre o madre que no los tuviere bajo su cuidado. En este caso, de conformidad a lo dispuesto por el inciso primero del artículo 25 de la ley, ***“El cese de la convivencia tendrá también fecha cierta a partir de la notificación de la demanda...”***

iii. **Notificación de la manifestación de voluntad de uno de los cónyuges de poner término a la convivencia**

Puede ocurrir que no exista acuerdo entre los cónyuges que regule sus relaciones mutuas o respecto de sus hijos, ni se haya deducido demanda con el objeto de regularlas, sin embargo, aún en esta hipótesis el cese de la convivencia tendrá fecha cierta, si se dan los siguientes requisitos:

1. Uno de los cónyuges ha expresado su voluntad de poner fin a la convivencia a través de alguno de los siguientes medios:
 - a. Escritura pública.
 - b. Acta extendida y protocolizada ante notario público.

- c. Acta extendida ante un oficial del registro civil.
- d. Constancia de la intención de poner fin a la convivencia ante el juzgado correspondiente;

2. Dicha manifestación de voluntad de poner fin a la convivencia ha sido notificada al otro cónyuge.

Así lo dispone el inciso final del artículo 25 de la Ley de Matrimonio Civil. Asimismo, dispone dicho artículo que para los efectos de concurrir al juzgado correspondiente a expresar su voluntad de poner fin a la convivencia, el cónyuge respectivo podrá comparecer personalmente, teniendo dicho acto, el carácter de una gestión voluntaria, debiendo practicarse la notificación de conformidad a las reglas generales.

Efectos de la separación de hecho

Si bien la Ley N° 19.947 no regula expresamente los efectos de la separación de hecho de los cónyuges, de un análisis de sus disposiciones se desprende un reconocimiento de ciertos y determinados efectos a esta institución. Tales efectos son los siguientes:

1. Habilita a cualquiera de los cónyuges para solicitar la separación judicial

Así se desprende del artículo 27 de la Ley N° 19.947 que prescribe: *“Sin perjuicio de lo anterior (separación judicial por falta imputable a uno de los cónyuges) cualquiera de los cónyuges podrá solicitar al tribunal que declare la separación, **cuando hubiere cesado la convivencia**”.*

Al respecto cabe señalar que la ley no exige plazo, bastando para solicitar la separación judicial que los cónyuges hayan puesto fin a su convivencia, lo que deberá acreditarse.

2. Constituye una causal de divorcio

Sin embargo, a diferencia de la solicitud de separación judicial, el legislador exige, para que se configure la causal el transcurso de un determinado plazo. Dicho plazo será de un año, si la demanda de divorcio es conjunta, y de tres años, en caso de que el divorcio sea solicitado en forma unilateral por uno de los cónyuges. Así se desprende del inciso primero del artículo 55 de la Ley N° 19.947 al disponer que:

*“Sin perjuicio de lo anterior (demanda de divorcio por falta imputable a uno de los cónyuges) el divorcio será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común acuerdo y **acreditan que ha cesado su convivencia durante un lapso mayor de un año**”.*

Por su parte, el inciso tercero del artículo 55 de la Ley N° 19.947 establece que *“Habrá lugar también al divorcio cuando se verifique un cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, a lo menos, **tres años...**”*

Finalmente, el inciso final del artículo 55 de la Ley de Tribunales de Familia establece que para efectos de configurar la casual, *“... se entenderá que el cese de la convivencia no se ha producido con anterioridad a las fechas a que se refieren los artículos 22 y 25, según corresponda”.*

3. Otorga ineficacia de la alegación de adulterio como causal de separación judicial, en caso de que el cese de la convivencia sea de común acuerdo

Este efecto se produce exclusivamente en el evento de que la separación de hecho haya sido consentida por ambos cónyuges. Así lo establece el inciso segundo del artículo 26 de la Ley N° 19.947, cuyo tenor es el siguiente:

*“No podrá invocarse el adulterio cuando exista previa separación de hecho **consentida** por ambos cónyuges”.*

4. Suspende el deber de fidelidad entre los cónyuges en caso de separación de hecho consentida por ambos cónyuges

Si bien no existe norma expresa en este sentido, es lógico pensar que la circunstancia de no poderse invocar el adulterio como causal de separación judicial cuando los cónyuges se encuentran separados de hecho de común acuerdo, implica, necesariamente, que el deber de fidelidad entre los cónyuges se ha suspendido.

5. En caso de no existir acuerdo de los padres en orden a otorgar el cuidado personal de uno o más hijos al padre, pasa a la madre el cuidado personal de los hijos menores

Así lo dispone expresamente el inciso primero del artículo 225 del Código Civil, al disponer que:

“Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos”.

2.3. Separación Judicial

La separación judicial es *“una institución en virtud de la cual se suspenden ciertos efectos del matrimonio en virtud de una sentencia judicial, sin afectar el vínculo matrimonial, pues ella deja subsistentes todos los derechos y obligaciones personales que existen entre los cónyuges, salvo aquello cuyo ejercicio aparece como incompatible con la vida separada de ambos, tales como los deberes de cohabitación y de fidelidad, que se suspenden”*.⁴²

Cabe señalar que esta institución no constituye una innovación incorporada por la Ley N° 19.947, puesto que ha existido desde que entró en vigencia la ley de matrimonio civil, en enero de 1885, bajo el equívoco nombre de “divorcio”, en circunstancias que se trataba sólo de una “separación de cuerpos” entre los cónyuges. Las diferencias y semejanzas del divorcio regulado en la antigua ley de matrimonio civil y la separación judicial introducida por la Ley N° 19.947 serán estudiadas en su oportunidad.

De lo anteriormente expuesto se desprende que para que estemos en presencia de la separación judicial se requiere, necesariamente, una resolución judicial que la decrete por concurrir una causa legal que así lo habilite.

La Ley de Matrimonio Civil regula para la separación judicial dos tipos de causales, una causal objetiva, consistente en el cese de la convivencia, consagrada en el artículo 27 y una causal subjetiva de carácter genérico, establecida en el artículo 26, fundada en la culpa de uno de los cónyuges, la que debe ser rigurosamente analizada por el juez antes de dar lugar a la separación.

⁴² BARRIENTOS GRANDON, JAVIER Y NOVALES ALQUÉZAR, ARANZAZU. “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno”, Op. Cit., Pág. 306.

Cabe señalar que el establecimiento de una causal que importe la “culpa” de uno de los cónyuges fue un tema ampliamente discutido durante toda la tramitación de la Ley N° 19.947, puesto que había sectores que sostenían, basándose en experiencias de derecho comparado, que la existencia de este tipo de causal, junto con publicitar hechos y situaciones de la vida privada de los cónyuges, incrementa el antagonismo de éstos, con el consecuente daño que ello conlleva al resto de la familia, principalmente a los hijos. Finalmente, se optó por la consagración en esta materia de un sistema mixto, en virtud del cual coexisten en forma paralela, una causal objetiva ajena a la culpabilidad de los cónyuges, y una causal subjetiva, fundada precisamente, en la culpabilidad de uno de ellos. Lo anterior, por una razón de equidad, para el supuesto en que uno de los cónyuges, y/o los hijos, sean objeto de conductas graves, incluso de carácter delictivo por parte del otro cónyuge, caso en el cual el cónyuge “inocente” recibirá por parte del legislador un tratamiento especial, fundamentalmente en materias sucesorias y de alimentos, según se verá en su oportunidad al tratar los efectos de la separación judicial.

2.3.1. Causal Subjetiva

El legislador establece en el inciso primero del artículo 26 de la Ley N° 19.947 una única causal subjetiva de carácter genérico, al disponer que *“La separación judicial podrá ser demandada por uno de los cónyuges si mediare falta **imputable** al otro, siempre que constituya una **violación grave** de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que **torne intolerable** la vida en común”*.

Cabe hacer presente que esta causal es la misma que la Ley N° 19.947 establece para el caso de divorcio, en el inciso primero de su artículo 54. No obstante, en el inciso segundo de dicho artículo, el legislador efectúa una enumeración no taxativa de causales específicas, que de concurrir, configuran la causal genérica del inciso primero.

Si bien el artículo 26 de la Ley no contempla estas causales específicas de separación, por la vía de la interpretación analógica, sería posible subsumir dichas causales en la causal genérica del inciso primero del artículo 26.⁴³

Los hechos enumerados por el inciso segundo del artículo 54 de la Ley N° 19.947 son los siguientes:

- 1) Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos.
- 2) Transgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo o reiterado del hogar común, es una forma de transgresión grave de los deberes del matrimonio.
- 3) Condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, o contra las personas, previstos en el libro II, título VII y VIII, del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal.
- 4) Conducta homosexual.

⁴³BARRIENTOS GRANDON, JAVIER Y NOVALES ALQUÉZAR, ARANZAZU. “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno”, Op. Cit., Pág. 310.

- 5) Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre estos y los hijos.
- 6) Tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos.

Estos hechos, tal como se señaló, no constituyen una enumeración taxativa, sino que fueron enumerados por el legislador sólo a modo de ejemplo.⁴⁴

Por tratarse de una causal que conlleva sanciones para el cónyuge declarado en definitiva “culpable”, el juez deberá estudiar detenidamente los hechos en que ésta se funda a fin de determinar, en cada caso, si concurren o no los requisitos necesarios para su configuración.

De lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 26 de la Ley N° 19.947, se desprende que para que se configure la causal subjetiva se requiere la concurrencia de los siguientes supuestos:

1. Violación de los deberes y obligaciones que el matrimonio impone a los cónyuges ó de los deberes y obligaciones para con los hijos.
2. Que la violación de los deberes y obligaciones que el matrimonio impone a los cónyuges o de los deberes y obligaciones para con los hijos sea **grave**.
3. Que la violación de los deberes y obligaciones que el matrimonio impone a los cónyuges o de los deberes y obligaciones para con los hijos sea **imputable al cónyuge en contra del cual se demanda la separación**.

⁴⁴BOLETÍN 1.759-1, Op. Cit. Indicación N° 134.

4. Que la violación de los deberes y obligaciones que el matrimonio impone a los cónyuges o de los deberes y obligaciones para con los hijos haga ***intolerable la vida en común.***

1. Violación de los deberes y obligaciones que el matrimonio impone a los cónyuges ó de los deberes y obligaciones para con los hijos

Se trata de una hipótesis disyuntiva, de forma tal que no se exige para dar lugar a la causal la concurrencia de ambas situaciones en forma copulativa, sino sólo de una de ellas.

Recordemos que el matrimonio impone a los cónyuges los siguientes deberes y obligaciones:

A. Deberes y obligaciones entre los cónyuges entre sí

- **Fidelidad**

El artículo 131 del Código Civil dispone “*los cónyuges están obligados a guardarse fe... en todas las circunstancias de la vida*”.

Esta obligación de los cónyuges de guardarse fe apunta a la constitución de la comunidad de vida entre marido y mujer instituida desde el momento mismo de su aceptación recíproca como tales, toda vez que por el acto del matrimonio, los cónyuges comprometen la integridad de sus personas en el consorcio que pasan a formar. Cabe señalar que este deber es de carácter amplio, puesto que no se limita al plano sexual, sino a todos aquellos ámbitos respecto de los cuales los cónyuges proyectan su vida en común, puesto que

“fidelidad” no es otra cosa que lealtad, esto es, observancia de la fe que alguien debe a otra persona.⁴⁵

- **Socorro**

El artículo 131 del Código Civil dispone que los cónyuges están obligados a socorrerse en todas las circunstancias de la vida. Doctrinariamente, el contenido de este deber se ha interpretado en un sentido eminentemente patrimonial, que se traduce fundamentalmente en la obligación de los cónyuges de prestarse alimentos mutuamente. No obstante lo anterior, reciente Jurisprudencia ha reconocido que el cumplimiento de este deber excedería los límites del derecho de alimentos, toda vez que el deber de socorro constituye una necesaria consecuencia de la comunidad de vida instituida entre los cónyuges, que mira al bien de ambos.⁴⁶

- **Ayuda mutua**

El Artículo 131 del Código Civil establece que los cónyuges están obligados a ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. Constituye una manifestación de la solidaridad conyugal necesaria para la configuración de la comunidad de vida que genera el matrimonio, imponiendo a los cónyuges el deber recíproco de permanecer como sostén y amparo al lado del otro.⁴⁷

⁴⁵ BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER Y NOVALES ALQUÉZAR, ARANZAZU. “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno”, Op. Cit., Pág. 284.

⁴⁶ En este sentido, la Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia de fecha 04 de Agosto de 2000, dictada en causa Rol 549-2000, ha declarado que representan el cumplimiento del deber de socorro las actuaciones del marido consistentes en afiliar a su cónyuge, separada de hecho, a una institución de salud provisional, y el constituirse en fiador solidario del pago de las rentas de arrendamiento de las rentas de la casa que habita su cónyuge.

⁴⁷ BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER Y NOVALES ALQUÉZAR, ARANZAZU. “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno”, Op. Cit., Pág. 288.

Cabe señalar que, a diferencia del deber de socorro, que es de carácter patrimonial, el deber de ayuda mutua dice relación con la obligación de cuidado y atención **personal** que los cónyuges se deben en todas las circunstancias de la vida, y no se traduce en el pago de prestación pecuniaria de ninguna especie.

- **Protección y respeto recíprocos**

Este deber se encuentra consagrado en el artículo 131 del Código Civil, al disponer que *“El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos”*.

El establecimiento de este deber apunta, evidentemente, al logro de los fines del matrimonio mediante la constitución de la comunidad de vida entre los cónyuges, la cual no sería posible si éstos no se comprometieran a auxiliarse y ampararse mutuamente.

Cabe señalar que desde la entrada en vigencia de la Ley N° 18.802, son ambos cónyuges los obligados a protegerse y respetarse mutuamente, puesto que antes de la entrada en vigencia de dicha ley, era la mujer la que debía “obediencia y respeto” al marido, debiendo el marido, por su parte, otorgar protección a su mujer.

Para el profesor Juan Andrés Orrego Acuña el deber de protección recíproca se refiere a la protección que un cónyuge debe al otro frente a eventuales agresiones por parte de terceros⁴⁸.

⁴⁸ ORREGO ACUÑA, JUAN ANDRÉS. “Análisis de La Nueva Ley de Matrimonio Civil”, Editorial Metropolitana, 2004, Pág. 68.

- **Convivencia**

En conformidad al artículo 133 del Código Civil, *“Ambos cónyuges tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común, salvo que a alguno de ellos le asista razones graves para no hacerlo”*.

En conformidad a lo anterior, los cónyuges se encuentran exceptuados de cumplir con este deber, siempre y cuando alguno de ellos tenga motivos justificados o importantes para no hacerlo. La ley no ha definido cuales serían estas razones que habilitarían a los cónyuges para vivir fuera del hogar común, de manera que queda al arbitrio del juez determinarlo.

- **Cohabitación**

Entendido en cuanto deber recíproco de marido y mujer de prestar el débito conyugal, el cual si bien no se encuentra contemplado expresamente en el Código Civil, se desprende de la naturaleza misma de la unión conyugal, toda vez que apunta, por una parte, al bien de ambos cónyuges y por otra, a la procreación, la cual constituye, por definición, uno de los fines del matrimonio⁴⁹.

El legislador de manera genérica habla de una violación grave de todos estos deberes. No obstante en el inciso 2 del artículo 54, a propósito del divorcio, describe, a modo ilustrativo, una serie de hechos cuya ocurrencia determinan la configuración de la causal del inciso primero. Tales hechos son los siguientes:

1. Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge

⁴⁹ BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER y NOVALES ALQUÉZAR, ARANZAZU. “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno”, Op. Cit., Pág. 291.

En este supuesto se encuentra implícita una violación al deber de respeto y protección recíproca que el artículo 131 del Código Civil impone a los cónyuges. La antigua Ley de Matrimonio Civil utilizaba la expresión “*malos tratamientos de obra o de palabra*”, resultando la nueva norma más comprensiva, al hacer extensivo el maltrato no tan sólo a la integridad física del cónyuge, sino que también a la psíquica.

La exigencia de gravedad en los malos tratamientos, se contemplaba en la antigua Ley de Matrimonio Civil. En ella, esta conducta operaba como causal de divorcio temporal o perpetuo, exigiéndose además, que los malos tratos fueran reiterados, lo que se eliminó en la Ley N° 19.947 por considerarse que la gravedad de los mismos configura por sí misma la causal, sin necesidad de reiteración, de esta manera, aún en el evento de que los malos tratamientos constituyan un hecho aislado, el juez podrá considerar que se configura la causal siempre que, a su juicio, revistan la gravedad suficiente para ello.⁵⁰

2. Transgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo o reiterado del hogar común, es una forma de transgresión grave de los deberes del matrimonio

En este caso, el legislador precisa cuales son los deberes del matrimonio cuya infracción configura la causal, los que se encuentran consagrados en los artículos 131 y 133 del Código Civil.

3. Condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de la familias y contra la moralidad pública, o contra las personas, previstos en el libro II, título VII y VIII, del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal

⁵⁰ BOLETÍN 1.759-18, Op. Cit., Pág. 172

Se requiere para la configuración de la causal un proceso penal concluido, con una sentencia ejecutoriada condenatoria en contra del cónyuge en calidad de autor, no de cómplice o encubridor. El supuesto normativo opera tanto respecto del cónyuge que, habiendo sido condenado, se encuentra cumpliendo su pena, como en el caso de que éste se encuentre en libertad, por haber cumplido su pena.

Los delitos que habilitan para invocar esta causal, por tener la aptitud de provocar una eventual ruptura grave de la armonía conyugal son los siguientes.⁵¹

a. Delitos contra el orden de la familia y contra la moralidad pública

a.1. Aborto

a.2. Abandono de niños y personas desvalidas

a.3. Crímenes y simples delitos contra el estado civil de las personas

a.3.1. Suposición de parto.

a.3.2. Sustitución de un niño por otro.

a.3.3. Usurpación de estado civil.

a.3.4. Supresión de estado civil.

a.3.5. No presentación de un menor.

a.3.6. Entrega de un menor a terceros.

a.3.7. Inducción a abandono de hogar.

a.4. Violación.

a.5. Estupro.

a.6. Abusos deshonestos

a.7. Corrupción de menores

a.8. Violación sodomítica.

⁵¹ En esta materia se ha seguido la sistematización efectuada en ETCHEBERRY, ALFREDO. “Derecho Penal” Parte Especial, Tomo IV, Tercera Edición revisada y actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Año 2001, Santiago de Chile, Págs. 9-91.

- a.9. Favorecimiento de la prostitución.
- a.10. Ultrajes públicos a las buenas costumbres: Ultraje al pudor público: Difusión de pornografía.
- a.11. Incesto
- a.12. Celebración de matrimonios ilegales

- b. Crímenes y simples delitos contra las personas
 - b.1. Homicidio
 - b.2. Infanticidio.
 - b.3. Lesiones corporales.

- 4. Conducta homosexual

En esta materia, el hecho que configura la causal consiste en que uno de los cónyuges manifieste una “conducta”,⁵² esto es, un comportamiento externo objetivo de significación sexual hacia personas de su mismo sexo, y no la mera condición o tendencia homosexual.⁵³ Este hecho fue incorporado como constitutivo de la causal genérica de divorcio por falta imputable al otro cónyuge encontrándose el proyecto de Nueva Ley de Matrimonio Civil en segundo trámite constitucional, según consta del Informe de la Comisión de Constitución del Senado, en el cual se indica expresamente que la conducta homosexual constituye un hecho de naturaleza distinta a la simple homosexualidad, no siendo esta última un acto o un comportamiento, sino una simple condición o inclinación.⁵⁴ De esta manera, el cónyuge que invoque esta causal, deberá probar, no la homosexualidad del cónyuge demandado, sino que éste haya realizado positivamente actos de

⁵² “Manera con que los hombres se comportan en su vida y acciones”. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. www.rae.es

⁵³ BARRIENTOS GRANDON, JAVIER Y NOVALES ALQUÉZAR, ARANZAZU. “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno”, Op Cit. Pág. 372 y 373.

⁵⁴ Boletín 1759-18. Op Cit.. Pág. 173.

significación sexual con personas de su mismo sexo. Lo normal, es que la realización de estos actos responda a una orientación homosexual, sin embargo, la ley no lo ha exigido así, siendo la causa de este comportamiento irrelevante para efectos de configurar esta causal.⁵⁵

Cabe destacar que la introducción de esta causal constituye toda una novedad dentro de nuestra legislación y también en relación con muchos derechos extranjeros, puesto que numerosos ordenamientos jurídicos, entre ellos el francés, el italiano, el español, y el portugués, no la contemplan de manera expresa, sino que tienden a subsumirla en otras, tales como hecho constitutivo de injuria grave, conducta deshonrosa o falta de moralidad.⁵⁶ En nuestra legislación, toda vez que la realización de una conducta de carácter homosexual por parte de uno de los cónyuges, implica, necesariamente, vulnerar los deberes de fidelidad y respeto, podría subsumirse esta causal en la del artículo 54 de la Ley N° 19.947, o bien en la causal genérica del artículo 26, no obstante su tratamiento diferenciado por parte del legislador.

5. Alcoholismo drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre estos y los hijos

El antecedente directo de esta norma lo constituye, al menos en lo que respecta al alcoholismo, el artículo 21 N° 9 de la Ley de Matrimonio Civil de 1884, que consagraba como causal de divorcio no vincular el “*vicio arraigado, embriaguez o disipación*”.

Cabe señalar que tanto el alcoholismo como la drogadicción, actualmente considerados enfermedades y no meros estados más o menos permanentes, han

⁵⁵ BARRIENTOS GRANDON, JAVIER Y NOVALES ALQUÉZAR, ARANZAZU. “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno”, Op Cit., Pág. 373.

⁵⁶ ILLANES VALDÉS, ALEJANDRA. “El Divorcio (I) Sistema adoptado por la legislación chilena. Divorcio. Sanción”, artículo publicado en “El Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio” (Ley N° 19.947 de 2004), Editorial Jurídica de Chile., año 2006, Pág. 176.

sido contemplados en numerosas legislaciones como causales específicas de divorcio, en atención a las graves consecuencias que generan, no tan sólo en el individuo que las padece, sino también respecto de la armonía conyugal y la relación paterno-filial.⁵⁷

Esta causal exige que el alcoholismo o la drogadicción constituyan un *“impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos”*, reiterando lo ya señalado por el legislador en el inciso primero del mismo artículo, según el cual sólo aquellos hechos que atenten efectivamente contra la armonía o paz familiar, pueden ser elevados a la categoría de causal de divorcio o separación.

Sin embargo, para la profesora Alejandra Illanes Valdés, esta mención no es innecesaria ni redundante, atendida la naturaleza de los hechos sancionados, los que, por consistir en enfermedades que requieren del apoyo familiar para su mejoría, requieren de un cuidadoso análisis por parte del juez al momento de determinar si configuran o no la causal, ya sea de separación o de divorcio, debiendo tenerse presente además, el principio del artículo 3 de la Ley N° 19.947, en orden a que las materias de familia *“deberán ser resueltas cuidando el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil, con el objetivo de preservar y recomponer la vida en común”*.⁵⁸

A mayor abundamiento, se ha sostenido que para que los hechos señalados en la disposición en análisis constituyan causal de divorcio o de separación, en este caso, debe tratarse de una persona que *“no atienda sus negocios, ni su hogar en forma adecuada; que pierda continuamente el control de sí mismo, que sólo*

⁵⁷ ILLANES VALDÉS, ALEJANDRA. “El Divorcio (I) Sistema adoptado por la legislación chilena. Divorcio. Sanción”, Op. Cit. Pág. 176-177.

⁵⁸ ILLANES VALDÉS, ALEJANDRA. . “El Divorcio (I) Sistema adoptado por la legislación chilena. Divorcio. Sanción”, Op. Cit. Pág. 177

*esté interesado en su vicio y que, por tanto, mantenga a su cónyuge en tal estado de zozobra y angustia psicológica que no se pueda contar con él para nada”.*⁵⁹

6. Tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos

Constituye esta causal la más grave infracción al deber de respeto y cuidado que se deben los cónyuges y al deber de cuidado y protección que los padres deben a los hijos.⁶⁰

El antecedente directo de esta norma la constituye los numerales 4º y 13º del artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil de 1884.

En derecho comparado suele consagrarse esta causal toda vez que constituye *“una gravísima injuria de los cónyuges entre sí o respecto de los hijos y revela una depravación moral extrema”*.⁶¹

Para la configuración de esta causal, tal como lo señala la disposición, basta sólo la “tentativa”, esto es, dar principio a la ejecución del hecho, circunstancia que, necesariamente debe manifestarse a través de hechos externos, puesto que el propósito, por formar parte de la conciencia del individuo, no es susceptible de ser sancionado por el derecho.

B. Deberes y obligaciones de los cónyuges para con sus hijos

Por su parte, siguiendo a la profesora Claudia Schmidt Hott, los deberes y obligaciones de los cónyuges para con sus hijos son los siguientes:

⁵⁹ PALACIOS DE HODGSON, LUCÍA. Legislación sobre matrimonio y divorcio en Estados Unidos de Norteamérica, citado por LARRAÍN RÍOS, HERNÁN en “Divorcio” (Santiago, 1966), Pág. 248.

⁶⁰ ILLANES VALDÉS, ALEJANDRA. “El Divorcio (I) Sistema adoptado por la legislación chilena. Divorcio. Sanción”, Op. Cit., Pág. 178

⁶¹ LARRAÍN RÍOS, HERNÁN. “Divorcio”, Op. Cit., Pág. 212

- **Cuidado personal de la crianza**

Este deber constituye para la profesora Claudia Schmidt el género de los distintos deberes que tienen los padres respecto de sus hijos, toda vez que comprende la prestación de los más variados socorros⁶². De conformidad al inciso primero del artículo 224 del Código Civil, el ejercicio de este deber corresponde de consuno a ambos padres, o al padre o madre sobreviviente.

- **Cuidado personal y dirección de la educación**

La norma fundamental en esta materia se encuentra contenida en el inciso primero del artículo 224 del Código Civil, al disponer que son ambos padres o el padre o madre sobreviviente, los encargados de velar por el cuidado personal de la educación de sus hijos. No obstante lo anterior, existen diversas disposiciones contenidas en los Títulos IX y XVIII del Libro I *denominados “De los Derechos y Obligaciones entre los Padres y los Hijos” y “De los Alimentos que se deben por ley a ciertas personas”* respectivamente, que deben ser interpretados en concordancia con la norma fundamental del artículo 224. Es del caso señalar que el deber de cuidado personal de la educación comprende además el deber de velar por la dirección de ésta, para lo cual los padres deben tener en especial consideración el principio fundamental del artículo 236 del Código Civil, según el cual los padres al educar a sus hijos, deberán orientarlos hacia su pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida.

⁶² SCHMIDT HOTT, CLAUDIA. “Instituciones de Derecho de Familia”. Op. Cit., Pág. 42

- **Deber de mantener con los hijos una relación directa y regular o Régimen de Comunicacional**

Este deber se encuentra contemplado en el inciso primero del artículo 229 del Código Civil y recae sobre el padre o madre que no tiene a su cargo el cuidado personal de su hijo, y ya fue abordado al tratar el contenido del acuerdo que regula las relaciones mutuas de los cónyuges y respecto de sus hijos comunes en caso de separación de hecho, de manera tal que nos remitimos a lo expuesto en esa oportunidad.

- **Deber de alimentos**

Este deber de los padres de proveer de alimentos a sus hijos se encuentra consagrado en el numeral segundo del artículo 321 del Código Civil, ya analizado al estudiar el contenido del acuerdo regulatorio.

2. Que la violación de los deberes y obligaciones que el matrimonio impone a los cónyuges o de los deberes y obligaciones para con los hijos sea grave.

La ley no define que se entiende por grave para estos efectos, ni tampoco ha precisado qué debe entenderse por ella. El término proviene del latín *gravis* que significa grande, de mucha entidad o importancia⁶³. Sin embargo, la Ley N° 19.947 señala, en su artículo 54, a propósito del divorcio, que *“El abandono continuo o reiterado del hogar común, es una forma de transgresión grave de los deberes del matrimonio”*. Consideramos que la determinación de la gravedad

⁶³ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

del incumplimiento de los deberes respecto del cónyuge o de los hijos, corresponde al juez, procurando, en todo caso, preservar y recomponer la vida en común de los cónyuges, en conformidad al artículo 3 inciso 2 de la Ley N° 19.947, para lo cual deberá tener en consideración las circunstancias personales del caso concreto que está analizando. Siguiendo esta tesis, la Corte de Apelaciones de La Serena en sentencia de alzada de fecha 30 de Agosto de 1991, confirmada por la Corte Suprema con fecha 01 de Abril de 1992, al acoger una demanda de divorcio perpetuo declaraba en su considerando segundo lo siguiente:

*“Que **atendidas las condiciones sociales, culturales y económicas de los litigantes**, los actos atribuidos al demandado que han resultado probados, deben ser calificados de graves en los términos que exige la ley para hacer procedente el divorcio perpetuo, malos tratos que, de obra y de palabra, han sido también repetidos”.*⁶⁴

Podemos mencionar en este punto que la Ley de Matrimonio Civil de 1884 en su artículo 21, enumeraba taxativamente las causas por las cuales podía demandarse el divorcio temporal o perpetuo y al describir la segunda de ellas imponía la misma exigencia de “gravedad” que la Ley N° 19.947 requiere hoy, tanto como causa genérica para solicitar la separación judicial como para el divorcio por culpa.

En definitiva, la gravedad del cumplimiento es una cuestión de fondo que deberá ser determinada judicialmente. En este sentido, se ha fallado:

“La conducta desplegada por la parte demandada es constitutiva de falta que constituye una violación grave del deber de respeto y protección que se deben los cónyuges entre sí, tornándose, en consecuencia, intolerable la vida

⁶⁴ Gaceta Jurídica N° 142, Santiago de Chile. Año 1992. Corte de Apelaciones de La Serena, 30 de Agosto de 1991, considerando segundo.

*en común. Al respecto, son elocuentes las dos condenas por violencia intrafamiliar de que ha sido objeto la demandada, así como el contenido de los informes sociales en los que se confirma que la convivencia de la pareja se ha caracterizado desde un comienzo por ser disfuncional, caracterizado por hechos de violencia intrafamiliar y por el marcado interés material de parte de la demandada, existiendo asimismo un abandono continuo o reiterado del hogar común”.*⁶⁵

Es preciso señalar que el legislador sólo habla de “violación grave”, no exigiendo, en consecuencia, que la conducta del cónyuge sea reiterada para la constitución de la causal. No obstante lo anterior, la Ley N° 19.947 en el inciso segundo de su artículo 54, exige, para configurar la causal específica del numeral 2, la *“Transgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio”*, señalando además que *“El abandono continuo o reiterado del hogar común, es una forma de transgresión grave de los deberes del matrimonio”*.

En el concepto de la profesora Alejandra Illanes Valdés, es de destacar la circunstancia que la Ley N° 19.947 exija sólo gravedad y no reiteración para configurar la causal genérica del inciso primero del artículo 54, puesto que, en su opinión, la noción de reiteración no aporta nada que no pudiera fiscalizarse mediante la exigencia de la gravedad, y en caso de haberse requerido, podría haber constituido un obstáculo para la declaración de divorcios fundados en circunstancias de extrema gravedad, si bien no reiteradas en el tiempo.⁶⁶

Al analizar esta causal, es necesario tener presente la norma del inciso segundo del artículo 26 de la Ley de Matrimonio Civil, en virtud de la cual *“no*

⁶⁵ Corte de Apelaciones de Valdivia, sentencia de fecha 16 de Agosto de 2006, Causa Rol 287-2006.

⁶⁶ ILLANES VALDÉS, ALEJANDRA. “El Divorcio (I) Sistema adoptado por la legislación chilena. Divorcio. Sanción”, Op. Cit., Pág.172.

podrá invocarse adulterio cuando exista previa separación de hecho consentida por ambos cónyuges”. De esta manera, no obstante el adulterio de uno de los cónyuges, si éstos hubieren con anterioridad cesado su convivencia de común acuerdo, no podrá invocarse dicha infracción para solicitar la separación, aunque el adulterio constituya, efectivamente, una grave violación del deber de fidelidad entre los cónyuges, de conformidad al artículo 132 del Código Civil.

3. Que la violación de los deberes y obligaciones que el matrimonio impone a los cónyuges o de los deberes y obligaciones para con los hijos sea imputable al cónyuge en contra del cual se demanda la separación.

Para determinar la imputabilidad del cónyuge demandado será necesario hacer un juicio normativo de culpa, de modo tal que para que el cónyuge demandado sea calificado de imputable, se requiere que su conducta no se haya sometido al estándar de culpa leve, que es el estándar que rige las relaciones generales del Derecho Privado⁶⁷. De lo anterior se desprende que no cabe la separación judicial por responsabilidad estricta, sino que debe, necesariamente haberse infringido el deber de cuidado exigido por la ley.

4. Que la violación de los deberes y obligaciones que el matrimonio impone a los cónyuges o de los deberes y obligaciones para con los hijos haga intolerable la vida en común.

La Ley N° 19.947 no ha precisado los criterios tendientes a determinar cuando la violación por parte de uno de los cónyuges de los deberes y

⁶⁷ PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS. Charla efectuada el día 01 de Junio de 2004 en el Seminario “Nueva Ley de Matrimonio Civil Ley N° 19.947” organizada por el Colegio de Abogados de Chile. A.G.

obligaciones que les impone el matrimonio o de los deberes y obligaciones para con los hijos, produce el efecto de hacer intolerable la vida en común, de manera que tal determinación queda entregada de lleno a los jueces del fondo.

Tratándose de la separación judicial solicitada en base a esta causal, sólo se encuentra legitimado para solicitar la separación, el cónyuge que no haya dado lugar a ella. Así lo establece el inciso tercero del artículo 26 de la Ley de Matrimonio Civil.

2.3.2. Causal Objetiva

La ley establece también una causal objetiva para solicitar la separación judicial, consistente en el “cese de la convivencia entre los cónyuges”, causal que puede ser demanda por los cónyuges conjuntamente o bien en forma unilateral por cualquiera de ellos.

2.3.2.1 Solicitud unilateral de separación judicial fundada en el cese de la convivencia

Dispone el inciso primero del artículo 27 de la Ley N° 19.947:

”...cualquiera de los cónyuges podrá solicitar al Tribunal que declare la separación, **cuando hubiere cesado la convivencia**”.

En relación a la disposición antes citada cabe señalar que el legislador no exigió transcurso de plazo alguno para la configuración de la causal, bastando para ello “el cese de la convivencia” entre los cónyuges, a diferencia de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 55 de la Ley N° 19.947, a

propósito del divorcio, en que para que se configure la causal, se requiere el cese "efectivo" de la convivencia entre los cónyuges por un plazo no inferior a tres años.

2.3.2.2. Solicitud conjunta de separación judicial fundada en el cese de la convivencia

En este caso, la ley exige que al momento de presentar la solicitud, los cónyuges acompañen un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. Así lo dispone el inciso segundo del artículo 27 de la Ley de Matrimonio Civil.

Para determinar si dicho acuerdo es "completo", es preciso distinguir si existen o no hijos comunes.

De no existir hijos comunes, el acuerdo será completo cuando cumpla con las siguientes condiciones:

- Establecer un régimen alimenticio en favor del cónyuge que corresponda, y
- Regular además, todas las cuestiones relativas al sistema de bienes del matrimonio.

En caso de existir hijos comunes, dicho acuerdo debe cumplir además con las siguientes condiciones:

- i. Regular el régimen de alimentos aplicable a los hijos

- ii. Definir cual de los padres quedará a cargo del cuidado personal de los hijos

Recordemos que, en virtud de lo dispuesto por en el inciso segundo del artículo 225 del Código Civil, si los padres viven separados pueden, actuando de común acuerdo determinar, mediante escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, susbinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. A falta de acuerdo, el cuidado personal de los hijos corresponde a la madre.

- iii. Debe regular el régimen comunicacional

Se deberá regular el régimen comunicacional que mantendrá con los hijos el cónyuge que no los tuviere bajo su cuidado.

En los términos del inciso segundo del artículo 27 de la Ley de Matrimonio Civil, se entiende que el acuerdo es “suficiente”, cuando:

- 1) Resguarde el interés superior de los hijos.
- 2) Procure aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura de los cónyuges. Esta disposición fue incluida por la Comisión de Constitución del Senado, en segundo trámite constitucional.
- 3) Establezca relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita.

Cabe hacer presente que estas exigencias de ser el acuerdo “completo” y “suficiente” constituyen una manifestación del principio del interés superior de los hijos y de protección al cónyuge más débil.⁶⁸

⁶⁸ URBANO MORENO, EDGARDO. “La Separación y el Divorcio en la Ley de Matrimonio Civil”, Op. Cit. Pág. 117.

Se ha criticado esta disposición en orden a que sólo presentaría un carácter programático, una mera formulación de buenas intenciones. Por otra parte, surge el problema de determinar en que consiste efectivamente este “aminoramiento”, puesto que tratándose de la separación no procede la norma del artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil, esto es, la compensación económica del cónyuge más débil.

En la práctica, en el evento de que los cónyuges demanden conjuntamente la separación judicial y no acompañen el acuerdo regulatorio que señala el inciso segundo del artículo 27 de la Ley N° 19.947, los jueces, mayoritariamente, han optado por proveer que en forma previa a resolver, debe acompañarse acuerdo completo y suficiente.

2.3.3 Efectos de la sentencia que decreta la separación judicial de los cónyuges

Para determinar cuales son los efectos a que da origen la separación, es necesario distinguir los efectos que ésta produce en relación con los cónyuges y respecto de los hijos, debiendo subdistinguirse en ambos casos, los efectos que se producen tanto en el ámbito personal como en lo patrimonial.

2.3.3.1. Efectos de la separación judicial respecto de los cónyuges

Antes de analizar cuales son los efectos que la separación judicial produce respecto de los cónyuges, es preciso señalar que tales efectos se producirán sólo una vez que se encuentre ejecutoriada la resolución que la

decreta, a diferencia de lo que ocurre respecto de terceros, pues para que la separación judicial produzca efectos respecto de éstos, se requiere que, encontrándose ejecutoriada la resolución que decreta la separación, se subinscriba dicha resolución al margen de la respectiva inscripción matrimonial. Así lo disponen los incisos primero y segundo del artículo 32 de la Ley de Matrimonio Civil. La sentencia que declara la separación de los cónyuges produce efectos tanto en el ámbito personal como patrimonial, los que serán analizados a continuación.

- **Efectos personales**

1. Subsiste el vínculo matrimonial que une a los cónyuges, de modo que subsisten también todos los derechos y obligaciones personales que se imponen a éstos en el acto constitutivo del matrimonio ” ***...con excepción de aquellos cuyo ejercicio sea incompatible con la vida separada de ambos, tales como los deberes de cohabitación (entendido como el deber de los cónyuges de mantener relaciones sexuales entre sí) y de fidelidad, que se suspenden***”.

Si bien la norma citada indica en forma expresa que la declaración judicial de separación de los cónyuges suspende el deber de cohabitación y fidelidad, por lo que no hay duda al respecto, su redacción no es de carácter taxativo, de modo que al señalar que se suspenden los deberes de cohabitación y de fidelidad, lo hace de una manera meramente ejemplar, de modo que, para determinar qué deberes de los cónyuges se suspenden efectivamente con la sentencia de separación, es preciso analizar en cada caso concreto, si el cumplimiento del deber es o no incompatible con la vida separada de los cónyuges.

A diferencia de lo que ocurre en nuestro ordenamiento jurídico, en que el legislador ha prescrito expresamente que el deber de fidelidad se suspende una vez decretada la separación judicial de los cónyuges, en España se discute si procede o no la suspensión de dicho deber, toda vez que el artículo 83 del Código Civil Español se limita a disponer que *“La sentencia de separación produce la suspensión de la vida común de los casados, y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica”*. La doctrina científica moderna española sostiene, en general, que la sentencia firme de separación entre los cónyuges, no extingue, en principio, el deber de fidelidad. En este sentido, los autores Díez-Picazo y Gullón, señalan que *“En cuanto al deber de fidelidad no parece que deba suspenderse porque los separados siguen siendo cónyuges y se deben respeto, que es donde en esencia tiene su asiento aquel deber”*.⁶⁹

En primer término, el **deber de socorro**, de carácter eminentemente pecuniario, que se traduce en la obligación de los cónyuges de prestarse alimentos, se mantiene, de modo que subsiste la obligación del marido y de la mujer de proporcionarse los auxilios económicos necesarios para vivir, sin embargo, es preciso efectuar una serie de consideraciones:

El inciso segundo del artículo 35 de la Ley N° 19.947 dispone que tratándose del derecho de alimentos regirán las reglas especiales contempladas en el Párrafo V del Título VI del Libro primero del Código Civil, denominado “Excepciones relativas a la separación judicial” (Antes denominado “Excepciones relativas al divorcio perpetuo”).

⁶⁹ Citado por BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER Y NOVALES ALQUÉZAR, ARÁNZAZU. “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno”. Op. Cit. Pág. 334.

El actual texto del artículo 174 del Código Civil, situado en dicho párrafo, consagra expresamente el derecho del cónyuge que no ha dado causa a la separación de ser proveído de alimentos por parte del otro cónyuge, en conformidad a las reglas generales.⁷⁰

Por su parte, el nuevo texto del artículo 175 del Código Civil incorporado por el N° 17 del artículo tercero de la Ley de Matrimonio Civil, dispone que:

“El cónyuge que haya dado causa a la separación judicial por su culpa, tendrá derecho para que el otro cónyuge lo provea de lo que necesite para su modesta sustentación; pero en este caso, el juez reglará la contribución teniendo en especial consideración la conducta que haya observado el alimentario antes del juicio respectivo, durante su desarrollo o con posterioridad a él”.

En relación a la norma citada, es preciso señalar que respecto del cónyuge calificado como “culpable”, se altera la regla general consagrada en el inciso primero del artículo 323 del Código Civil puesto que sólo tiene derecho a ser proveído de alimentos que lo habiliten para subsistir modestamente, y no de un modo correspondiente a su condición social.⁷¹

En relación a los deberes de **ayuda mutua**, para el profesor Juan Andrés Orrego Acuña, se mantiene, opinión que compartimos. Lo mismo ocurre, a nuestro juicio, con los deberes de **protección y respeto recíprocos**,

⁷⁰ La regla general en esta materia está consagrada en el inciso primero del artículo 323 del Código Civil después de la modificación introducida en él por la Ley N° 19.585, en virtud del cual los alimentos deben habilitar al alimentario para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su condición social.

⁷¹ En este sentido, ver ORREGO ACUÑA, JUAN ANDRÉS, “Análisis de la Nueva Ley de Matrimonio Civil”. Op. Cit., Pág. 81.

toda vez que el cumplimiento de ellos no nos parece incompatible con la vida separada de los cónyuges.⁷²

Finalmente, respecto del **deber de convivencia**, evidentemente se suspende, no obstante la ley no lo señale expresamente, pues no es posible conciliar el estado de separación de los cónyuges con la obligación de éstos de vivir juntos.

En conformidad con lo expuesto, y atendido el hecho de que el vínculo conyugal se mantiene, los cónyuges no recuperan por la declaración judicial de separación, su aptitud nupcial, de manera que, si uno de ellos contrajera matrimonio nuevamente, dicha unión adolecería de nulidad en virtud de la causal del artículo 5 de la Ley N° 19.947, esto es, “vínculo matrimonial no disuelto”.

2. Surge respecto de los cónyuges, el estado civil de “separados”. Es preciso señalar que si bien la separación judicial produce efectos respecto de los cónyuges desde el momento en que queda ejecutoriada la sentencia que lo declara, en esta materia el legislador dispuso expresamente que los cónyuges no adquirirán el estado civil de separados, mientras no se haya efectuado la subinscripción de la sentencia que declara la separación, al margen de la inscripción matrimonial, según lo dispone inciso segundo del artículo 32 de la Ley de Matrimonio Civil.

El estado civil de separados constituye un estatus jurídico nuevo en nuestro ordenamiento jurídico, y su introducción por parte de la Ley N° 19.947, no ha sido pacífica, toda vez que se ha discutido en doctrina si esta “calidad” de

⁷² En este sentido, ver ORREGO ACUÑA, JUAN ANDRÉS. “Análisis de la Nueva Ley de Matrimonio Civil”, Op. Cit., Pág. 77.

separados que adquieren los cónyuges con la declaración judicial de separación, constituye, efectivamente, un nuevo estado civil.

El profesor Hernán Corral ha postulado la tesis de que en virtud de la separación judicial los cónyuges no adquirirían un estado civil nuevo, sino que mantendrían el de casados, obtenido por éstos, al momento de contraer matrimonio. Sus argumentos para sostener esta postura son los siguientes:

- Texto del inciso segundo del artículo 32 de la Ley N° 19.947, el cual señala que:

*“Efectuada la subinscripción, la sentencia será oponible a terceros y los cónyuges adquirirán la **calidad** de separados...”*

- La separación judicial conserva los efectos esenciales del estado civil de casado y las consecuencias jurídicas generadas a partir de ella, no son suficientes para configurar un nuevo estado civil, quedando incluidas en el estado civil de casado.

- Antes de la vigencia de la Ley N° 19.947, tanto la doctrina como la Jurisprudencia habían sostenido la indivisibilidad y unidad del estado civil. De esta forma, el matrimonio da origen a un único estado civil, el de casado, el que sólo se extingue por las causales contempladas en el artículo 42 de la Ley de Matrimonio Civil, a saber, muerte de uno de los cónyuges, muerte presunta, sentencia firme de nulidad y sentencia firme de divorcio, de manera que, mientras el matrimonio no se ha extinguido, subsiste el estado civil de casado.

- Historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 19.947, puesto que en la revisión de la ley por el Senado, se decidió aceptar la indicación 103

renovada por la cual se sustituía el vocablo “estado civil” por el de “calidad”, en atención a que constituiría un error de técnica jurídica el hecho que una persona que ha contraído matrimonio, y que detenta por tanto, el estado civil de casada, adquiriera un nuevo estado civil, permaneciendo vigente el matrimonio que dio origen a su estado civil de casado. En este sentido, consideramos oportuno transcribir parte de la discusión parlamentaria introducida por la indicación 103 renovada, debido a la solidez y claridad con que se expresa esta postura. El Senador Andrés Chadwick al fundamentar la indicación señaló *“sólo corresponde un estado civil a cada persona. Y la separación judicial no disuelve el vínculo matrimonial. Entonces, de no aprobarse la indicación, un individuo podría tener dos estados civiles al mismo tiempo: casado y separado, lo cual, desde el punto de vista de técnica jurídica, no procede, porque –repito– sólo corresponde un estado civil a cada persona. Ése es el alcance de la indicación”*. Solicitó luego la palabra el Senador Rafael Moreno, quien sostenía una postura contraria, señalando: *“Entiendo muy bien el lenguaje que usa el Senador señor Chadwick. El estar separado podrá no ser un estado civil, pero hoy día constituye una expresión prácticamente incorporada. Incluso, en el último censo se preguntó a los ciudadanos si eran casados, viudos o separados. Prefiero mantenerla como tal”*. Luego el Senador Andrés Zaldívar respondió al Senador Moreno afirmando: *“Jurídicamente no corresponde señor Senador”*. Posteriormente se aprobó la indicación con los votos en contra de los Senadores Rafael Moreno y Jaime Gazmuri, tomando el actual artículo 32 su nueva configuración, adecuando la norma a la naturaleza de la institución del Estado Civi.⁷³

⁷³ Diario de Sesiones del Senado. Legislatura 350a, extraordinaria. Sesión 29a, en jueves 15 de enero de 2003. Págs. 4002 – 4022.

Por su parte, los argumentos en orden a que la separación de los cónyuges judicialmente declarada daría origen a un nuevo estado civil son las siguientes:

- Texto del artículo 38 de la Ley de Matrimonio Civil, que dispone que la reanudación de la vida en común de los cónyuges con ánimo de permanencia, **“... reestablece el estado civil de casados”**, siendo posible sólo reestablecer algo, un estado civil en este caso, que se ha dejado de tener.

- Texto del artículo 6 transitorio de la Ley N° 19.947, el cual señala que *“Las personas que con anterioridad a la vigencia de la presente ley se hayan divorciado, temporal o perpetuamente, por sentencia ejecutoriada, **tendrán el estado civil de separados...**”*.

- Texto actual del inciso primero del artículo 305 del Código Civil, con la modificación incorporada con la ley 19.947, al indicar que **“El estado civil de casado, separado judicialmente, divorciado o viudo, y de padre, madre o hijo, se acreditará frente a terceros y se probará por las respectivas partidas de matrimonio, de muerte y de nacimiento o bautismo”**.

Se inclinan a favor de esta última tesis, el profesor Juan Andrés Orrego Acuña⁷⁴ y el profesor Cristián Maturana Miquel.⁷⁵

⁷⁴ ORREGO ACUÑA, JUAN ANDRÉS. “Análisis de La Nueva Ley de Matrimonio Civil”, Op. Cit. Pág. 77.

⁷⁵ Opinión expresada en Seminario del Colegio de Abogados, con fecha 01 de Junio de 2004. Citado por ORREGO ACUÑA, JUAN ANDRÉS. “Análisis de la Nueva Ley de Matrimonio Civil”, Op. Cit. Pág. 77.

- **Efectos patrimoniales**

1. Expiran ciertos regímenes matrimoniales.

Según lo dispone el artículo 34 de la Ley de Matrimonio Civil, *“Por la separación judicial termina la **sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales** que hubiere existido entre los cónyuges”*.

De esta manera, los cónyuges pasan a estar casados bajo el régimen de separación total de bienes, el cual es irrevocable y no podrá quedar sin efecto por acuerdo de los cónyuges ni por resolución judicial. Así lo señala expresamente el artículo 165 del Código Civil, aplicable en esta materia por expresa disposición del nuevo artículo 178 del Código Civil.

En conformidad con lo anterior, el texto del artículo 173 del Código Civil introducido por la Ley N° 19.947 dispone lo siguiente:

“Los cónyuges separados judicialmente administran sus bienes con plena independencia uno del otro, en los términos del artículo 159. Lo anterior se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el Párrafo 2 del Título VI del Libro Primero de este Código”. (Bienes familiares)

Por su parte, el actual artículo 159 del Código Civil dispone que:

“Los cónyuges separados de bienes administran, con plena independencia el uno del otro, los bienes que tenían antes del matrimonio y los que adquieren durante éste, a cualquier título.

Si los cónyuges se separaren de bienes durante el matrimonio, la administración separada comprende los bienes obtenidos como producto de la

liquidación de la sociedad conyugal o del régimen de participación en os gananciales que hubiere existido entere ellos”.

Respecto de los cónyuges casados bajo el régimen de separación total de bienes, como es lógico, su situación patrimonial permanece inalterada.

2. Una vez dictada la sentencia que declara la separación de los cónyuges, y debido a que ésta no pone fin al matrimonio de los cónyuges, es obligación de ambos proveer a las necesidades de la familia común, en proporción a sus facultades, pudiendo el juez, en caso necesario, regular esta contribución. Así lo dispone el artículo 160 del Código Civil, aplicable a la separación judicial por expresa disposición del nuevo artículo 178 del Código Civil.

3. En principio, como la separación judicial no rompe el vínculo matrimonial, no se altera el derecho de los cónyuges de sucederse entre sí, a menos que la separación se hubiere declarado por culpa de uno de ellos, pues en tal caso, el cónyuge culpable pierde el derecho para suceder a su marido o mujer, debiendo el juez efectuar la declaración respectiva en la sentencia que decreta la separación de los cónyuges.

Así lo dispone el inciso primero del artículo 35 de la Ley de Matrimonio Civil, cuyo texto, sin embargo, no resulta del todo claro, puesto que señala:

“El derecho de los cónyuges a sucederse entre sí no se altera por la separación judicial. Se exceptúa el caso de aquel que hubiere dado lugar a la separación por su culpa, en relación con el cual el juez efectuará en la sentencia la declaración correspondiente, de la que se dejará constancia en la subinscripción”.

A mayor abundamiento, la Ley N° 19.947 introduce una modificación en el artículo 994 del Código Civil, situado en el Título II del Libro III del Código Civil, a propósito de las normas relativas a la sucesión intestada, siendo su actual texto el siguiente:

*“El cónyuge separado judicialmente, que hubiere dado motivo a la separación por su culpa, **no tendrá parte alguna en la herencia abintestato de su mujer o marido**”.*

Por su parte, del nuevo inciso segundo del artículo 1182 del Código Civil, ubicado en el Párrafo Tercero del Título V del Libro III del Código Civil, a propósito de las Asignaciones Forzosas, se desprende que no tendrá la calidad de legitimario el cónyuge que por culpa suya haya dado ocasión a la separación judicial.

De lo expuesto, se desprende claramente que la ley ha vinculado directamente la separación judicial por falta imputable a uno de los cónyuges, con la pérdida de los derechos hereditarios, la que asume el carácter de una sanción civil, debiendo quedar preestablecida por el juez, siguiendo, de esta manera, el sistema adoptado por la Ley N° 19.585 de reforma al Código Civil en materia de filiación.⁷⁶

4. En relación a los efectos que produce la separación judicial de los cónyuges respecto de la obligación de éstos de prestarse alimentos, nos remitimos a lo expuesto al analizar los efectos personales de la separación judicial, específicamente, a la subsistencia, no obstante decretada la separación, del deber de socorro.

⁷⁶ BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER Y NOVALES ALQUÉZAR ARANZAZÚ. “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno”, Op. Cit. Pág. 336.

5. La separación judicial de los cónyuges fundada en que uno de los cónyuges incurrió en alguna de las siguientes causales: adulterio, sevicia atroz,⁷⁷ atentado contra la vida del otro cónyuge u otro crimen de igual gravedad, produce efectos respecto de las donaciones efectuadas por el cónyuge inocente al culpable, toda vez que se faculta al primero para revocar dichas donaciones.

Así lo dispone expresamente el texto actual del artículo 172 introducido por la Ley N° 19.947 al señalar:

*“El cónyuge inocente podrá revocar las donaciones que hubiere hecho al culpable, siempre que éste haya dado causa al divorcio o a la **separación judicial** por adulterio, sevicia atroz, atentado contra la vida del otro cónyuge u otro crimen de igual gravedad”.*

6. Cesa la incapacidad especial de los cónyuges para celebrar el contrato de compraventa, toda vez que la Ley 19.947 modifica el artículo 1796 del Código Civil. El texto actual de dicho artículo es el siguiente:

*“Es nulo el contrato de compraventa entre cónyuges **no separados judicialmente**, y entre el padre o madre y el hijo sujeto a patria potestad”.*

7. Una vez decretada la separación judicial, no se suspende en favor de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal, la prescripción adquisitiva ordinaria, de conformidad al nuevo texto del inciso penúltimo del artículo 2509 del Código Civil, que dispone:

⁷⁷ La causal denominada en doctrina como “sevicia” está conformada por los malos tratamientos, graves y repetidos, de obra o de palabra de que es parte uno de los cónyuges, a manos del otro. Etimológicamente, deriva del latín “sae victia”, que significa crueldad. Antes de la vigencia de la Ley N° 19.947, constituía una causal de divorcio perpetuo regulada en el numeral 2 del artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil de 1884.

*No se suspende la prescripción en favor de la mujer **separada judicialmente** de su marido, ni de la sujeta al régimen de separación de bienes, respecto de aquellos que administra”.*

8. Constituye una causal de impedimento para la adopción de menores, de conformidad al nuevo inciso quinto del artículo 20 de la Ley N° 19.620 sobre Adopción de Menores, el que dispone:

*“En todo caso, **no podrá concederse la adopción a los cónyuges respecto de los cuales se haya declarado la separación judicial, mientras ésta subsista.** En su caso, la reconciliación deberá acreditarse conforme lo dispone la Ley de Matrimonio Civil”.*

No obstante lo anterior, el inciso tercero del artículo 22 de la Ley N° 19.620, también introducido por la ley N° 19.947, dispone lo siguiente:

*“Los cónyuges que hubieren iniciado la tramitación de una adopción, podrán solicitar que ésta se conceda **aún después de declarada su separación judicial** o el divorcio, si conviene al interés superior del adoptado”.*

2.3.3.2 Efectos de la separación judicial en relación a los hijos

Previo al análisis de los efectos que la separación judicial de los padres produce respecto de sus hijos, cabe señalar que, en principio y salvo contadas excepciones, los derechos y deberes de los padres en relación con sus hijos tienen su origen, no en el matrimonio de aquéllos, sino en la filiación, entendida como la el *vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o con su madre y que*

consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su inmediato descendiente, o sea, su descendiente⁷⁸. Cabe señalar que en la actualidad, con el desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida y la dictación de la Ley N° 19.620 sobre adopción, la filiación ya no se funda únicamente en el vínculo de sangre que existe entre padres e hijos.⁷⁹ De esta forma, la filiación determinada con anterioridad a la separación judicial de los cónyuges no se ve alterada por ésta, y consecuentemente, los derechos y obligaciones entre padres e hijos originados tampoco serán perturbados.⁸⁰

1. En primer término, y como ya se señaló, la separación judicial de los padres no altera la filiación de los hijos determinada con anterioridad a dicha separación, manteniéndose todos y cada uno de los deberes de los padres en relación con sus hijos. Es ésta la regla fundamental en materia de separación judicial respecto de los hijos de los cónyuges separados judicialmente, sin embargo, esto más que un efecto de la sentencia que declara la separación, es un reconocimiento legal a la inmutabilidad de las obligaciones de los padres respecto de sus hijos fundadas en la filiación, reconocimiento íntimamente vinculado al principio de protección del interés de los hijos, consagrado en el

⁷⁸ ROSSEL SAAVEDRA, ENRIQUE. Manual de Derecho de Familia. Pág. 314. Citado por RAMOS PAZOS, RENÉ. “Derecho de Familia”, Tomo II. Op. Cit. Pág. 374.

⁷⁹ De conformidad al artículo 182 del Código Civil “*El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta*”. En atención a lo expuesto, en el evento de que en la aplicación de estas técnicas se hubiera recurrido a un tercero, como por ejemplo, donantes de óvulos o espermios o utilización de un útero ajeno, ni el hijo ni el tercero tendrían acción de reclamación de filiación. Por su parte, ni los padres ni el hijo podrían impugnar esta filiación. En este sentido ver RAMOS PAZOS, RENÉ. “Derecho de Familia”, Tomo II. Op. Cit. Pág. 378. Tratándose de la filiación adoptiva, el artículo 37 de la Ley N° 19.620 es categórico al disponer que “*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 artículo 5 de la Ley de Matrimonio Civil, los que subsistirán*”.

⁸⁰ En este sentido ver BARRIENTOS GRANDON, JAVIER y NOVALES ALQUEZAR, ARANZAZU. “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno”, Op. Cit. Pág.337.

artículo 3 de la Ley de Matrimonio Civil.⁸¹ No compartimos la opinión del profesor Juan Andrés Orrego, quien sostiene que por la separación judicial, podría llegar a alterarse la filiación matrimonial de los hijos, puesto que la ley es enfática al señalar que la filiación ya determinada respecto de los hijos no se alterará con la separación de los padres.⁸² Así lo sostiene también el profesor Urbano Moreno.⁸³

2. El hijo concebido una vez declarada la separación judicial de los padres no goza de la presunción de paternidad establecida en el artículo 184 del Código Civil, en virtud de la cual se presume que son hijos del marido los que hubieren nacido después de la celebración del matrimonio **y dentro de los trescientos días siguientes a la disolución de éste o a la separación judicial de los padres.** Así lo dispone expresamente la primera parte del artículo 37 de la Ley N° 19.947. Sin embargo, cabe hacer el siguiente alcance, pues el sentido de la primera parte del artículo 37 no es claro: para que el hijo no goce de la presunción del artículo 184 del Código Civil, no basta con que haya nacido después de decretada la separación judicial de los padres, sino que es necesario acreditar que nació con posterioridad a los trescientos días contados a partir de dicha separación, pues ese es el verdadero alcance de la presunción pater ist est.

No obstante lo anterior, la ley dispone en la parte final del artículo 37 de la Ley N° 19.947 que, concurriendo la voluntad de ambos cónyuges, el hijo nacido después de los trescientos días de decretada la separación de los padres, podrá ser inscrito a nombre de ambos.

⁸¹ BARRIENTOS GRANDON, JAVIER y NOVALES ALQUEZAR, ARANZAZU. “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno”, Op Cit. Pág. 337.

⁸² ORREGO ACUÑA, JUAN ANDRÉS. “Análisis de La Nueva Ley de Matrimonio Civil”, Op. Cit., Pág. 82.

⁸³ URBANO MORENO, EDGARDO. “La Separación y el Divorcio en la Ley de Matrimonio Civil”, Op. Cit., Págs. 120 y 121.

3. REANUDACIÓN DE LA VIDA EN COMÚN DE LOS CONYUGES

La Ley N° 19.947, a diferencia de otras legislaciones, que utilizan el término “reconciliación” para referirse al restablecimiento de la vida conyugal, ha optado por utilizar el término de “**reanudación de la vida en común de los cónyuges, con ánimo de permanencia**”. Así lo consagra expresamente el artículo 38 de la Ley de Matrimonio Civil.

En conformidad a lo anterior, la Ley de Matrimonio Civil concede a los cónyuges la posibilidad de poner fin al procedimiento destinado a declarar la separación judicial de éstos, o incluso la ya decretada, restableciendo en este último caso, su estado civil de casados, siempre que los cónyuges hubieren reanudado su vida en común, **con ánimo de permanencia**. La ley no exige ningún requisito adicional para que la reanudación de la vida en común de los cónyuges produzca efectos respecto de éstos, esto es, ponga fin al juicio de separación y deje sin efecto la separación judicial ya decretada, recuperando los cónyuges el estado civil de casados. Sin embargo, tratándose de los efectos que la reanudación de la vida en común de los cónyuges produce respecto de terceros, la ley exige, a fin de darle publicidad, el cumplimiento de ciertas formalidades.

Para determinar cuales son estas solemnidades, es preciso distinguir cual fue la causa que dio origen a la separación judicial.

Si la separación judicial se decretó en conformidad a lo dispuesto por el artículo 26 de la Ley de Matrimonio Civil, esto es, por haber cometido uno de los cónyuges una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el

matrimonio, o de los deberes y obligaciones filiales, para que la reanudación de la vida en común sea oponible a terceros se deberá:

- Revocar judicialmente la sentencia de separación, a petición de ambos cónyuges.
- Subinscribir dicha revocación al margen de la inscripción de matrimonio de los cónyuges en el Registro Civil.

Así lo expresa el inciso primero del artículo 39 de la Ley de Matrimonio Civil.

Ahora bien, si la separación judicial se decretó según lo dispuesto por el artículo 27 de la Ley de Matrimonio Civil, es decir, por cese efectivo de la convivencia, ya se hubiere solicitado la separación por ambos cónyuges o sólo por uno de ellos, para que la reanudación de la vida en común sea oponible a terceros será necesario:

- Que ambos cónyuges dejen constancia de la reanudación de la vida en común en acta extendida ante un Oficial del Registro Civil.
- Que se subinscriba dicha acta al margen de la inscripción de matrimonio de los cónyuges en el Registro Civil.
- Que el Oficial del Registro Civil comunique las dos circunstancias anteriores al Tribunal competente, quien ordenará agregar a los antecedentes del juicio de separación, el documento respectivo.

Así lo expresa el inciso segundo del artículo 39 de la Ley de Matrimonio Civil.

No obstante la reanudación de la vida en común de los cónyuges pone fin al juicio de separación y deja sin efecto la separación judicial ya decretada, recuperando los cónyuges el estado civil de casados, no impide que éstos vuelvan a solicitar la separación, sin embargo, dicha solicitud deberá fundarse necesariamente, en hechos posteriores a su reconciliación. Así lo indica el artículo 41 de la Ley de Matrimonio Civil.

Finalmente, en relación a los efectos patrimoniales que produce la reanudación de la vida en común de los cónyuges, el artículo 40 de la Ley N° 19.947 establece que, de haber estado los cónyuges casados bajo régimen de sociedad conyugal o participación en los gananciales, éstos no se reestablecen, de modo que, por la sola reconciliación de los cónyuges, se mantiene el régimen de separación de bienes. No obstante lo anterior, los cónyuges podrán pactar participación en los gananciales, en los términos del artículo 1723 del Código Civil.

CAPÍTULO III

DE LOS JUICIOS DE SEPARACIÓN

1. DE LA NATURALEZA Y EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE SEPARACIÓN

En primer término, es preciso señalar que la separación judicial sólo procede cuando se ha ejercido la acción de separación, esto es, a petición de parte, no pudiendo el juez declararla de oficio.

En cuanto a su naturaleza y ejercicio, la acción de separación presenta las siguientes características:

1. Irrenunciabilidad. De conformidad al artículo 28 de la Ley de Matrimonio Civil, *“la acción de separación es irrenunciable”*, adoleciendo su renuncia de nulidad absoluta, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 12 del Código Civil.

2. Su ejercicio corresponde exclusivamente a los cónyuges. Sólo tienen legitimidad activa para impetrar la separación los cónyuges, de manera tal que la acción es personalísima, extinguiéndose con la muerte de cualquiera de éstos, no pudiendo ser continuada por sus herederos. Lo anterior, atendido el hecho que la muerte de cualquiera de los cónyuges, pone fin al matrimonio, de conformidad al artículo 42 de la Ley N° 19.947. No obstante lo anterior, existe una serie de limitaciones al ejercicio de la acción de separación por parte de los cónyuges:

- Inocencia del cónyuge: De conformidad a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 26 de la Ley N° 19.947, cuando la demanda de separación se funda en una causa imputable a uno de los cónyuges, el ejercicio de la acción sólo corresponde al cónyuge que no ha dado lugar a la causal.⁸⁴
- Adulterio: Según lo prescribe el inciso segundo del artículo 26 de la Ley N° 19.947, *“no podrá invocarse el adulterio cuando exista previa separación de hecho consentida por ambos cónyuges”*.

3. Ejercicio conjunto y acuerdo regulador: Como ya se señaló en su oportunidad, según lo prescribe el artículo 27 de la Ley N° 19.947, en caso de que los cónyuges demanden conjuntamente la separación, deberán acompañar un acuerdo regulatorio que regule en forma completa y suficiente sus relaciones y sus relaciones respecto de sus hijos.

4. La acción de separación podrá ejercerse por los cónyuges en cualquiera de los procedimientos que se substancien a fin de regular sus relaciones mutuas, sus relaciones respecto de sus hijos, o bien por violencia intrafamiliar. Lo anterior se desprende del texto de los artículos 23 y 29 de la Ley N° 19.947.

⁸⁴ En esta materia, la Ley N° 19.947 recoge el principio sentado por la Ley de Matrimonio Civil de 1884, en relación a que sólo tenía legitimidad activa para demandar el divorcio, temporal o perpetuo, el cónyuge denominado “inocente”. La Jurisprudencia había precisado que esta “inocencia” decía relación con que el cónyuge no hubiera tenido participación en los hechos que constituían la causal de divorcio. De esta manera, en el considerando segundo de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de fecha 12 de Marzo de 1999, se señalaba: “El artículo 24 de la citada ley, preceptúa que la acción de divorcio, sólo corresponde al cónyuge inocente, cualquiera que sea la causal por la cual se solicita, ello es lógico, porque nadie puede aprovecharse de su propia culpa o dolo para lograr sus propósitos, cual sería obtener la declaración de divorcio. Según la Doctrina y la Jurisprudencia, la inocencia se refiere a la causal que el cónyuge invoca y es tal cuando resulta ajeno a los hechos que la constituyen, aunque haya incurrido en otras causales diversas. Por ende, puede darse el caso de que marido y mujer sean a la vez culpables e inocente por diferentes causales. Tampoco existe obstáculo para que el cónyuge demandado deduzca reconvenición, a fin de que se de lugar al divorcio por causales respecto de las cuales resulta inocente”. (C. Apelaciones de Antofagasta, sentencia de fecha 12 de Marzo de 1999, considerando segundo, en causa rol N° 11.941).

2. CARACTERISTICAS DEL PROCEDIMIENTO

El procedimiento que regula los juicios de separación, presenta las siguientes características:

1. Por tratarse de un procedimiento seguido ante los Juzgados de Familia, las partes podrán actuar y comparecer personalmente, sin necesidad de mandatario judicial y de abogado patrocinante, a menos que el juez así lo ordene expresamente, especialmente en aquellos casos en que una de las partes cuente con asesoría de letrado. Así lo establece expresamente el artículo 18 de la Ley sobre Tribunales de Familia. No obstante lo anterior, el artículo 60 de la Ley sobre Tribunales de Familia, consagra el deber de las partes de concurrir personalmente a la audiencia preparatoria y a la de juicio, sin perjuicio de ser acompañados por sus patrocinantes y apoderados, cuando los tengan. Por su parte, el artículo 68 de la Ley N° 19.947, establece que el juez citará a las partes a una audiencia especial de conciliación, a la cual éstas deberán comparecer personalmente, pudiendo decretarse apremios para asegurar la comparecencia del cónyuge rebelde.

Es preciso señalar que, en la práctica, en forma excepcional, el juez podrá, siempre que exista causal que a su juicio lo justifique, permitir la comparecencia no personal de las partes a las audiencias preparatorias y a las de juicio, de manera tal que éstas comparecen sólo representadas por sus abogados y/o mandatarios judiciales. Dentro de las causas que habilitarían a los magistrados para autorizar la comparecencia no personal de las partes a dichas audiencias, se encuentran las siguientes: mandato judicial que conste en escritura pública en la cual se indique que la parte posee un impedimento tal que le impida asistir personalmente (domicilio lejano al del lugar del juicio, grave

estado de salud u otro similar), solicitud expresa efectuada por una de las partes al juez de no comparecer personalmente a las audiencias.

No obstante lo anterior, tratándose de la audiencia especial de conciliación, la cual se realiza incluso antes de la ratificación de la demanda, y atendido el carácter estrictamente personalísimo de tal trámite, no es posible que el juez autorice una comparecencia que no sea personal de las partes. Por lo tanto, si las partes no comparecen personalmente a dicha audiencia, no se podrá continuar con la substanciación del juicio.

2. Los cónyuges pueden, dentro del juicio de separación y como una cuestión conexa dentro de éste, regular sus relaciones mutuas y sus relaciones respecto de sus hijos. Así se desprende del texto del artículo 23 de la Ley de Matrimonio Civil, el que será analizado en su oportunidad, por constituir una verdadera regla especial de extensión de la competencia en materia de familia, toda vez que permite al juez que está conociendo de una o más de las materias indicadas en dicho artículo, conocer de toda otra cuestión relativa a la regulación de las relaciones mutuas entre los cónyuges o respecto de sus hijos.

3. Se trata de un proceso en el cual se otorga un mayor preeminencia a los mecanismos de solución de conflictos autocompositivos que a los heterocompositivos, a fin de propender al logro de acuerdos entre las partes (cónyuges) que les permitan mantener los vínculos parentales, y en la medida de lo posible, reconstruir los de carácter conyugal. El Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado señala que *“Los mecanismos adversariales que contempla nuestra legislación resultan inadecuados para los conflictos de familia y suelen exacerbarlos en vez de favorecer su remedio”*. Es por este motivo que se introduce en materia de familia la conciliación obligatoria, materia respecto de la cual se encontraba

expresamente excluida, y la posibilidad de someter el conflicto a mediación, siendo discrecional para el juez decretarla, a menos que ambas partes así lo soliciten.

4. El juez, durante la tramitación del juicio de separación, procurará preservar y recomponer la vida en común en la unión matrimonial válidamente contraída, cuando ésta se vea amenazada, dificultada o quebrantada. Así lo dispone el inciso segundo del artículo 3 de la Ley de Matrimonio Civil Por otra parte, el inciso primero del artículo 85 de la ley reitera esta idea al afirmar que al conocer de la separación el juez deberá hacerlo *“del modo que parezca más conforme con la paz y la concordia entre los miembros de la familia afectada”*. A través de esto lo que se pretende es la mantención de la familia, núcleo fundamental de la sociedad, aún cuando los vínculos matrimoniales hayan sido disueltos o anulados.

5. La tramitación del juicio de separación debe conducir a que éste sea resuelto cuidando de proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil, así lo establece el inciso primero del artículo 3 de la Ley de Matrimonio Civil.

6. El proceso tiene el carácter de reservado. Este principio se encuentra consagrado en el artículo 15 de la Ley sobre Tribunales de Familia al establecer que *“El juez deberá velar durante todo el proceso por el respeto al derecho de intimidad de las partes y especialmente de los niños, niñas y adolescentes”*. Según lo establecido en el artículo 86 de dicha ley *“El proceso tendrá el carácter de reservado, a menos que el juez fundadamente y a petición expresa de los cónyuges, resuelva lo contrario”*.

Del texto de la norma se desprende que para que el juicio de separación deje de tener carácter de reservado, se deben cumplir las siguientes condiciones: a) Solicitud de ambos cónyuges, la que además debe ser “expresa”, esto es, debe efectuarse en términos formales y explícitos y “conjunta”, puesto que se requiere la concurrencia de la voluntad de ambos cónyuges en orden a excluir la reserva del proceso; y b) Decisión del Tribunal competente, la que deberá ser “fundada”.

7. Recibe aplicación en forma preferente el sistema probatorio de la sana crítica.

3. VIGENCIA DE LOS PROCEDIMIENTOS CONTEMPLADOS EN LA NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL

La Ley de Matrimonio Civil regula el procedimiento aplicable a los juicios de separación en su Capítulo IX, artículos 85 y siguientes, denominado “De los juicios de separación, nulidad de matrimonio y divorcio”. Cabe señalar sin embargo, que tales disposiciones fueron concebidas para ser aplicadas a cabalidad ante los Juzgados de Familia, sin embargo, existen aún en tramitación numerosos juicios iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia de dichos Tribunales. A fin de salvar esta situación, la Ley de Tribunales de Familia establece normas especiales para su tramitación. Para los efectos de determinar la aplicación de la nueva Ley de Matrimonio Civil en relación a los procesos, es necesario hacer la siguiente distinción:

a. Procedimientos ya iniciados y que se encuentran terminados con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley de matrimonio civil

b. Procedimientos ya iniciados y que se encuentren pendientes con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley de matrimonio civil.

c. Procedimientos iniciados con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Ley de Matrimonio Civil y antes de la instalación de los Juzgados de Familia.

d. Procedimientos que se inicien con posterioridad a la instalación de los juzgados de familia.

a. Procedimientos ya iniciados y que se encuentran terminados con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley de matrimonio civil

El artículo 6º transitorio de la ley 19.947 dispone que *“Las personas que con anterioridad a la vigencia de la presente ley se hayan divorciado, temporal o perpetuamente, por sentencia ejecutoriada, **tendrán el estado civil de separados**, y se regirán por lo dispuesto en ella para los separados judicialmente respecto del ejercicio de derechos y demás efectos anexos que tengan lugar después de su entrada en vigencia”*.

Lo anterior constituye una verdadera conversión jurídica de la calidad de divorciado temporal o perpetuamente en virtud de sentencia judicial ejecutoriada por el estado civil de separado, contemplado en la nueva ley de matrimonio civil.⁸⁵

⁸⁵ MATURANA MIQUEL, CRISTIÁN. “Algunos Aspectos Procesales de la Nueva Ley de Matrimonio Civil”. Charla efectuada el 01 de Junio de 2004 en el Seminario “Nueva Ley de Matrimonio Civil Ley Nº 19.947” organizada por el Colegio de Abogados de Chile.

b. Procedimientos ya iniciados y que se encuentren pendientes con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley de matrimonio civil

Respecto de los juicios de divorcio temporal o perpetuo ya iniciados al momento de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.947 se aplicarán las siguientes reglas:

- Continuarán tramitándose como procedimientos de separación judicial bajo el procedimiento regulado al momento de deducir la demanda respectiva. Así lo dispone el inciso primero del artículo 4 transitorio de la Ley N° 19.947.
- No obstante lo anterior, las partes conjuntamente podrán solicitar al juez que, prosiga el juicio ya iniciado, o bien que se aplique lo previsto en la disposición segunda del artículo primero transitorio de la Ley N° 19.947, esto es, someter el asunto a las reglas de los actos judiciales no contenciosos. En este último caso la resolución dictada por el tribunal respectivo, deberá indicar el estado desde el cual continúa la substanciación del procedimiento y una vez ejecutoriada la sentencia definitiva que se dicte en la causa, los cónyuges pasarán a tener el estado civil de separados y se regirán por lo dispuesto en la Ley N° 19.947 *“respecto del ejercicio de derechos y demás efectos anexos que tengan lugar después de su entrada en vigencia”*. Así lo establece el inciso segundo del artículo 4 transitorio de la Ley de Matrimonio Civil.
- Su prosecución no impedirá que, una vez terminados por sentencia ejecutoriada, puedan ejercerse las acciones previstas en la Ley N° 19.947 sin perjuicio de la excepción de cosa juzgada que pudiera

corresponder, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 5 transitorio de la Ley de Matrimonio Civil.⁸⁶

c. Procedimientos iniciados con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Ley de Matrimonio Civil y antes de la instalación de los Juzgados de Familia o “Régimen Transitorio”

La substanciación de estos juicios debe someterse a las siguientes reglas:

1. Tribunal competente

El artículo primero transitorio de la Ley N° 19.947 establece expresamente que mientras no se instalen los Juzgados de Familia, no tendrán aplicación los artículos 87 y 88 de la Ley de Matrimonio Civil, por lo que será competente para conocer de estas acciones, según lo dispuesto por la disposición tercera de dicho artículo, el **“juez de letras que ejerza jurisdicción en materia civil en el domicilio del demandado”**. Este mismo juez conocerá también de las materias a que se refiere el artículo 89 de dicha ley, esto es, régimen de alimentos, cuidado personal de los hijos, régimen comunicacional y cuestiones relativas al régimen de bienes del matrimonio, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

- Haberse deducido dichas acciones conjuntamente con la demanda o con la reconvención, en su caso.
- No haberse deducido en forma previa a la solicitud de separación, en conformidad a las reglas generales.

⁸⁶ En el Boletín N° 1759-18 Op. Cit. se señala que dicha norma tuvo el *“fin de admitir que, una vez desechada la demanda por sentencia ejecutoriada, puedan ejercerse las acciones previstas en la nueva ley, sin perjuicio de la excepción de cosa juzgada que pudiere corresponder, esto es, que pueda intentarse por una causal distinta a la desechada”*.

2. Legislación procesal aplicable

En esta materia es preciso distinguir las siguientes situaciones:

- En caso de que exista solicitud conjunta de separación En caso de que, por existir cese de la convivencia entre ellos, los cónyuges soliciten conjuntamente la declaración de separación, el procedimiento se substanciará, según lo dispone la disposición segunda del artículo primero transitorio, conforme a las normas del Título I del Libro IV del Código de Procedimiento Civil, esto es, de los **actos judiciales no contenciosos**, debiendo el juez resolver con conocimiento de causa.

- En caso de que la separación sea solicitada por uno solo de los cónyuges. Si la separación judicial es demandada por uno solo de los cónyuges, el proceso se tramitará conforme a las reglas del **Juicio Ordinario Civil de Mayor Cuantía**, contemplado en el Libro II del Código de Procedimiento Civil, con las siguientes modificaciones:

- Si existieren conjuntamente a la demanda de separación, peticiones respecto de las materias del artículo 89 de la Ley de Matrimonio Civil, esto es, regulación de alimentos, cuidado personal de los hijos, régimen comunicacional o cuestiones relacionadas con el régimen de bienes del matrimonio, o bien por vía de reconvención, deberán tramitarse en forma incidental, en cuaderno separado, y ser resueltas en la sentencia definitiva. Así lo establece el N° 1 de la disposición tercera del artículo primero transitorio de la Ley de Matrimonio Civil. Recordemos que, según lo indicado anteriormente, para que el juez de letras en lo civil sea competente para conocer de estas materias es necesario que las acciones respectivas se hubieren deducido conjuntamente con la

demanda o con la reconvencción en su caso, no habiéndose deducido en forma previa a la solicitud de separación, en conformidad a las reglas generales.

- La demanda debe proveerse citando a las partes a una audiencia de conciliación. A esta audiencia de conciliación las partes deben comparecer personalmente, pudiendo el Tribunal disponer medidas de apremio conforme a lo previsto en el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, a fin de lograr la asistencia del cónyuge que no compareciere personalmente sin causa justificada. Estas medidas de apremio consisten en arresto hasta por quince días o multa proporcional, pudiendo el juez repetirlas hasta obtener la comparecencia de la parte respectiva. Si en la audiencia citada por el juez a las partes una vez deducida la demanda, no se lograre conciliación, y no se ordenare llevar a cabo un proceso de mediación, la contestación de la demanda y la reconvencción, en su caso, **se deberán deducir en forma oral, al término de dicha audiencia.**

- De conformidad al inciso primero del artículo 71 de la Ley de Matrimonio Civil, si ambas partes lo solicitaren, el juez ordenará llevar a cabo un proceso de mediación. Si dicho proceso se frustrare por no concurrencia de alguna de las partes a la sesión inicial sin justificar causa, habiendo sido citada por dos veces, la contestación de la demanda y la reconvencción, en su caso, **se deberán deducir por escrito dentro del plazo de diez días contados desde la notificación por cédula de la resolución que tiene por acompañada al proceso el acta de término de la mediación fracasada.** Así lo prescribe el inciso segundo del artículo 73 de la Ley de Matrimonio Civil. Esta misma regla se aplica si el mediador terminare la mediación por haber adquirido la convicción de que no se alcanzarán acuerdos. Por otra parte, si se declara terminada la mediación por no ser posible situar a las partes en un estado de igualdad para adoptar acuerdos, en los términos del artículo 74 inciso primero

de la Ley de Matrimonio Civil, la contestación de la demanda, o la reconvención, en su caso, **deberán deducirse por escrito dentro del plazo de los diez días siguientes a la fecha en que se practique la notificación por cédula, de la resolución que aprueba el acta de mediación en la cual no se obtuvo acuerdo.** Así lo dispone el inciso 2 del numeral 2 de la Disposición Tercera del artículo Primero Transitorio de la Ley de Matrimonio Civil.

- Las excepciones dilatorias deberán deducirse en la contestación de la demanda y se tramitarán junto a las demás excepciones en forma conjunta a la cuestión principal. Así lo expresa el N° 3 de la disposición tercera transitoria de la Ley de Matrimonio Civil.

- En caso de deducirse reconvención por la parte demandada, se dará traslado de ésta al demandante por el plazo de cinco días, en conformidad al N° 4 de la disposición tercera transitoria de la Ley de Matrimonio Civil.

- No procederán los trámites de réplica y dúplica, ni las disposiciones relativas a la conciliación contenidas en el Título II del Libro II del Código de Procedimiento Civil, según lo dispone el N° 5 de la disposición tercera transitoria de la Ley de Matrimonio Civil.

- La prueba, cuando haya lugar a ella, se rendirá en el plazo y en la forma establecida para los incidentes, según lo dispone el N° 6 de la disposición tercera del artículo primero transitorio de la ley, al hacer aplicable el artículo 686 del Código de Procedimiento Civil.

- Una vez vencido el término probatorio, el juez de inmediato citará a las partes para oír sentencia, por aplicación del artículo 687 del Código de

Procedimiento Civil, según lo establece el N° 6 de la disposición tercera del artículo primero transitorio de la Ley de Matrimonio Civil.

- La prueba confesional no será suficiente para acreditar la fecha de cese de la convivencia entre los cónyuges. Así lo dispone el N° 7 de la disposición tercera del artículo primero transitorio de la Ley de Matrimonio Civil.

- La prueba se apreciará en conformidad a las reglas de la sana crítica. Así lo dispone el número 9 de la disposición tercera del artículo primero transitorio de la Ley de Matrimonio Civil. Sin embargo, existen casos excepcionales en los cuales recibirá aplicación el sistema de la prueba legal. Estos casos son los siguientes:

- La prueba de la celebración del matrimonio debe ser acreditada siempre por la partida de matrimonio otorgada por el Registro Civil, manifestación del principio general consagrado en el artículo 1701 del Código Civil que establece que *“el acto solemne se prueba por su solemnidad”*.

- La fecha cierta del cese de la convivencia entre los cónyuges deberá ser acreditado por uno de los medios contemplados en los artículos 22 y 25 de la Ley de Matrimonio Civil. Cabe señalar que esta limitación recae sólo respecto de los cónyuges cuya convivencia haya cesado con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.947, puesto que para comprobar la fecha efectiva del cese de la convivencia entre los cónyuges producida con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Ley de Matrimonio Civil, es posible utilizar cualquier medio de prueba suficiente para formar la convicción del juez, a excepción de la prueba confesional. Sin embargo, el juez podrá estimar que el cese de la convivencia no se ha acreditado, si los medios de prueba aportados al proceso no le permiten formarse plena convicción sobre ese hecho.

- La apelación de la sentencia definitiva se concederá en ambos efectos sin esperar la comparecencia de las partes y gozará de preferencia para su vista. La apelación de las demás resoluciones que no sean sentencia definitiva se concederán sólo en el efecto devolutivo.

d. Procedimientos que se inicien con posterioridad a la instalación de los juzgados de familia o “Régimen Permanente”

A partir del establecimiento de los Tribunales de Familia, los juicios de separación judicial deberán someterse a las siguientes reglas:

1. Tribunal competente

Según lo dispuesto por el artículo 87 de la Ley de Matrimonio Civil será competente para conocer de la acción de separación, **el juzgado con competencia en materias de familia del domicilio del demandado**. Además, este mismo juzgado será competente para conocer de las materias a que se refiere el artículo 89 de dicha ley, esto es, régimen de alimentos, cuidado personal de los hijos, régimen comunicacional y cuestiones relativas al régimen de bienes del matrimonio, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

- Haberse deducido dichas acciones conjuntamente con la demanda o con la reconvención en su caso.
- No haberse deducido en forma previa a la solicitud de separación, en conformidad a las reglas generales.

2. Legislación procesal aplicable ante los Juzgados de Familia

Conforme a lo previsto en el artículo 85 de la Ley de Matrimonio Civil, la tramitación de la separación judicial se regirá por lo dispuesto en el Capítulo IX de ésta y en las demás leyes aplicables.

El artículo 88 de dicha ley dispone a su vez, que la tramitación de los juicios de separación se substanciará conforme al procedimiento que para tal efecto establezca la Ley sobre Juzgados de Familia.

La Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, en su título III, denominado “Del procedimiento”, regula el procedimiento aplicable ante los Juzgados de Familia, tanto el de carácter ordinario como los especiales. Sin embargo, para determinar el procedimiento aplicable en definitiva a los juicios de separación judicial una vez entrada en vigencia la Ley de Tribunales de Familia, es necesario conciliar las normas que al respecto disponen la Ley de Tribunales de Familia y la Nueva Ley de Matrimonio Civil.

2.1. Principios aplicables a los procedimientos seguidos ante Tribunales de Familia

En primer lugar, la Ley de Tribunales de Familia en el párrafo primero de su Título III, reglamenta los principios aplicables a los procedimientos seguidos ante Tribunales de Familia. Estos principios son los siguientes:

- **Oralidad**

Este principio, en virtud del cual todas las actuaciones procesales se realizan en forma verbal, tiene plena acogida desde que entró en vigencia la Ley de Tribunales de Familia, así se desprende del artículo 10 de la ley N° 19.968 al disponer que:

“Todas las actuaciones procesales serán orales, salvo las excepciones expresamente contenidas en esta ley”. Sin embargo, a fin de mantener la materialidad del proceso, “el juzgado deberá llevar un sistema de registro de las actuaciones orales. Dicho registro se efectuará por cualquier medio apto para

producir fe, que permita mantener la conservación y reproducción de su contenido”.

No obstante lo anterior el principio de la oralidad presenta las siguientes excepciones:

- La norma del inciso segundo del número dos de la disposición tercera del artículo primero transitorio de la Ley de Matrimonio Civil, al establecer que, si en conformidad a lo dispuesto por el artículo 73 inciso 2 de la ley se frustrare la mediación, por no concurrencia de alguna de las partes a la sesión inicial de mediación sin justificar causa, habiendo sido citada por dos veces, la contestación de la demanda y la reconvención, en su caso, **se deberán deducir por escrito dentro del plazo de diez días contados desde la notificación por cédula de la resolución que tiene por acompañada al proceso el acta de término de la mediación fracasada.** Esta misma regla se aplica si el mediador terminare la mediación por haber adquirido la convicción de que no se alcanzarán acuerdos. Por otra parte, si se declara terminada la mediación por no ser posible situar a las partes en un estado de igualdad para adoptar acuerdos, en los términos del artículo 74 inciso primero, la contestación de la demanda, o la reconvención, en su caso, **deberán deducirse por escrito dentro del plazo de los diez días siguientes a la fecha en que se practique la notificación por cédula, de la resolución que aprueba el acta de mediación en la cual no se obtuvo acuerdo.**

- Incidentes promovidos fuera de una audiencia, puesto que de conformidad al inciso segundo del artículo 26 de la Ley de Tribunales de Familia, deberán presentarse por escrito, pudiendo el juez resolverlos de plano, a menos que considere necesario oír a los demás interesados.

- Recurso de Apelación, el cual deberá deducirse por escrito, según lo dispone el numeral 3 del artículo 67 de la Ley de Tribunales de Familia.
- Recurso de Casación, en conformidad al numeral 6 del artículo 67 de la Ley N° 19.968.
- Informe pericial, el cual deberá entregarse por escrito a fin de ponerlo en conocimiento de la parte contraria, sin perjuicio de que el perito que evacuó el informe tiene la obligación de concurrir a declarar ante el juez acerca de ésta. Así se desprende de lo dispuesto por el artículo 46 de la Ley de Tribunales de Familia.

- **Concentración**

Este principio se encuentra consagrado tanto en la Ley de Matrimonio Civil como en la Ley de Tribunales de Familia.

La Ley de Matrimonio Civil dispone en el inciso primero de su artículo 89 que las acciones que tengan por objetivo regular el régimen de alimentos, el cuidado personal de los hijos, el régimen comunicacional del padre o madre que no tenga el cuidado personal de los hijos y las cuestiones relativas al régimen de bienes del matrimonio, que no se hubieren deducido en forma previa a la presentación de la demanda de separación, **deberán deducirse conjuntamente con ésta o por vía reconvencional, en su caso**, y resolverse tan pronto queden en estado.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 89 antes citado, hace aplicable la misma regla anterior, esto es, de solicitud conjunta a la demanda de separación, o bien por vía reconvencional, en caso que procediere, las peticiones destinadas a modificar el régimen de alimentos, el cuidado personal y/o la relación directa y regular que mantendrán con el padre o madre que no

los tenga bajo su cuidado, que hubieren sido determinados previamente. Cabe señalar que se excluyen expresamente de esta regla, las peticiones relativas al cumplimiento del régimen ya fijado sobre alimentos, cuidado personal de los hijos y régimen comunicacional de éstos con el padre o madre que no los tenga bajo su cuidado, al disponer el inciso final del artículo 89 que:

“El cumplimiento del régimen fijado previamente sobre dichas materias se tramitará conforma a las reglas generales”.

Por su parte, la Ley de Tribunales de Familia en su artículo 17, ubicado en el párrafo segundo que regula las reglas generales que rigen el procedimiento ante los juzgados de familia, consagra el principio de la “acumulación necesaria” al disponer que:

“Los jueces de familia conocerán conjuntamente, en un solo proceso, los distintos asuntos que una o ambas partes sometan a su consideración.”

Además agrega: *“La sentencia deberá pronunciarse sobre todas las cuestiones debatidas en el proceso”.*

Asimismo, el artículo 11 de la Ley de Tribunales de Familia, a fin de hacer efectiva esta acumulación de materias, establece lo siguiente:

“El procedimiento se desarrollará en audiencias continuas y podrá prolongarse en sesiones sucesivas, hasta su conclusión”.

No obstante, la ley concede al juez la posibilidad de *“suspender el desarrollo de la audiencia, hasta por dos veces solamente por razones de*

absoluta necesidad y por el tiempo mínimo necesario de acuerdo con el motivo de la suspensión”.

El profesor Pablo Rodríguez Grez vincula este principio con el que denomina “Principio de la solución integral”, en virtud del cual, una vez planteado el conflicto conyugal, cualquiera que haya sido su origen, los conflictos que se suscitan entre los cónyuges entre sí o respecto de sus hijos, deben ser resueltos en un solo acto o proceso, ya sea por los interesados, mediante el mecanismo de los acuerdos regulatorios, o a través del juez, en su caso. Además señala que la solución integral de los conflictos es importante puesto que la dispersión de estas materias o la omisión de algunas de ellas, puede causar a los cónyuges y a los hijos un daño importante si los acuerdos son contradictorios o bien no son capaces de cubrir toda la problemática que se origina a consecuencia de la crisis matrimonial.⁸⁷

- **Inmediación**

El principio de la inmediatez es aquel en virtud del cual el tribunal tiene un contacto directo con las partes, con el material mismo de la causa y con la prueba rendida en ella, sin que intervenga intermediario alguno. Existe una estrecha vinculación entre este principio y el de la oralidad, puesto que es en los procedimientos verbales donde normalmente se produce efectivamente esta directa vinculación del juez con las partes, el material de la causa y las pruebas aportadas por aquellas.⁸⁸

El principio de la inmediatez, gran innovación para nuestro sistema judicial en materia de familia, encuentra su consagración legal en el artículo 12 de la Ley de Tribunales de Familia que dispone lo siguiente:

⁸⁷ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. “Ley de Matrimonio Civil”. Artículo publicado en la página web del Colegio de Abogados de Chile A.G.

⁸⁸ MATORANA MIQUEL, CRISTIÁN. Disposiciones comunes a todo procedimiento. Apuntes de clases.

“Las audiencias y las diligencias de prueba se realizarán siempre con la presencia del juez, quedando prohibida, bajo sanción de nulidad, la delegación de funciones”.

Lo anterior, puesto que el juez debe formar su convicción *“sobre la base de las alegaciones y pruebas que personalmente haya recibido”.*

- **Actuación de Oficio**

La Ley de Tribunales de Familia impone al juez la obligación de, una vez promovido el proceso y en cualquier estado en que éste se encuentre, *“adoptar, de oficio, todas las medidas necesarias para llevarlo a término con la mayor celeridad”.* Así lo dispone el artículo 13 de la Ley de Tribunales de Familia. Es preciso destacar el carácter vinculante, y no facultativo de la disposición para el juez, puesto que la ley utiliza la voz *“deberá”* y no *“podrá”*.

Por su parte la Ley de Matrimonio Civil concede al juez las siguientes facultades:

1. Facultad para actuar de oficio, en cualquier estado del proceso, para adoptar medidas que tengan por objeto velar por el interés superior del niño, debiendo oírle cuando esté en condiciones de formarse un juicio propio, de acuerdo a su edad y grado de madurez, y solucionar de la mejor manera posible las rupturas o conflictos matrimoniales. Así lo disponen el inciso segundo y tercero del artículo 85 de la Ley de Matrimonio Civil.
2. Facultad del juez para decretar todas las medidas que a su juicio sean necesarias a fin de garantizar el adecuado desarrollo de la audiencia de juicio, según lo dispone el N° 4 del artículo 63 de la Ley de Tribunales de Familia.

3. Facultad del juez para instar a las partes a llegar a acuerdo respecto de las materias contempladas en el inciso segundo del artículo 67 de la Ley de Tribunales de Familia, esto es, régimen de alimentos respecto de los cónyuges entre sí o respecto de sus hijos, cuidado personal de los hijos, régimen comunicacional y ejercicio de la patria potestad, aún cuando su regulación no haya sido expresamente solicitadas por las partes. Así lo establece al artículo 90 de la Ley de Matrimonio Civil.

- **Colaboración**

En concordancia con el espíritu de la reforma judicial en materia de Derecho de Familia, se consagra este “Principio de la Colaboración “, en virtud del cual, ya sea durante la tramitación del proceso, como en la resolución del conflicto, se buscarán aquellas alternativas tendientes a disminuir la confrontación entre las partes, privilegiando, en cambio, las soluciones libremente acordadas por ellas. Así lo dispone el artículo 14 de la Ley de Tribunales de Familia.

Manifestaciones de este principio son: el llamado a conciliación obligatorio, así lo dispone el inciso primero del artículo 67 de la Ley de Matrimonio Civil al señalar expresamente que en los juicios de separación, el juez tendrá la obligación de llamar a las partes a una audiencia de conciliación y la posibilidad de someter el conflicto a mediación, procedimiento regulado en el artículo 71 y siguientes de la Ley de Matrimonio Civil y en el artículo 103 y siguientes de la Ley de Tribunales de Familia.

- **Protección de la Intimidad**

El artículo 15 de la Ley de Tribunales de Familia consagra este principio según el cual *“el juez deberá velar durante todo el proceso por el respeto al derecho a la intimidad de las partes y especialmente, de los niños, niñas y adolescentes”*.

Es así como para el cumplimiento de ese fin se le concede la facultad de *“prohibir la difusión de datos o imágenes referidos al proceso o a las partes; o disponer, mediante resolución fundada, que todas o algunas de las actuaciones del procedimiento se realicen en forma reservada”*.

Por su parte, el artículo 86 de la Ley de Matrimonio Civil establece: *“El proceso será reservado, a menos que el juez fundadamente y a petición expresa de los cónyuges, resuelva lo contrario”*.

Del texto de la norma citada se desprende que para que el juicio de separación deje de tener carácter de reservado, se deben cumplir las siguientes condiciones:

- Solicitud de ambos cónyuges, la que además debe ser “expresa”, esto es, debe efectuarse en términos formales y explícitos, “conjunta”, puesto que se requiere la concurrencia de la voluntad de ambos cónyuges en orden a excluir la reserva del proceso; y
- Decisión del Tribunal competente, la que deberá ser “fundada”.

Cabe señalar que este principio de la Protección de la Intimidad o “Principio de Reserva”, no es ajeno en nuestra legislación en materia de derecho de familia, puesto que antes de la entrada en vigencia de la Ley de

Matrimonio Civil el juez de menores podía decretar, por motivos fundados, que un juicio sometido a su conocimiento, tuviera el carácter de reservado.

- **Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído**

Este principio constituye un principio rector en materia de derecho de familia, que en nuestra legislación, además de encontrarse consagrado constitucionalmente por aplicación del artículo 5 de la Constitución Política de la República, al haber suscrito Chile la Convención de los Derechos del Niño, se encuentra expresamente consagrado en el Código Civil, en la Ley de Matrimonio Civil y en la Ley de Tribunales de Familia.

Es así como el inciso segundo del artículo 222 del Código Civil dispone que:

“La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”.

A su vez, la Ley de Tribunales de Familia presenta, entre sus objetivos, el de *“garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías”.*

Finalmente, este principio, inspirador de gran parte de las disposiciones de la Ley de Matrimonio Civil, se encuentra expresamente consagrado como principio general de ésta, en el inciso primero del artículo tercero de la ley, al señalar que:

“Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos...”

Manifestación expresa de este principio lo constituye el inciso segundo del artículo 85, al establecer que:

“Cuando existieren menores de edad comprometidos, el juez deberá considerar especialmente el interés superior del niño”.

En cumplimiento de lo anterior, en aquellos juicios de separación en los que hubiere menores de edad comprometidos, surge la obligación del juez de oír a *“...a aquel que esté en condiciones de formarse un juicio propio, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez, al resolver todos los asuntos relacionados con su persona o sus bienes”.*

A fin de dar cumplimiento a este deber, el inciso tercero del artículo 85 de la Ley de Matrimonio Civil faculta expresamente al juez para que, en cualquier momento, pueda:

“... adoptar de oficio las medidas que crea convenientes para el cumplimiento de lo anterior.”

2.2. Reglas generales aplicables a los juicios tramitados ante los Juzgados de familia

La Ley de Tribunales de Familia establece, en el párrafo II de su Título III, una serie de reglas generales aplicables a los juicios tramitados ante ellos. Estas reglas son las siguientes:

1. Acumulación necesaria.
2. Comparecencia en juicio.
3. Representación.
4. Suspensión de la audiencia.
5. Abandono del procedimiento.
6. Notificaciones.
7. Extensión de la competencia territorial.
8. Nulidad procesal.
9. Incidentes.
10. Normas supletorias.

2.3. Tramitación del juicio de Separación Judicial

El artículo 55 de la Ley de Tribunales de Familia ubicado en el párrafo cuarto de ella, regula el procedimiento ordinario ante los Juzgados de Familia, disponiendo que dicho procedimiento será aplicable a todos los asuntos contenciosos cuyo conocimiento corresponda a los Juzgados de Familia y que no tengan señalado otro distinto en dicha ley o en otras.

A falta de norma especial que haga aplicable otro procedimiento a los juicios de separación, pasamos a ocuparnos del **procedimiento ordinario** ante los Juzgados de Familia:

- Presentación de la demanda

Con la presentación de la demanda se dará inicio al juicio de separación, sin perjuicio de que éste pueda comenzar además por la solicitud de aplicación de una medida de protección a favor de un niño, niña o adolescente, por demanda de Violencia Intrafamiliar, o bien por vía reconvenicional en el procedimiento judicial que se substancie para regular las relaciones mutuas entre los cónyuges, como los alimentos que se deban, los bienes familiares o las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio; o las relaciones respecto de los hijos, como los alimentos, el cuidado personal o el régimen comunicacional del padre o madre que no los tuviere bajo su cuidado.

La demanda se podrá presentar en forma verbal o por escrito. Así lo dispone el artículo 56 de la Ley de Tribunales de Familia, y agrega que, si la demanda es oral, *“el funcionario del tribunal que corresponda procederá a poner por escrito los términos de la pretensión en acta que levantará al efecto, la que será suscrita por la parte, previa lectura de la misma”*.

- Citación a las partes a audiencia preparatoria

Una vez recibida la demanda por el tribunal, éste procederá a dictar una resolución citando a las partes a una audiencia preparatoria a realizarse *“en el más breve plazo posible”*.

A fin de precaver que las partes no hayan sido oportunamente notificadas para la audiencia preparatoria, esto es, con una anticipación mínima de diez días, el tribunal fijará dos fechas distintas para su celebración.

Así lo establece el artículo 59 de la Ley de Tribunales Familia.

- Celebración de la audiencia preparatoria

La comparecencia de las partes a esta audiencia, según lo indicado en el inciso primero del artículo 60 de la Ley de Tribunales de Familia, deberá ser en forma **personal**, sin perjuicio de que si alguna de ellas, o ambas, cuenta con el patrocinio de abogado habilitado, podrá asistir a la audiencia acompañada de sus patrocinantes y apoderados. El inciso segundo del artículo 60 de la Ley N° 19.968 faculta al juez para que, excepcionalmente y por resolución fundada, exima a alguna de las partes de comparecer personalmente.

La audiencia preparatoria tiene por objeto:

1. Que el demandante ratifique en forma verbal el contenido de la demanda.
2. Que el demandado proceda a contestar la demanda en forma oral, a menos que lo hubiere hecho por escrito, para lo cual tiene plazo hasta la víspera de la audiencia. En este último caso, procederá a ratificarla oralmente en la audiencia preparatoria.
3. Que, en caso de que el demandado hubiere deducido demanda reconvenzional, el demandante proceda a contestarla, para lo cual el Tribunal le concederá traslado, a menos que opte por solicitar la suspensión de la audiencia, para contestar en un plazo mayor. Dicha suspensión se podrá decretar hasta por diez días, debiendo el juez proceder a fijar de inmediato nuevo día y hora para la continuación de la audiencia. (Artículo 61 en relación al artículo 58 de la Ley de Tribunales de Familia). Se debe tener presente que el demandado que desee reconvenir tiene dos vías de hacerlo: **por escrito**, conjuntamente con la contestación de la demanda, a más tardar con tres días de antelación a la fecha fijada para la celebración de la audiencia preparatoria, **o bien oralmente**, en la audiencia preparatoria, inmediatamente después de contestar la demanda. Cabe señalar que la demanda reconvenzional deberá

cumplir con los mismos requisitos de la demanda principal. Así lo dispone expresamente el artículo 58 de la Ley N° 19.968. Las excepciones que opusieren el demandado y el demandante en su contestación de la demanda principal y reconvencional, respectivamente, se tramitarán conjuntamente y se fallarán en la sentencia definitiva. Sin embargo, respecto de las excepciones de incompetencia del Tribunal, de falta de capacidad o personería, de las que se refieran a la corrección del procedimiento y de prescripción, el juez se pronunciará inmediatamente después de evacuado el traslado bajo la condición de que *“aparezcan manifiestamente admisibles”*. Así lo establece el artículo 61 inciso 1 de la Ley de Tribunales de Familia.

4. Decretar las medidas cautelares que sean procedentes, ya sea de oficio o a petición de partes. En el caso de que se hubieren decretado con anterioridad, el tribunal deberá pronunciarse sobre su mantención, en conformidad a lo establecido en el N° 3 del artículo 51 de la Ley de Tribunales de Familia.

5. Promover la sujeción del conflicto al proceso de mediación familiar regulado en el Título V de la Ley N° 19.968, ya sea de oficio por el Tribunal o a petición de parte. En caso de que las partes decidan someterse a dicho proceso, se suspenderá el procedimiento judicial, en espera del resultado de la mediación. Así lo dispone el N° 4 del artículo 58 de la Ley de Tribunales de Familia.

6. Que el tribunal proponga a las partes bases de arreglo a fin de obtener la conciliación total o parcial. Así lo establece el N° 5 del artículo 58 de la Ley N° 19.968.

En caso de que no se produzca durante la audiencia preparatoria una solución alternativa del conflicto, el Tribunal procederá a:

- Determinar el objeto del juicio, en base a la o las demandas que se hubieren deducido y la o las contestaciones efectuadas.
- Fijar los hechos que deben ser probados por las partes.
- Definir las convenciones probatorias que las partes hayan acordado.
- Determinar las pruebas que deberán rendirse según la propuesta de las partes.
- Disponer la práctica de las diligencias probatorias que estime necesarias.
- Recibir la prueba que se encuentra en condiciones de ser rendida en ese momento.
- Fijar la fecha de la audiencia de juicio. Esta nueva audiencia deberá realizarse dentro del plazo de **treinta días contados desde la celebración de la audiencia preparatoria**, entendiéndose las partes citadas a ella *“por el solo ministerio de la ley”*, y les será aplicable lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 59 de la Ley de Tribunales de Familia, esto es, se les hará saber que la audiencia se celebrará con las partes que asistan, afectándole a la que no concurra, todas las resoluciones que se dicten en ella, in necesidad de notificación posterior.

A fin de dar cumplimiento a lo anterior, el Tribunal procederá a dictar una resolución la que deberá contener las siguientes menciones:

1. La o las demandas que deban ser conocidas en el juicio
2. La o las contestaciones que se hubieren deducido.
3. Los hechos que se dieren por acreditados por las partes a través del mecanismo de las convenciones probatorias.
4. Las pruebas que deberán rendirse en el juicio.

5. La individualización de quienes deberán ser citados a la audiencia respectiva.

- Celebración de la audiencia de juicio.

Según lo dispuesto en el inciso primero del artículo 63 de la Ley de Tribunales de Familia, el objetivo de la audiencia de juicio es **“recibir la prueba admitida por el tribunal y la decretada por éste”**. *Agrega dicho inciso que “La audiencia se llevará a efecto en un solo acto, pudiendo prolongarse en sesiones sucesivas si fuere necesario”.*

Llegado el día y hora fijados para la celebración de la audiencia de juicio, *“el juez de familia se constituirá, con la asistencia del demandante y el demandado, asistidos por letrados cuando corresponda”*. Una vez iniciada ésta, el juez se dirigirá a las partes y les señalará el objetivo de la audiencia, advirtiéndoles que *“deben estar atentas a todo lo que se expondrá en el juicio”*.

A su vez, en caso de que hubiere personas citadas para declarar en el juicio, el juez procederá a verificar que se encuentren presentes y dispondrá que hagan abandono de la sala de audiencia. Lo mismo se aplicará respecto de los peritos que hubieren concurrido.

Además, el juez se encuentra especialmente facultado, según lo dispone el N° 4 del artículo 63 de la Ley N° 19.968 para decretar todas las medidas que a su juicio sean necesarias a fin de garantizar el adecuado desarrollo de la audiencia, para lo cual podrá disponer que uno o más miembros del consejo técnico se encuentren presentes durante ésta o que, en interés superior del niño, niña o adolescente, éste u otro miembro del grupo familiar se ausente durante de determinadas actuaciones.

En relación a la producción de la prueba, el artículo 64 de la Ley de Tribunales de Familia establece que ésta se rendirá *“de acuerdo al orden que fijen las partes, comenzando por la del demandante”*. Una vez rendida la prueba presentada por las partes, se rendirá la prueba decretada por el juez. Previa a su declaración, los testigos y peritos serán identificados por el juez, quien procederá a tomarles el juramento o la promesa, en su caso, de decir verdad. Posteriormente, deberán ser interrogados por las partes, comenzando por la que los presenta. Respecto de los peritos, en primer lugar, deberán exponer en forma breve el contenido y las conclusiones de su informe, luego de lo cual podrán ser interrogados por las partes.

Después de que los testigos y peritos hayan sido interrogados por ambas partes, el juez podrá efectuarles preguntas a fin de esclarecer o adicionar sus dichos. Lo mismo se aplicará respecto de las partes que hubieren declarado. En el evento de que se rinda prueba documental, ésta será exhibida y leída durante el debate, indicándose su origen. Esta misma norma se aplicará en caso de haberse rendido prueba pericial.

En relación a las grabaciones, a los elementos de prueba audiovisuales, computacionales o cualquier otro de carácter electrónico, que sea *“apto para producir fe”*, serán reproducidos en la audiencia por cualquier medio idóneo para su percepción por los asistentes a la audiencia.

Una vez rendida la prueba, el juez tiene la facultad de solicitar a un miembro del consejo técnico que emita su opinión, dentro del ámbito de su especialidad, respecto de ésta.

En último término, las partes formularán, en forma oral y concisa, las observaciones que les merezca la prueba rendida y la opinión del miembro del consejo técnico, señalando además, en forma precisa y concreta, sus propias

conclusiones. Cada parte tendrá derecho además a replicar respecto de las conclusiones formuladas por su contraria.

- Sentencia

A ella se refiere el artículo 65 de la Ley de Tribunales de Familia, y dispone que: *“Una vez concluido el debate, el juez comunicará de inmediato su resolución, indicando los fundamentos principales tomados en consideración para dictarla”*. Por su parte, el artículo 32 de la Ley de Tribunales de Familia al tratar de la valoración de la prueba, señala en su inciso primero, última parte que, *“La sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación, de toda la prueba rendida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso, las razones tenidas en cuenta para hacerlo”*.

La valoración de la prueba se hará por el juez en conformidad a las reglas de la sana crítica, no pudiendo contradecir, en consecuencia, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Por su parte, al valorar la prueba, el juez deberá indicar todos los medios de prueba por medio de los cuales se hubieren acreditado cada uno de los hechos alegados durante el juicio, a fin de que la sentencia contenga el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que se llegare en ella. Así lo dispone el inciso final del artículo 32 de la Ley N° 19.968

- Recursos.

Según lo dispone el artículo 67 Ley de Tribunales de Familia, las resoluciones dictadas por los tribunales de familia podrán ser impugnadas a través de los recursos y en la forma establecida en el Código de Procedimiento Civil, *“siempre que ello no resulte incompatible con los principios del procedimiento que establece la presente ley”*.

Respecto de las resoluciones judiciales dictadas en los juicios de separación, son procedentes los siguientes recursos:

1. Reposición

La solicitud de reposición deberá ser presentada dentro de tercero día de notificada la resolución, salvo que exista una audiencia fijada dentro de dicho plazo. En tal caso, la reposición se deberá interponer y ser resuelta durante ella. Si se tratare de la reposición en contra de una resolución dictada durante una audiencia, se deberá interponer y resolver en el acto.

2. Apelación

El recurso de apelación será procedente siempre que se trate de una sentencia definitiva de primera instancia, de una resolución que ponga término al procedimiento o haga imposible su continuación o de una resolución que se pronuncie sobre medidas cautelares. Deberá deducirse por escrito y se concederá en ambos efectos. El tribunal de segunda instancia deberá conocer y fallar la apelación sin esperar la comparecencia de las partes, las que se entenderán citadas por el solo ministerio de la ley a la audiencia en que se conozca y falle el recurso. Se faculta a los abogados de las partes para que, una vez efectuada la relación, dividan el tiempo de sus alegatos para replicar al de la otra parte.

3. Casación en la forma

Será procedente el recurso de casación en la forma establecido en el artículo 766 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, sólo en contra de las sentencias definitivas de primera instancia y de las interlocutorias de primera instancia que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación. Este recurso podrá fundarse únicamente en alguna de las siguientes causales:

- En haber sido la sentencia pronunciada por un tribunal incompetente o integrado en contravención a lo dispuesto por la ley.

- En haber sido pronunciada por un juez o con la concurrencia de un juez, o con la concurrencia de un juez legalmente implicado, o cuya recusación esté pendiente o haya sido declarada por tribunal competente.

- En haber sido dada ultra petita, esto es, otorgando más de lo pedido por las partes, o extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, sin perjuicio de la facultad que éste tenga para fallar de oficio en los casos determinados por la ley.

- En haber sido dada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, siempre que ésta se haya alegado oportunamente en el juicio.

- En contener decisiones contradictorias.

- En haberse faltado a algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad.

- En haber sido pronunciada la sentencia definitiva con omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el artículo 66 de la Ley N° 19.947. Dichos requisitos son los siguientes:

- Lugar y fecha en que se dicta la sentencia.
- Individualización completa de las partes litigantes.
- Síntesis de los hechos y de las alegaciones de las partes.

- Análisis de la prueba rendida, los hechos que el juez estime probados y el razonamiento que conduce a esa conclusión.
- Las razones legales y doctrinarias que sirvieran para fundar el fallo.
- La resolución de las cuestiones sometidas a la decisión del juzgado.
- Pronunciamiento sobre pago de costas y, en su caso, los motivos que tuviere el juzgado para absolver de su pago a la parte vencida.

Se entenderá cumplida la exigencia de patrocinio de los recursos de casación, tanto en la forma como en el fondo, prevista en el inciso final del artículo 772 del Código de Procedimiento Civil, por la sola circunstancia de interponerlos el abogado que patrocine la causa.

El artículo 92 de la Ley de Matrimonio Civil dispone que en el caso de que la sentencia dictada por el juez diere lugar a la separación de los cónyuges y no fuere apelada, *“deberá elevarse en consulta al Tribunal superior, y si el estima dudosa la legalidad del fallo consultado, retendrá el conocimiento del asunto y procederá como si se hubiera interpuesto apelación en su oportunidad. En caso contrario, aprobará la sentencia”*.

4. CONCILIACION

El inciso primero del artículo 67 de la Ley de Matrimonio Civil consagra expresamente, respecto de los juicios de separación y divorcio, el trámite de la conciliación obligatoria, al disponer que una vez presentada la demanda de separación o de divorcio, *“... el juez deberá llamar a las partes a una audiencia especial, con el propósito de examinar las condiciones que contribuirían a superar el conflicto de la convivencia conyugal y verificar la disposición de las partes para hacer posible la conservación del vínculo matrimonial”*.

Según dispone expresamente el artículo 67 antes citado, este llamado a conciliación procede tanto cuando la demanda de separación es presentada directamente, o bien en conformidad al artículo 29 de dicha ley, esto es:

- En el procedimiento judicial que se substancie para regular las relaciones mutuas de los cónyuges, como los alimentos que se deban, los bienes familiares, o las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio.
- En el procedimiento judicial que se substancie para regular las relaciones respecto de los hijos, como los alimentos que se deban, el cuidado personal de los hijos y el régimen comunicacional de éstos con el padre o madre que no los tenga bajo su cuidado.
- En el procedimiento judicial iniciado por denuncia por violencia intrafamiliar producida entre los cónyuges o entre alguno de éstos y los hijos.

Esta audiencia de conciliación citada por el juez, tiene por objetivo general, según lo dispone el artículo 67 de la Ley de Matrimonio Civil, estudiar las condiciones que podrían contribuir a la superación del conflicto de la convivencia matrimonial por parte de los cónyuges y verificar la disposición de éstos en orden a mantener el vínculo conyugal.

Además, en forma especial, cuando sea procedente, la conciliación tendrá por objeto acordar las medidas tendientes a regular:

- el régimen de alimentos entre los cónyuges
- el régimen de alimentos respecto de los hijos
- el cuidado personal de los hijos
- la relación directa y regular que mantendrá con los hijos el padre o la madre que no los tenga bajo su cuidado; y
- el ejercicio de la patria potestad

Así lo dispone el inciso segundo del artículo 67 de la Ley de Matrimonio Civil.

En relación a este objetivo especial, se debe tener presente la norma del artículo 90 de la Ley de Matrimonio Civil, en virtud de la cual las materias antes indicadas serán sometidas a conciliación por parte del juez, aún cuando no se hubiere solicitado a éste pronunciarse sobre ellas, ya sea en forma conjunta a la demanda de separación o por vía reconvenzional.

A la audiencia de conciliación las partes deberán comparecer personalmente. Así se desprende también del texto del artículo 60 de la Ley de Tribunales de Familia.

A fin de asegurar esta comparecencia personal, el juez está facultado para decretar las medidas de apremio contenidas en el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, esto es, arresto hasta por quince días o multa proporcional, pudiendo repetir estas medidas. Esto, siempre que alguno de los cónyuges no haya comparecido a la audiencia fijada, sin tener causa justificada.

Una vez que ambas partes concurren a la audiencia decretada, el juez, en conformidad al artículo 69 de la Ley de Matrimonio Civil “... *instará a las partes a conciliación y les propondrá personalmente bases de arreglo, procurando ajustar las expectativas de cada una de las partes*”.

En la audiencia de conciliación puede ocurrir que:

- Las partes lleguen a acuerdo, siendo este acuerdo “completo” y “suficiente” en los términos del inciso segundo del artículo 27 de la Ley de Matrimonio Civil. En este caso, deberá levantarse un acta que deberá ser firmada por el juez, las partes y el secretario, la cual pasará a tener el valor de sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales.
- Las partes no alcanzaren acuerdo o bien llegaren a un acuerdo que no sea “completo” y “suficiente” en los términos del inciso segundo del artículo 27 de la Ley de Matrimonio Civil. En este caso el juez, según lo expresa el artículo 70 de la Ley de Matrimonio Civil:

“ ... *exhortará a los cónyuges a perseverar en la búsqueda de consenso*”. Con este fin, el juez “*les hará saber la posibilidad de someterse voluntariamente al procedimiento de mediación*”.

Finalmente, el artículo 70 de la Ley de Matrimonio Civil obliga al juez a pronunciarse respecto de las medidas que se adoptarán en forma provisional respecto de las materias indicadas en el inciso segundo del artículo 67 de la Ley de Matrimonio Civil, antes analizadas.

5. MEDIACIÓN

La mediación es un medio autocompositivo de carácter extrajudicial, bilateral y asistido, que tiene por objeto precaver un litigio eventual o poner término a un litigio pendiente.

Constituye un procedimiento no adversarial en el cual un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un acuerdo mutuamente aceptable.

En la mediación estamos frente a un tercero aceptado por las partes, imparcial, que carece de poder de decisión, pero que, por otra parte, tiene facultades para guiar a las partes para que ellas, en forma voluntaria, determinen las condiciones bajo las cuales podrían celebrar un acuerdo que ponga término a un conflicto.

5.1. Características del proceso de mediación

La mediación presenta las siguientes características:

a. Puede ser establecida en forma voluntaria, obligatoria u optativa

Es voluntaria cuando ambas partes, de común acuerdo, deciden someterse al procedimiento de mediación, sin que exista norma alguna que los obligue a ello. Es obligatorio, cuando las partes son compelidas a someterse a él en virtud de una disposición legal. Es el caso de la República Argentina, puesto que la Ley N° 24.573 establece la mediación previa y obligatoria a todo juicio, con algunas excepciones. Por último, la mediación será optativa, cuando la decisión de una de las partes de acudir a la mediación, obliga a la otra, a someterse a ella.

Cabe señalar que esta distinción atiende sólo al origen del procedimiento de mediación, de modo que una vez que las partes se encuentran sometidas a él, la permanencia dentro del proceso es totalmente voluntaria para ellas, pudiendo cualquiera de ellas sustraerse de la mediación.

b. Es un método autocompositivo de solución de conflictos

Lo que se busca es que sean las propias partes, asistidas por un tercero, quienes determinen en forma voluntaria las condiciones que les permitan llegar a un acuerdo a fin de precaver un litigio eventual o poner término a uno pendiente.

c. Es un método autocompositivo de solución asistida

Se contempla la intervención de un tercero neutral, denominado mediador, que cumple la función de asesorar a las partes en la búsqueda de las condiciones bajo las cuales puedan llegar a un acuerdo. Cabe señalar que el mediador carece de facultad de decisión, puesto que son las partes, por sí mismas, quienes ponen término al conflicto, asesoradas por el mediador, quien deberá facilitar la comunicación entre ellas, pudiendo proponerles bases de arreglo.

d. Es un procedimiento confidencial, tanto para las partes como para los mediadores

e. Es un procedimiento que reviste una informalidad relativa y flexible

Carece de etapas preestablecidas, teniendo el mediador plena libertad para convenir con las partes las diversas etapas que debe contemplar el proceso. Así se desprende de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 75

de la Ley de Matrimonio Civil al señalar que durante el plazo legal establecido para el desarrollo de la mediación, podrán celebrarse todas las sesiones que el mediador y las partes estimen necesarias, en las fechas que de común acuerdo se determinen, pudiendo citarse a las partes por separado.

5.2. Regulación del proceso de mediación

En materias de familia, el proceso de mediación se encuentra regulado en la Ley de Matrimonio Civil y en la Ley de Tribunales de Familia. La Ley de Matrimonio Civil la trata en el Párrafo 3º de su capítulo VII denominado *“De las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio”*, mientras que La Ley de Tribunales de Familia se refiere a ella en su Título V, denominado *“De la Mediación Familiar”*, a partir del artículo 103, el que define la mediación señalando que para los efectos de esa ley, *“se entiende por mediación aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos.”*

5.2.1 Procedencia de la mediación en los juicios sobre separación

Podrán ser sometidas a mediación, según lo dispone el inciso primero del artículo 104 de la Ley N° 19.968, todas las materias que sean de competencia de los Tribunales de Familia, a excepción de las señaladas en el inciso final de dicho artículo. Las materias señaladas en dicho inciso dicen relación con: asuntos relativos al estado civil de las personas, **salvo en los casos contemplados por la Ley de Matrimonio Civil**; la declaración de interdicción, las causas sobre maltrato de niños, niñas o adolescentes; y los procedimientos regulados en la Ley N° 19.620 sobre Adopción.

En conformidad al artículo 71 de la Ley de Matrimonio Civil el juez, dentro del proceso de separación, dispondrá someter el asunto a mediación en los siguientes casos:

- Si ambos cónyuges así lo solicitaren.
- Cuando no se haya producido conciliación completa y suficiente entre los cónyuges en los términos del artículo 27, a menos de tener la convicción de que a través de la mediación los cónyuges no lograrán esa finalidad.

En este último caso, la decisión de someter el asunto a mediación será adoptada por el juez una vez finalizada la audiencia preparatoria, dejando citados a los cónyuges para que el día y hora fijados concurren al tribunal a fin de proceder a la designación del mediador.

Por su parte, el inciso cuarto del artículo 105 de la Ley de Tribunales de Familia dispone que el juez podrá disponer la mediación, **a solicitud de ambas partes**, una vez acogida a tramitación la acción judicial, y hasta cinco días antes de la celebración de la audiencia de juicio.

5.2.2. Designación del mediador

El inciso tercero del artículo 71 de la Ley de Matrimonio Civil establece que con el objeto de proceder a designar a la persona del mediador, el juez ordenará que se informe a las partes sobre la nómina de mediadores que, de acuerdo al Registro de Mediadores, se encuentren habilitados para actuar dentro del territorio jurisdiccional del Tribunal, debiendo indicarse además, si sus servicios tendrán el carácter de gratuito o remunerado.

5.2.3. Mediación previa a la interposición de la acción de separación

El artículo 105 de la Ley de Tribunales de Familia establece una norma sin precedentes en nuestro sistema jurídico al consagrar la posibilidad de los cónyuges de someter el asunto controvertido a mediación, aún antes de que el juez acoja a tramitación la demanda respectiva. Para estos efectos, al interponerse una acción judicial que sea susceptible de mediación, como es el caso de la acción de separación, el juez de familia ordenará que un funcionario especialmente calificado instruya al demandante sobre la alternativa de asistir a ella. En el evento de que el actor manifestare su acuerdo, el tribunal procederá a notificar a la contraparte para que, dentro del plazo de diez días de notificada, concorra a manifestar su voluntad de aceptar la mediación, o de rechazarla.

De aceptar la contraparte someter el asunto a mediación, se procederá a designar la persona encargada de guiarla, para lo cual podrán, de común acuerdo, proponer al tribunal el nombramiento del mediador que elijan de entre los contenidos en el registro. Si no hay acuerdo de las partes en relación a la designación del mediador, o éstas decidieren dejar dicha materia a la decisión del juez, éste procederá a designar al mediador mediante un mecanismo aleatorio, de entre quienes figuren en el Registro de Mediadores. Respecto de la designación efectuada por el Tribunal, no será procedente recurso alguno. Sin embargo, la designación recaída en el curador, pariente, por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y hasta el cuarto grado en la línea colateral, de cualquiera de las partes, o de quien hubiere prestado servicios profesionales a cualquiera de ellos con anterioridad, deberá revocarse, debiendo efectuarse una nueva designación. Así lo disponen los incisos tercero y quinto del artículo 105 de la Ley de Tribunales de Familia.

Por su parte, los incisos primero y segundo del artículo 72 de la Ley de Matrimonio Civil también se refieren a esta materia, regulando, casi en los mismos términos que la Ley N° 19.968, la designación de la persona del mediador. Sin embargo, el inciso primero del artículo 72 de la Ley N° 19.947 agrega que el juez, para designar el mediador de entre quienes figuren en el registro respectivo, deberá considerar los intereses comunes que hubieren manifestado los cónyuges y el número de casos pendientes que tengan los mediadores. Además, el inciso segundo del artículo 72 de la Ley de Matrimonio Civil establece que no se revocará la designación recaída en el curador, pariente, por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y hasta el cuarto grado en la línea colateral, de cualquiera de las partes, o de quien hubiere prestado servicios profesionales a cualquiera de ellos con anterioridad, si existiere acuerdo expreso de las partes en contrario.

Una vez designada la persona del mediador, se suspenderá el procedimiento, en espera del resultado de la mediación, sin perjuicio de que el juez pueda decretar las medidas cautelares que estime procedentes, según se desprende de lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 105 de la Ley de Tribunales de Familia.

En el evento de que la acción interpuesta no fuere susceptible de mediación, o bien ésta fuere rechazada por una de las partes, el juez acogerá a tramitación la demanda interpuesta, conforme al procedimiento que corresponda. Así lo establece el inciso final del artículo 105 de la Ley de Tribunales de Familia.

5.2.4. Principios de la mediación

Los principios que rigen el procedimiento de mediación se encuentran consagrados en el artículo 106 de la Ley de Tribunales de Familia y en el artículo 74 de la Ley de Matrimonio Civil, y son los siguientes:

a. Igualdad entre las partes

Disponen el inciso primero del artículo 106 de la Ley de Tribunales de Familia y el inciso primero del artículo 74 de la Ley de Matrimonio Civil, que el mediador se cerciorará de que los participantes se encuentren en igualdad de condiciones para adoptar acuerdos. En caso de que no fuere así, deberá proponer o adoptar, según corresponda, las medidas necesarias para que obtengan ese equilibrio. Si esto no es posible, declarará terminada la mediación. El inciso segundo del artículo 74 de la Ley de Matrimonio Civil por su parte, establece una presunción de desigualdad de condiciones entre los cónyuges si uno de ellos hubiere sido objeto de violencia intrafamiliar por parte del otro.

b. Interés superior del niño, niña o adolescente

El inciso segundo del artículo 106 de la Ley de Tribunales de Familia y el inciso tercero del artículo 74 de la Ley de Matrimonio Civil dispone que el juez velará porque en el curso de la mediación, se tome en consideración el interés superior del niño, niña o adolescente, si los hubiere, como también el interés de los terceros que no hubieren sido citados a la audiencia, a quienes también podrá citar” *con las mismas formalidades que a los cónyuges.*

c. Reserva

Disponen los incisos finales del artículo 106 de la Ley de Tribunales de Familia y del 74 de la Ley de Matrimonio Civil que el mediador *deberá guardar reserva de todo lo escuchado o visto durante el proceso de mediación* “. A fin de garantizar esta obligación, estará amparado por el secreto profesional, estando además la violación a dicha reserva, sancionada con la pena prevista en el artículo 247 del Código Penal.

5.2.5. Duración de la mediación

El artículo 108 de la Ley de Tribunales de Familia y el artículo 75 de la Ley de Matrimonio Civil se refieren a este tema. En ambas normas se señala que el proceso de mediación no podrá durar más de **sesenta días**, sin embargo, la Ley de Tribunales de Familia dispone que ese plazo se cuenta desde *“que se haya iniciado la sesión inicial de mediación”*, mientras que la Ley de Matrimonio Civil establece que los sesenta días se cuentan desde *“que el mediador haya recibido la comunicación del Tribunal que le informa su designación”*.

En ambas normas se faculta a los cónyuges para que, de común acuerdo, soliciten la ampliación de dicho plazo hasta por sesenta días. Mientras el plazo de la mediación se encuentre vigente, podrán celebrarse todas las sesiones que el mediador y las partes estimen necesarias, en las fechas que de común acuerdo se determinen, pudiendo citarse a los participantes por separado.

5.2.6. Realización de la mediación

Una vez designado el mediador, éste procederá a citar a una sesión inicial de mediación.

Dispone el inciso primero del artículo 73 la Ley de Matrimonio Civil que a dicha audiencia, *“el juez citará a los cónyuges, por carta certificada, para que concurran personalmente”*. Por su parte, el inciso primero del artículo 107 de la Ley de Tribunales de Familia dispone que a la sesión inicial de mediación se citará *“conjunta o separadamente, a los adultos involucrados en el conflicto, quienes deberán concurrir personalmente, sin perjuicio de la comparecencia de sus abogados”*.

El artículo 73 la Ley de Matrimonio Civil dispone que en la sesión inicial de mediación el mediador procederá a informar a las partes de la naturaleza y objetivos de la mediación, su duración y etapas y el carácter voluntario de los acuerdos que de ella deriven, y las ilustrará acerca del valor jurídico de tales acuerdos.

En caso de que alguna de las partes no concurriera a la sesión inicial de mediación sin causa justificada, habiendo sido citada por dos veces, se tendrá por frustrada la mediación, debiendo el juez tomar en consideración esta circunstancia al momento de regular las costas del juicio. Así lo dispone el inciso segundo del artículo 73 de la Ley de Matrimonio Civil.

El inciso segundo del artículo 107 de la Ley de Tribunales de Familia establece que la primera sesión comenzará con la información a los participantes acerca de la naturaleza y objetivos de la mediación, los principios que la informan y el valor jurídico de los acuerdos a que pueden llegar.

En caso de llegarse a acuerdo sobre todos o algunos de los puntos sometidos a mediación, se dejará constancia de ello en un acta de mediación, la que, luego de ser leída por los participantes, será firmada por ellos y por el mediador, quedando una copia en poder de cada una de las partes.

Una vez firmada, el acta será remitida por el mediador al tribunal para su aprobación en todo aquello que no fuere contrario a derecho. Así lo disponen los incisos primero y segundo del artículo del artículo 76 de la Ley de Matrimonio Civil y los incisos primero y segundo del artículo 109 de la Ley de Tribunales de Familia.

En conformidad al artículo 109 de la Ley sobre Tribunales de Familia el acta de mediación una vez aprobada por el juez, tendrá valor de sentencia ejecutoriada. Por su parte, el artículo 76 de la Ley de Matrimonio Civil, dispone que el valor del acta judicialmente aprobada, será de transacción judicial, esto es, de sentencia ejecutoriada.

En el evento de que la mediación se frustrare, se levantará un acta en la que se dejará constancia del término de la mediación, sin agregar otros antecedentes. En lo posible, dicha acta será firmada por los participantes y se entregará copia de ella al participante que así lo solicite, y se remitirá al Tribunal correspondiente. Así se desprende del inciso tercero del artículo 76 de la Ley de Matrimonio Civil y del inciso tercero del artículo 109 de la Ley de Tribunales de Familia. Este último agrega que, con la remisión del acta de la mediación frustrada al tribunal respectivo, se pondrá fin a la suspensión del procedimiento judicial.

El inciso cuarto del artículo 109 de la Ley de Tribunales de Familia y el inciso final del artículo 76 de la Ley de Matrimonio Civil, establecen que se entenderá que la mediación se frustra en los siguientes casos:

- Si alguno de los participantes, habiendo sido citado por dos veces a la sesión inicial de mediación, no concurriere ni justificare causa.
- Si alguno de los participantes, habiendo concurrido a las sesiones de mediación, manifestare su voluntad de no perseverar en ella. Con esto queda de manifiesto el carácter esencialmente voluntario del proceso.
- Si los cónyuges no se encuentran en igualdad de condiciones para adoptar acuerdos no siendo posible para el juez obtener ese equilibrio.
- En general, en cualquier momento en que el mediador adquiera la convicción de que no se alcanzarán acuerdos.

El artículo 77 de la Ley de Matrimonio Civil establece que el proceso de mediación sólo podrá ser conducido, salvo acuerdo de las partes, por las personas inscritas en el Registro de Mediadores que mantendrá permanentemente actualizado, el Ministerio de Justicia, en el cual los mediadores serán individualizados con sus nombres y en caso de corresponder, se señalará su pertenencia a una entidad religiosa de derecho público o a otra institución que goce de personalidad jurídica. El Ministerio de Justicia proporcionará a los tribunales de familia la nómina de los mediadores habilitados en sus respectivos territorios jurisdiccionales.

El artículo 110 de la Ley de Tribunales de Familia complementa la norma anterior en lo siguiente:

- La actualización permanente de los Registros de Mediadores la ejercerá el Ministerio de Justicia, a través de las Secretarías Regionales Ministeriales, con las formalidades establecidas en el Reglamento.
- En el Registro se consignará el ámbito territorial en el que los mediadores prestarán sus servicios, el que corresponderá, a lo menos, al territorio jurisdiccional de un tribunal de primera instancia con competencia en asuntos de familia, y a lo más, al territorio jurisdiccional de una Corte de Apelaciones o de varias, siempre que se encuentren en una misma región.

5.2.7 Costo de la mediación

A este tema se refieren el inciso segundo del artículo 79 de la Ley de Matrimonio Civil y el artículo 113 de la Ley de Tribunales de Familia, los que establecen que el costo de la mediación será de cargo de las partes y tendrá como valores máximos los que contemple el arancel que periódicamente se determinará por mediante decreto del Ministerio de Justicia.

No obstante lo anterior, los servicios de mediación también podrán prestarse en forma gratuita respecto de aquellas personas que cuenten, para este solo efecto, con un informe favorable de las Corporaciones de Asistencia Judicial o alguna de las entidades públicas o privadas destinadas a prestar asistencia jurídica gratuita, quienes podrán optar por recibir la atención sin costo. Así lo establece el inciso segundo del artículo 113 de la Ley de Tribunales de Familia.

Por su parte el inciso final del artículo 79 de la Ley de Matrimonio Civil dispone expresamente que quienes gocen de privilegio de pobreza o sean

patrocinados por las Corporaciones de Asistencia Judicial, recibirán la atención en forma gratuita.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS COMPARATIVO DEL DIVORCIO TEMPORAL Y PERPETUO REGULADOS EN LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL DE 1884 Y LA SEPARACIÓN DE LA ACTUAL LEY DE MATRIMONIO CIVIL N° 19.947

Con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.947 se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la institución de la separación, la cual a primera vista coincide con el antiguo divorcio no vincular de la Ley de Matrimonio Civil de 1884, sin embargo, al estudiar ambas instituciones en mayor profundidad, podemos observar ciertas diferencias, que acorde con los nuevos principios de la nueva Ley de Matrimonio Civil, dan a la separación judicial una singularidad que, por cierto, la caracteriza.

El análisis de ambas instituciones la realizaremos comparando cada uno de sus diferentes elementos:

1. CLASIFICACION

A. Divorcio

El Artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil de 1884 clasificaba al divorcio en dos clases: Divorcio Temporal y Divorcio Perpetuo.

- Divorcio Temporal

Duraba un máximo de 5 años. Tenía causales comunes con el divorcio perpetuo y otras exclusivas.

Tenía los mismos efectos que el perpetuo en relación con los cónyuges y los hijos, pero no con los bienes.

- Divorcio Perpetuo

Duración indefinida. Tenía causales comunes con el divorcio temporal y otras exclusivas.

Tenía los mismos efectos que el divorcio temporal en cuanto a los hijos y los cónyuges, pero no en cuanto a los bienes.

B. Separación

Del texto de los artículos 21 y 26 de la actual Ley de Matrimonio Civil se desprende que la separación se clasifica en separación de hecho y separación judicial.

- Separación de hecho

Consiste en el cese de la convivencia de los cónyuges sin que medie una sentencia judicial previa. La nueva Ley de Matrimonio Civil reconoce, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, esta situación fáctica y permite que los cónyuges ya separados de hecho, regulen sus relaciones mutuas y/o respecto de sus hijos que deriven de dicho estado de separación, ya sea convencionalmente o por la vía judicial.

- Separación judicial

Constituye una institución en virtud de la cual se suspenden ciertos efectos del matrimonio, mediante la dictación de una sentencia judicial, sin que se afecte el vínculo matrimonial, subsistiendo todos los derechos y obligaciones personales entre los cónyuges, salvo aquellos cuyo ejercicio sea incompatible con la vida separada de ambos y alterándose ciertos efectos en el orden patrimonial del matrimonio.

2. CAUSALES

A. Divorcio

El artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil de 1884 señalaba las siguientes causales para solicitar el divorcio:

- Causales exclusivas de Divorcio Temporal

1. Avaricia de cualquiera de los cónyuges, si llega hasta privar al otro de lo necesario para la vida, atendidas sus facultades.
2. Negarse cualquiera de los Cónyuges, sin causa justificada, a vivir en el hogar común.
3. Abandono del hogar común, o resistencia a cumplir las obligaciones conyugales sin causa justificada.
4. Ausencia, sin justa causa, por más de tres años.
5. Malos tratamientos de obra inferidos a los hijos, si pusieren en peligro su vida.

- Causales exclusivas de Divorcio Perpetuo

1. Tentativa de uno de los cónyuges para prostituir al otro.
2. Tentativa para corromper a los hijos, o complicidad en su corrupción.

- Causales comunes de Divorcio Temporal y Divorcio Perpetuo

1. Adulterio de la mujer o del marido.
2. Malos tratamientos graves y repetidos, de obra o de palabra.
3. Ser uno de los cónyuges autor, instigador o cómplice de la perpetración o preparación de un delito contra los bienes, la honra o la vida del otro cónyuge.
4. Vicio arraigado de juego, embriaguez o disipación.
5. Condenación de uno de los cónyuges por crimen o simple delito.

B. Separación

La Ley N° 19.947 respecto a las causales que hacen procedente la separación dispone lo siguiente:

- **Separación de hecho**

No se menciona una causal específica, puesto que se trata de una situación fáctica simplemente se requiere que los cónyuges que hayan cesado su convivencia, manifiesten dicho cese por diversos medios y procedan a regular de manera completa y suficiente ciertos temas, ya sea convencionalmente o, a falta de acuerdo, por la vía judicial.

- **Separación Judicial**

Los artículos 26 y 27 de la actual Ley de Matrimonio Civil señalan como causales que habilitan a los cónyuges para solicitar la separación judicial las siguientes:

- a. **Causal subjetiva**

En primer término, la nueva ley de Matrimonio Civil consagra una causal subjetiva de carácter genérico, según la cual, la separación judicial podrá ser demandada por uno de los cónyuges si mediare falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común. Esta causal sólo permite demandar la separación al cónyuge que no haya dado lugar a la misma.

En conformidad a lo expuesto, los elementos de la causal subjetiva son los siguientes:

- Que medie una falta imputable al otro.
- Que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio.
- Que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones para con los hijos.
- Que la infracción grave deba ser de tal entidad, que torne intolerable la vida en común: Cuestión de hecho que queda al arbitrio judicial determinar.

b. Causal objetiva

La causal objetiva establecida por la nueva Ley de Matrimonio Civil consiste simplemente en el cese de la convivencia de los cónyuges. Una vez producida la separación de hecho de los cónyuges, cualquiera de ellos podrá solicitar la separación judicial. Esta solicitud pueden efectuarla los cónyuges en forma unilateral, o bien conjuntamente, debiendo en tal caso acompañar un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos.

3. EFECTOS

A. Divorcio

En este sentido debemos distinguir lo siguientes efectos:

- Divorcio Perpetuo
 - a. Respecto a los hijos

Los artículos 184, 224, 225 y 226 del Código Civil señalaban como efectos los siguientes:

- Cuidado de los hijos

De conformidad al artículo 224 del Código Civil, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos correspondía de consuno a ambos padres. Si los padres vivían separados, tocaba a la madre el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos, según lo prescribía el inciso primero del artículo 225 del Código Civil, pudiendo los padres, de común acuerdo, de conformidad al inciso segundo de dicho artículo, determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. En el evento de que el interés del hijo lo hiciera indispensable, el juez podía entregar el cuidado personal de éste al otro padre. En caso de inhabilidad física o moral de ambos padres podía confiarse el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, prefiriéndose a los consanguíneos más próximos y sobre todo a los ascendientes.

- Presunción de paternidad

El inciso primero del artículo 184 establece la presunción *pater is est* según la cual se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o al divorcio de los cónyuges. A contrario sensu, una vez decretado judicialmente el divorcio perpetuo de los cónyuges, no se presumían hijos del marido los nacidos después de expirados los 300 días contados desde la sentencia que declara el divorcio.

b. Respecto de la persona de los cónyuges

Los efectos del divorcio respecto a la persona de los cónyuges, dicen relación con los derechos-deberes impuestos a éstos en razón del matrimonio.

En este sentido, una vez decretado el divorcio perpetuo, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 19 de la antigua Ley de Matrimonio Civil, el divorcio no disolvía el matrimonio, sino sólo suspendía la vida en común de los cónyuges. Para el profesor René Ramos Pazos, la sentencia que decretaba el divorcio de los cónyuges, hacía cesar los deberes de cohabitación y ayuda mutua, mientras que los deberes de fidelidad y socorro, subsistían.

En conformidad a lo expuesto, el artículo 174 del Código Civil disponía:

“El cónyuge que no haya dado lugar al divorcio tendrá derecho a que el otro cónyuge lo provea de alimentos según las reglas generales”.

Por su parte, el artículo 175 de ese mismo cuerpo legal señalaba:

“El cónyuge que haya dado causa al divorcio por su culpa tendrá derecho para que el otro cónyuge lo provea para su modesta sustentación; pero en este caso, el juez reglará la contribución teniendo en especial consideración la conducta que haya observado el alimentario antes y después del divorcio”.

Finalmente, el artículo 177 de Código Civil establecía una disposición en virtud de la cual el juez podía modificar lo anteriormente expuesto, en razón de la conducta observada por el cónyuge demandante. Esta norma disponía lo siguiente:

“Si la culpabilidad del cónyuge contra quien se ha obtenido el divorcio fuere atenuada por circunstancias graves en la conducta del cónyuge que lo solicitó, podrá el juez moderar el rigor de las disposiciones precedentes”.

a. Respecto a los bienes

En relación con el régimen de bienes existente en el matrimonio, una vez decretado el divorcio perpetuo de los cónyuges, se podían presentar las siguientes situaciones:

- Si los cónyuges estaban casados bajo el régimen de sociedad conyugal, se disolvía dicha sociedad de manera irrevocable, de conformidad a los artículos 1764 N° 3 y 178 del Código Civil en relación con el artículo 165 de ese mismo cuerpo legal.

- Si los cónyuges se encontraban casados en régimen de participación en los gananciales éste terminaba, de conformidad a lo dispuesto por el numeral 4 del artículo 1792-27 del Código Civil.

- En el evento de que los cónyuges hubieran estado casados bajo el régimen de separación total de bienes, éste permanecerá inalterable.

Existían además entre los cónyuges, variadas consecuencias en el campo patrimonial:

- El cónyuge inocente podía revocar las donaciones que le hubiere hecho al culpable, siempre que éste hubiere dado causa al divorcio por adulterio, sevicia atroz, atentado contra la vida del otro cónyuge u otro crimen de igual gravedad, según lo disponía el artículo 172 del Código Civil.

- El cónyuge culpable se hacía indigno de suceder abintestato al cónyuge inocente, de acuerdo a lo expresado en el artículo 994 del Código Civil.

- El cónyuge culpable perdía su condición de legitimario respecto del cónyuge fallecido, de conformidad a lo dispuesto en el inciso final del artículo 1182 del Código Civil.

- Respecto de los contratos de compraventa y permuta, de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 1796 del Código Civil y 1899 inciso segundo del Código Civil.

- La mujer divorciada perpetuamente, pasaba a administrar con total independencia del marido los bienes que había sacado del poder de éste o que después del divorcio había adquirido, según lo disponía el artículo 173 del Código Civil.

- Divorcio Temporal

- a. Respecto a los hijos

Una vez decretado el divorcio temporal de los cónyuges, los efectos que éste producía respecto de los hijos eran los mismos a que daba lugar la declaración de divorcio perpetuo, de manera tal que nos remitimos a lo expuesto anteriormente.

- b. Respecto a la persona de los cónyuges

En esta materia nos remitimos a lo expuesto anteriormente, toda vez que los efectos que producía la sentencia que decretaba el divorcio temporal de los cónyuges eran los mismos ya analizados a propósito del divorcio perpetuo.

- c. Respecto a los bienes

En relación a los bienes, los efectos producidos por la declaración de divorcio temporal y perpetuo no son los mismos, atendido el hecho que el divorcio temporal no genera efectos en el ámbito patrimonial, con la excepción de la revocación de las donaciones, puesto que el artículo 172 facultaba al cónyuge inocente para revocar las donaciones efectuadas al culpable cuando el divorcio se hubiere fundado en alguna de las siguientes causales: adulterio, sevicia atroz, atentado contra la vida del otro cónyuge u otro crimen de igual gravedad, las que habilitaban para solicitar tanto el divorcio temporal como el perpetuo.⁸⁹

⁸⁹ RAMOS PAZOS, RENÉ. “Derecho de Familia” Tomo 1. Op. Cit. Pág 110.

B. Separación

En materia de separación es preciso distinguir:

- Separación de hecho

La separación de hecho constituye el reconocimiento de una situación fáctica consagrada jurídicamente hoy por la Ley N° 19.947. En este sentido, los efectos que esta institución jurídica tiene son precisamente los contemplados por el artículo 21 de dicha ley y que se traducen en permitir a los cónyuges separados de hecho regular sus relaciones mutuas, especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio, como también en el caso que hubiere hijos, regular a lo menos, lo relativo al régimen de alimentos y la relación directa y regular que deberá mantener con los hijos aquel de los cónyuges que no los tuviere bajo su cuidado.

Es indispensable señalar a este respecto, que la separación de hecho, por no disolver el matrimonio de los cónyuges, no genera como efecto el nacimiento de un nuevo estado civil de “separados” entre los cónyuges, ya que éste solamente tendría cabida tratándose de la separación judicial, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley de Matrimonio Civil.

Por último, es imperativo destacar la importancia de la fecha en que se efectuó el acuerdo, completo y suficiente entre los cónyuges, pues genera el efecto de dar fecha cierta al cese de la convivencia y la separación en su carácter de antesala del divorcio, resulta de gran relevancia para estos efectos.

- Separación Judicial

- a. Respecto a los hijos

- Cuidado de los hijos

En esta materia recibe aplicación el artículo 225 del Código Civil que señala que si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos. Los padres de común acuerdo pueden determinar que corresponda el cuidado personal al padre, siguiendo una serie de formalidades. Cuando el interés del hijo lo haga indispensable el juez podrá entregar el cuidado personal del hijo al otro padre. El artículo 226 del Código Civil complementa esta disposición, señalando al efecto lo siguiente:

“En caso de inhabilidad física o moral de ambos padres podrá confiarse el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, prefiriéndose a los consanguíneos más próximos y sobre todo a los ascendientes”.

- Presunción de paternidad

En relación a esta materia, el artículo 184 del Código Civil dispone lo siguiente:

Artículo 184 inciso primero: *“Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación judicial de los cónyuges”.*

Artículo 184 inciso tercero: *“Regirá, en cambio, la presunción de paternidad respecto del nacido trescientos días después de decretada la separación judicial, por el hecho de consignarse como padre el nombre del marido, a petición de ambos cónyuges, en la inscripción de nacimiento del hijo”.*

Cabe mencionar además, lo expresado en el artículo 37 de la nueva Ley de Matrimonio Civil, el cual dispone: *“El hijo concebido una vez declarada la separación judicial de los cónyuges no goza de la presunción de paternidad”.*

establecida en el artículo 184 del Código Civil. Con todo, el nacido podrá ser inscrito como hijo de los cónyuges, si concurre el consentimiento de ambos”.

- Filiación

El artículo 36 de la nueva Ley de Matrimonio Civil al efecto señala: “No se alterará la filiación ya determinada ni los deberes ni responsabilidades de los padres separados en relación con sus hijos. El juez adoptará todas las medidas que contribuyan a reducir los efectos negativos que pudiera representar para los hijos la separación de sus padres”.

- Patria Potestad

La sentencia que decreta la separación judicial no le pone fin a la patria potestad, sino que sólo altera el derecho a dirigir la crianza y educación de los hijos que normalmente corresponde a ambos padres.

- Adopción

No podrá concederse la adopción a los cónyuges respecto de los cuales se haya declarado la separación judicial mientras ésta subsista, de acuerdo al artículo 20 de la Ley N° 19.620.

b. Respecto a la persona de los cónyuges

- Subsisten derechos y obligaciones personales

El artículo 33 de la nueva Ley de Matrimonio Civil señala: *“La separación judicial deja subsistentes todos los derechos y obligaciones personales que existen entre los cónyuges, con excepción de aquellos cuyo ejercicio sea incompatible con la vida separada de ambos, tales como cohabitación y fidelidad que se suspenden”*. Según el profesor Juan Andrés Orrego Acuña a partir del término “tales como” se debe deducir que se trata de una enumeración

taxativa, y sólo cabría agregar que se suspende también el deber de convivencia.⁹⁰

- Estado civil de “separados”

De conformidad al inciso segundo del artículo 32 de la Ley de Matrimonio Civil, una vez practicada la subinscripción de la resolución que decreta la separación al margen de la inscripción matrimonial, los cónyuges adquirirán la calidad de separados. Cabe recordar que la circunstancia de que los cónyuges adquieran un nuevo estado civil en virtud de la separación judicial ha sido objeto de diversas discusiones doctrinarias, las que ya fueron analizadas al estudiar los efectos de la separación judicial, por lo que nos remitimos a lo expuesto en esa oportunidad.

- Derecho de alimentos

Respecto al derecho de alimentos rigen las reglas especiales contempladas en los artículos 174, 175 y 177 del Código Civil, por expresa disposición del inciso final del artículo 35 de la nueva Ley de Matrimonio Civil.

Dichas normas coinciden casi en su totalidad con las que existían antes de dictarse la Ley N° 19.947 a propósito del divorcio, las cuales, sin embargo, debieron ser adecuadas y modificadas para armonizarlas con la nueva figura de la separación judicial, y disponen siguiente:

- El cónyuge que no haya dado causa a la separación judicial tendrá derecho a que el otro cónyuge lo provea de alimentos según las reglas generales, de conformidad al nuevo texto del artículo 174 del Código Civil.

- El cónyuge que haya dado lugar a la separación judicial por su culpa, tendrá derecho para que el otro cónyuge lo provea de lo que necesite para su

⁹⁰ ORREGO ACUNA, JUAN ANDRES. “Análisis de la Nueva Ley de Matrimonio Civil”, Op. Cit. Págs. 77 y 78.

modesta sustentación. Esto altera la regla general de que los alimentos deben habilitar al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social. En este caso, sin embargo, el juez, para determinar el monto de la contribución deberá tener en especial consideración la conducta que haya manifestado el alimentario antes del juicio, durante su desarrollo o con posterioridad a él, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 175 del Código Civil.

- Si la culpabilidad del cónyuge contra el cual se ha obtenido el divorcio fuere atenuada por circunstancias graves en la conducta del cónyuge que la solicitó, podrá el juez moderar el rigor de estas medidas, de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 177 del Código Civil.

c. Respecto a los bienes

- Revocación de donaciones

El cónyuge inocente podrá revocar las donaciones que hubiere hecho al culpable, siempre que se haya dado causa a la separación por adulterio, sevicia atroz, atentado contra la vida del otro cónyuge u otro crimen de igual gravedad, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 172 del Código Civil.

- Podrán celebrar contrato de compraventa

Podrán los cónyuges celebrar entre sí el contrato de compraventa, una vez que la separación judicial ha pasado en autoridad de cosa juzgada. En el artículo 1.796 del Código Civil se señala precisamente lo recientemente expuesto: "Es nulo el contrato de compraventa entre cónyuges no separados judicialmente, y entre el padre o madre y el hijo sujeto a patria potestad.

- No se suspende la prescripción adquisitiva ordinaria

No se suspende la prescripción adquisitiva ordinaria en favor de la mujer separada judicialmente de su marido. Ello de acuerdo a lo preceptuado en el inciso sexto del artículo 2509 del Código Civil.

- Terminan los regímenes de sociedad conyugal y participación en los gananciales, según lo dispone el artículo 34 de la nueva Ley de Matrimonio Civil, sin embargo, ello no afecta a los derechos de usufructo o de uso o habitación que se hubieren constituido en favor del cónyuge no propietario sobre los bienes declarados como familiares, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 147 del Código Civil.

- Derecho de Sucesión

El derecho de los cónyuges para sucederse entre sí no se altera por la separación judicial, salvo el caso del cónyuge que haya dado lugar al divorcio por su culpa, pues éste no tendrá derecho alguno en la herencia abintestato de su mujer o marido perdiendo además su calidad de legitimario, de conformidad al inciso primero del artículo 35 de la nueva Ley de Matrimonio Civil.

4. TERMINACION

A. Divorcio

En este sentido debemos distinguir:

- Divorcio Temporal

El divorcio temporal terminaba de dos formas:

- a. Por la llegada del plazo fijado en la sentencia, el cual no podía exceder de 5 años.
- b. Por la reconciliación de los cónyuges.

- Divorcio Perpetuo

Terminaba el divorcio perpetuo solamente por la reconciliación de los cónyuges, según lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley de Matrimonio Civil de 1884.

Sin embargo, no se aceptaba la reconciliación respecto de las siguientes causales:

- Nº 4 del artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil de 1884: Tentativa de uno de los cónyuges para prostituir al otro.

- Nº 13 del artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil de 1884: Tentativa para corromper a los hijos o complicidad en su corrupción.

Es preciso señalar que, aun cuando cesaba el divorcio por la reconciliación de los cónyuges, no se regresaba al régimen de sociedad conyugal ni al de participación en los gananciales, dado el carácter irrevocable de la separación total de bienes.

B. Separación

- Separación de hecho

Recordemos que se trata de regular un simple hecho, esto es, la vida separada de los cónyuges, luego, si el hecho ya no existe, no podría tener lugar la separación ni la regulación de aspectos que por no existir el supuesto causal no tendría, por lo tanto, justificación.

- Separación Judicial

El artículo 38 de la actual Ley de Matrimonio Civil dispone que termina la separación judicial por *“la reanudación de la vida en común de los cónyuges, con ánimo de permanencia”*.

Los requisitos para que se ponga fin al procedimiento destinado a declarar la separación judicial o a la ya decretada, son por lo tanto, los siguientes:

- Que se reanude la vida en común de los cónyuges.
- Que esta reanudación de la vida en común sea permanente.
- Que haya operado dicha reanudación con la intención o ánimo de reconstruir la convivencia matrimonial regular.

La reanudación de la vida en común de los cónyuges con ánimo de permanencia, genera como consecuencia una serie de efectos civiles y procesales, los cuales son los siguientes:

a. Efectos procesales

La reanudación de la vida en común de los cónyuges pone término tanto al procedimiento destinado a declarar la separación judicial como a la separación judicial ya decretada.

b. Efectos civiles

Los efectos civiles de la reanudación de la vida en común de los cónyuges con los siguientes:

- Se reestablece el estado civil de casados, según lo dispone el artículo 38 de la Ley N° 19.947. Recordemos no obstante que existe una discusión en la doctrina en relación a si la separación judicial de los cónyuges configura o no un nuevo estado civil respecto de ellos, la que ya fue abordada en su oportunidad.

- No revive el régimen de sociedad conyugal ni el régimen de participación en los gananciales.

Es indispensable señalar que, para que la reanudación de la vida en común entre los cónyuges produzca efectos respecto de terceros, se deben cumplir las siguientes formalidades, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley de Matrimonio Civil:

- Se revoque judicialmente la sentencia de separación judicial.
- Se deje constancia de la reanudación de la vida en común de los cónyuges en acta extendida ante oficial del Registro Civil.
- Subinscribir dicha constancia al margen de la inscripción matrimonial.

Por último, el artículo 41 de la Ley de Matrimonio Civil dispone que los cónyuges pueden volver a solicitar la separación judicial, no obstante, deberán fundar su demanda en hechos posteriores a su reconciliación.

5. LEGISLACIÓN PROCESAL APLICABLE

A. Divorcio

Tribunal competente

- Divorcio Temporal

El tribunal competente para conocer de un juicio de divorcio temporal de conformidad al artículo 134 del Código Orgánico de Tribunales era el del domicilio del demandado y su conocimiento no podía someterse a arbitraje, según lo establecía el artículo 230 del mismo cuerpo legal.

- Divorcio Perpetuo

El tribunal competente para conocer de un juicio de divorcio perpetuo de conformidad al artículo 134 del Código Orgánico de Tribunales era el del

domicilio del demandado y su conocimiento no podía someterse a arbitraje, según lo establecía el artículo 230 del mismo cuerpo legal

Procedimiento

- Divorcio Temporal

Se regía por las reglas del juicio sumario, según el artículo 754 del Código de Procedimiento Civil.

- Divorcio Perpetuo

Se regía por las reglas del juicio ordinario, según el artículo 753 del Código de Procedimiento Civil.

- Normas comunes a ambos tipos de divorcio

- Si se daba lugar a la demanda y no se deducía Recurso de Apelación, debía elevarse la sentencia en consulta ante el tribunal superior, quien retenía el conocimiento del negocio si encontraba dudosa la legalidad del fallo y procedía como si se hubiera interpuesto oportunamente apelación, oyendo al ministerio público.

- En cuanto a la prueba, no era admisible la confesión de parte para efectos de acreditar la causal, pues por medio de esa vía los cónyuges podrían haber simulado un divorcio por mutuo consentimiento.

- El tribunal, a petición de la mujer, podía adoptar todas las providencias que estimara conducentes a la seguridad de los intereses de ésta, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 755 del Código de Procedimiento Civil.

- Recibía aplicación el Principio Procesal de la Reserva, en virtud del cual el juez, si lo estimaba conveniente, podía decretar que el proceso se mantuviera reservado. Así lo disponía el artículo 756 del Código de Procedimiento Civil.

- Finalmente, en conformidad con lo establecido por el numeral 4 del artículo 4 de la Ley N° 4.808 sobre Registro Civil, la sentencia que declaraba tanto el divorcio temporal como el perpetuo debía subinscribirse al margen de la inscripción matrimonial, sin lo cual no era posible hacerlos valer en juicio.

Separación

- **Separación de Hecho**

Si bien la separación de hecho por consistir en una situación fáctica no está sometida a ningún tipo de procedimiento, los cónyuges que hubieren cesado su convivencia pueden regular sus relaciones mutuas y/o respecto de sus hijos, que deriven de ese estado de separación, convencionalmente o por la vía judicial.

a. Regulación Convencional

La regulación será convencional cuando exista acuerdo entre los cónyuges respecto de todas las materias reguladas en el artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil.

Esta manifestación de voluntad de los cónyuges, plasmada a través de un acuerdo que conste en alguno de los instrumentos indicados en el artículo 22 de la Ley de Matrimonio Civil, otorga fecha cierta al cese de la convivencia de los cónyuges.

b. Regulación Judicial

La regulación judicial de las relaciones mutuas de los cónyuges separados de hecho, es aquella que se produce en virtud de una sentencia judicial, a falta de acuerdo entre éstos.

El artículo 23 de la Ley de Matrimonio Civil dispone que, para tal efecto, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar que el procedimiento judicial que se substancie para regular las relaciones mutuas de los cónyuges, como alimentos, bienes familiares o materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio, o las relaciones con los hijos, como alimentos, cuidado personal o relación directa y regular del padre o madre que no tuviere a los hijos bajo su cuidado, se extienda a otras materias concernientes a sus relaciones mutuas o a sus relaciones con los hijos.

Será competente para conocer de estas materias en conformidad al artículo 8 de la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia y al artículo 134 del Código Orgánico de Tribunales, el Juzgado de Familia del domicilio del demandado.

- Separación Judicial

Tribunal competente

Será competente para conocer de la demanda de separación judicial, según lo dispone expresamente el artículo 87 de la Ley de Matrimonio Civil, el juzgado con competencia en materias de familia del domicilio del demandado.

Por su parte, el numeral 16 del artículo 8 de la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia, dispone:

“Corresponderá a los juzgados de familia conocer y resolver las siguientes materias:

*16. Las acciones de **separación**, nulidad y divorcio reguladas en la Ley de Matrimonio Civil”*

Cuando en conformidad al artículo 23 de la Ley de Matrimonio Civil, esto es, cuando exista en tramitación un procedimiento judicial en que se estén

regulando relaciones entre los cónyuges o respecto de los hijos, y alguno de los cónyuges pretenda regular otras materias en relación al otro cónyuge o a los hijos, será competente para conocer de estas nuevas materias, el tribunal que ya se encuentra conociendo de las primeras, previa solicitud del interesado de que el procedimiento se extienda a estas últimas.

Procedimiento

El procedimiento aplicable a los juicios de separación judicial será, de conformidad al artículo 88 de la Ley de Matrimonio Civil el que para tal efecto señale la Ley sobre Juzgados de Familia. Por su parte, el artículo 55 de la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia, ubicado en el párrafo IV de dicha ley denominado “Del procedimiento ordinario ante los Juzgados de Familia”, establece:

“El procedimiento de que trata este Párrafo será aplicable a todos los asuntos contenciosos cuyo conocimiento corresponda a los juzgados de familia y que no tengan señalado otro distinto en esta u otras leyes”.

CONCLUSION

Con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.947 se actualiza el derecho de familia chileno, especialmente en materia de matrimonio, adecuándolo a los cambios sufridos por nuestra sociedad desde la dictación de la Ley de Matrimonio Civil de 1884. De esta manera, se consagra un concepto mucho más amplio de familia, reconociéndose expresamente que ésta puede tener diversas clases y orígenes.

Por otra parte, el matrimonio, origen de un considerable número de familias, hoy presenta una nueva característica: la posibilidad de disolución.

En este nuevo escenario, la separación constituye una novedad.

En primer término, atendiendo al principio fundamental de la protección de la familia, la separación constituye una solución anterior al divorcio que permite mantener el vínculo matrimonial cuando no es posible mantener la convivencia entre los cónyuges. Se evita a través de esta institución el término inmediato del matrimonio cuando existan problemas tales que impidan la vida conjunta de los cónyuges en cuestión, evitando, en una primera etapa, la ruptura del vínculo conyugal y otorgando a los cónyuges la posibilidad de reconciliación, o simplemente de regular todas las consecuencias que implique la vida separada de marido y mujer, tanto respecto de éstos como respecto de sus hijos, si los hubiere.

En segundo lugar, si uno o ambos cónyuges deciden demandar el divorcio fundado en el cese de su convivencia, deberán probar dicho cese, para lo cual la separación contribuirá enormemente, puesto que la Ley N° 19.947

introduce, al regular dicha institución, una serie de mecanismos tendientes a acreditar el cese.

Además, si bien es cierto que la institución de la separación judicial viene a reemplazar en alguna medida al antiguo divorcio no vincular de la Ley de Matrimonio Civil de 1884, no es menos efectivo que las diferencias entre ambos son importantes, en primer término, atendido el hecho que la separación puede solicitarse por uno de los cónyuges fundado en el solo hecho del cese de la convivencia, generando además, el discutido nuevo estado civil de separados, lo que no ocurría en el divorcio no vincular, para el cual se establecían causales taxativas fundadas en la conducta culpable de uno de los cónyuges y no en un hecho objetivo como es el cese la convivencia, no discutiéndose jamás la circunstancia de que los cónyuges mantenían el estado civil de casados originado a su respecto al momento de contraer matrimonio.

Estas consideraciones, por lo tanto, no permiten que ambas instituciones sean confundidas ni conceptualizadas de la misma forma, sino que por el contrario, merecen ser diferenciadas.

Por último, es preciso mencionar que la institución de la separación de la Ley N° 19.947 vino a regular jurídicamente una situación que se daba en la práctica desde hace ya muchos años como es la separación de hecho entre los cónyuges. De esta manera, desde la entrada en vigencia de la Ley se pueden resolver gran cantidad de controversias, tanto respecto de los cónyuges entre sí, como en relación con sus hijos, originados en la vida separada de los cónyuges las cuales si bien existían antes de su entrada en vigencia, no era posible regular al no contemplar la ley un mecanismo para ello.

Todas estas consideraciones obligan a detenerse en la institución de la separación introducida por la Ley N° 19.947 y valorarla adecuadamente, pues muchas son las novedades que incorpora a nuestro sistema jurídico y muchos los beneficios que aporta a la realidad social chilena.

BIBLIOGRAFÍA

1. ARIAS, JOSE. "Derecho de Familia". Editorial Guillermo Kraft Limitada. Buenos Aires, Argentina. Segunda edición, 1952.
2. BARRIENTOS GRANDON, JAVIER y NOVALES ALQUEZAR, ARANZAZU. "Nuevo Derecho Matrimonial Chileno". Segunda edición. Santiago de Chile. Editorial Lexis Nexis, 2004.
3. BARROS BOURIE, ENRIQUE. "La Ley Civil ante las Rupturas Matrimoniales". Estudios Públicos 85, verano 2002.
4. CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ. "Derecho Civil Español y Foral", Editorial Reus, tomo V, Volumen 1, 1994.
5. CÓDIGO CIVIL. Chile. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2006.
6. CÓDIGO ORGÁNICO DE TRIBUNALES. Chile. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2006.
7. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Chile. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2006.
8. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Chile. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2005.
9. CORRAL TALCIANI, HERNÁN. "Familia y Derecho". Universidad de Los Andes. Colección Jurídica. Santiago, 1994.

10. CUEVAS M. GUSTAVO. "Indemnizaciones reparatorias de la nueva Ley de Matrimonio Civil (Ley número 19.947) y Regímenes Matrimoniales", en publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo "Curso de Actualización Jurídica. Nuevas Tendencias en el Derecho Civil". Santiago, 2004.
11. DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLON, ANTONIO. "Sistema de Derecho Civil". Volumen IV. 8ª Edición. Madrid, Editorial Tecnos, 1998.
12. DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN. "Reformas a la formación y efectos del matrimonio en la nueva ley: un apunte general". Transcripción de charla efectuada el día 31 de Mayo de 2004, en Seminario "Nueva Ley de Matrimonio Civil", Santiago, Revista del Abogado S.A.
13. ETCHEBERRY, ALFREDO. "Derecho Penal" Parte Especial, Tomo IV. Tercera Edición revisada y actualizada, Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2001.
14. FIGUEROA YÁÑEZ, GONZALO. "Persona, Pareja y Familia". Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1995.
15. GALVÁN BERNAVEU, JOSÉ ANTONIO. "El nuevo sistema matrimonial de la Ley N° 19.947", artículo publicado en "El Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio" (Ley N° 19.947 de 2004), Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, 2006.
16. ILLANES VALDÉS, ALEJANDRA. "El Divorcio (I) Sistema adoptado por la legislación chilena. Divorcio. Sanción", artículo publicado en "El Nuevo

- Derecho Chileno del Matrimonio” (Ley N° 19.947 de 2004), Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, 2006.
17. KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA. “Separación de Hecho entre Cónyuges”. Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1978.
18. LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS, SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASIS, LUNA SERRANO, AGUSTIN, RIBERO HERNANDEZ, FRANCISCO y RAMS ALBESA, JOAQUIN. “Derecho de Familia”. Volumen primero. Tercera Edición. Zaragoza, España, 1989.
19. LEY DE MATRIMONIO CIVIL de 1884. Texto refundido, coordinado y sistematizado. Apéndice del Código Civil. Chile. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2000.
20. LEY N° 19.947 de 2004 sobre Matrimonio Civil. Compilación de normas de Derecho de Familia. Editorial Lexis Nexis, 2005.
21. LEY N° 19.968 de 2004 que Crea los Tribunales de Familia. Compilación de normas de Derecho de Familia. Editorial Lexis Nexis, 2005.
22. LOPEZ A. M., MONTES V.L., ROCA E. “Derecho de Familia”. Valencia. Tirant lo Blanch Libros. Tercera edición, 1997.
23. LÓPEZ DÍAZ, CARLOS. “Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia”, Editorial Librotecnia, Segunda Edición, 2005.

24. MATTA AYLWIN, MANUEL ANTONIO. "La problemática del divorcio y en especial de su tipología". Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Escuela de Derecho, Universidad de Chile, 2003.
25. MATURANA MIQUEL, CRISTIÁN. "Algunos Aspectos Procesales de la Nueva Ley de Matrimonio Civil". Transcripción de charla efectuada el día 01 de Junio de 2004 en Seminario "Nueva Ley de Matrimonio Civil", Santiago, Revista del Abogado S.A.
26. MATURANA MIQUEL, CRISTIAN. "Disposiciones comunes a todo procedimiento". Apuntes de clases.
27. MEZA BARROS, RAMON. "Manual de Derecho de la Familia", Volumen 1. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1989.
28. MIZRAHI MAURICIO, LUIS. "Familia, Matrimonio y Divorcio". Buenos Aires. Editorial Atenea, 1998.
29. ORREGO ACUÑA, JUAN ANDRÉS. "Análisis de La Nueva Ley de Matrimonio Civil", Santiago de Chile. Editorial Metropolitana, 2004.
30. PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS. "¿Hay razones constitucionales fuertes a favor de un estatuto igualitario?". Artículo que forma parte del Libro Homenaje al Profesor Fernando Fueyo, "Instituciones Modernas del Derecho Civil", Editorial Conosur, 1996.

31. PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS. Transcripción de charla efectuada el día 01 de Junio de 2004 en Seminario “Nueva Ley de Matrimonio Civil”, Santiago, Revista del Abogado S.A.
32. RAMOS PAZOS, RENE. “Derecho de Familia”. Tomos I y II. Tercera edición. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2001.
33. RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. “Ley de Matrimonio Civil”. Artículo publicado en la página web del Colegio de Abogados de Chile A.G. www.colegioabogados.cl
34. SCHUDECK DIAZ, ASTRID CAROLINA “El interés superior del niño” Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Escuela de Derecho, Universidad de Chile, 2003.
35. SCHMIDT HOTT, CLAUDIA; MARTINIC GALETOVIC, MARIA DORA; WEINSTEIN WEINSTEIN, GRACIELA; LÓPEZ RIVERA, GISSELA; URREJOLA SCOLARI, BARBARA; LATHROP GOMEZ, FABIOLA; RECARRELEN LEWIN, PAULA. “Instituciones de Derecho de Familia”, Santiago de Chile, Editorial Lexis Nexis, 2004.
36. SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL. “Derecho de Familia”. Segunda Edición. Santiago de Chile. Editorial Nacimiento, 1963.
37. TAPIA, MAURICIO. Revista Estudios Públicos N° 86, Otoño 2002.
38. URBANO MORENO, EDGARDO. “La Separación y el Divorcio en la Ley de Matrimonio Civil”. Artículo publicado en Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Año VIII, N° 8-2004.

39. VELASCO LETELIER, EUGENIO. "Familia, Divorcio y Moral". Editorial Jurídica de Chile, 1994.
40. VELASCO LETELIER, EUGENIO. "De la Disolución del Matrimonio". Editorial Jurídica de Chile, 1973.
41. VELOSO VALENZUELA, PAULINA. "Algunas Ideas Generales sobre la Nueva Ley de Matrimonio Civil en Materia de Divorcio". Artículo publicado en el Libro Diplomado Internacional Estado de Derecho y Reforma a la Justicia. Editado por Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Heidelberg Center para América Latina, California Western School of Law y Proyecto de Reforma Judicial GTZ Chile, 2005.
42. WALKER, IGNACIO y AYLWIN, MARIANA. "Familia y Divorcio. Razones de una posición". Editorial Los Andes. Santiago de Chile, 1996.

ANEXO

PROYECTO DE LEY QUE ELIMINA LA SEPARACIÓN JUDICIAL COMO UN NUEVO ESTADO CIVIL BOLETÍN N° 3659-18

CONSIDERANDO:

- 1) Que la separación judicial es una regulación de la ruptura matrimonial que no pone fin al matrimonio;
- 2) Que decretada la separación judicial por los tribunales, termina la sociedad conyugal y formaliza la vida separada de los cónyuges, pero no disuelve el matrimonio y mantiene los deberes de solidaridad entre los separados, sin descartar la posibilidad de una reconciliación;
- 3) Que, no cabe duda, la separación judicial es una institución diferente del divorcio, pero no constituye un nuevo estado civil que deba añadirse a los de soltero, casado, viudo y divorciado, pues los cónyuges separados judicialmente continúan manteniendo el estado civil de casados;
- 4) Que la separación judicial debe considerarse, como lo señala el profesor Hernán Corral Talciani, como "una modalidad de la vida marital y no un nuevo estado civil", como lo confirma el texto reformado del Artículo 130 del Código Orgánico de Tribunales, que distingue entre cuestiones de estado civil y procesos de separación;
- 5) Que la finalidad del legislador de conferir a la separación un régimen independiente del divorcio queda de manifiesto desde el momento que la

sentencia que da lugar a dicha separación no puede convertirse en divorcio y la fecha en que se pide la separación no constituye fecha cierta para computar los plazos exigidos para divorciarse, vengo en presentar el siguiente

PROYECTO DE LEY:

ARTÍCULO PRIMERO: Elimínase la expresión "separado judicialmente" en el inciso primero del artículo 305 del Código Civil, agregada por el número 22) del artículo tercero de la ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil, de 2004.

ARTÍCULO SEGUNDO: Sustitúyese el artículo 6° transitorio de la ley N°19.947, de 2004 por el siguiente:

"Artículo 6°.- Las personas que con anterioridad a la vigencia de la presente ley se hayan divorciado, temporal o perpetuamente, por sentencia ejecutoriada, se regirán por lo dispuesto en ella para los separados judicialmente respecto del ejercicio de derechos y demás efectos anexos que tengan lugar después de su entrada en vigencia."
