



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Procesal

CUESTIONES PROCESALES PENDIENTES DE LA LEY Nº 19.947 SOBRE MATRIMONIO
CIVIL RELATIVAS AL DIVORCIO POR CESE DE CONVIVENCIA

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

KARLA KRISTY MONTOYA URRÁ

Profesor guía:
Jesús Ezurmendia Álvarez

Santiago, Chile
2019

A mis padres Isabel y Juan Carlos

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	1
PREÁMBULO: EL CESE EFECTIVO DE CONVIVENCIA	9
CAPÍTULO I: LIMITACIÓN PROBATORIA PARA ACREDITAR EL CESE DE CONVIVENCIA	12
1. Introducción	12
2. Contenido y alcance de la limitación probatoria.....	14
3. Análisis desde el tenor literal y la historia fidedigna del establecimiento de la LMC ...	16
4. Pronunciamiento del TC respecto de los artículos 22, 25 y 2º transitorio de la LMC ..	20
5. Relación con el derecho a la prueba y el principio de libertad de prueba en materia de Familia	26
6. Aplicación práctica de la limitación probatoria	32
7. Proyecto legislativo: Boletín N° 8752-07.....	35
8. Conclusión	36
CAPÍTULO II: NATURALEZA JURÍDICA DEL DIVORCIO DE COMÚN ACUERDO	38
1. Introducción	38
2. Naturaleza jurídica del divorcio de común acuerdo: Un acto judicial no contencioso..	39
2.1. Importancia de la determinación de su naturaleza jurídica	39
2.2. Características de los actos judiciales no contenciosos en relación al divorcio de común acuerdo.....	40
3. Jurisprudencia respecto de su naturaleza jurídica	52
4. Tramitación del divorcio de común acuerdo	58
5. Proyecto legislativo: Boletín N° 8752-07.....	59
6. Conclusión	60
CAPÍTULO III: NATURALEZA JURÍDICA DE LA DENOMINADA CLÁUSULA DE DUREZA	61
1. Introducción	61
2. La cláusula de dureza en el ordenamiento jurídico chileno.....	61
3. Naturaleza jurídica de la cláusula de dureza: Una excepción perentoria	65
4. Efectos de su naturaleza jurídica de excepción perentoria	71
4.1. Elementos esenciales o constitutivos	71
4.2. Oportunidad	72
4.3. Carga de la prueba	72
4.4. Cosa juzgada de la resolución que acoge la excepción	74

5. Proyecto legislativo: Boletín N° 6545-18.....	75
6. Conclusión	76
CONCLUSIONES FINALES	78
BIBLIOGRAFÍA.....	80
1. Libros y revistas	80
2. Jurisprudencia.....	84
2.1. Tribunal Constitucional.....	84
2.2. Corte Suprema.....	84
2.3. Corte de Apelaciones.....	84
3. Otros	86

RESUMEN

Con la introducción del divorcio vincular en nuestro ordenamiento por la Ley N° 19.947 que establece la Nueva Ley de Matrimonio Civil, surgen interrogantes relativas a ciertos aspectos procesales de aquella institución, las cuales se encuentran pendientes al no existir una respuesta unánimemente aceptada todavía.

Tres son las cuestiones procesales que aquí se revisan, todas en relación al divorcio por cese de convivencia. Primero, se analizará la limitación impuesta a los matrimonios celebrados bajo la vigencia de la referida ley para acreditar el cese de su convivencia, la cual pugna con el derecho a la prueba y el principio de libertad probatoria en materia de Familia al establecerse la taxatividad de medios de prueba.

En segundo lugar, se tratará la naturaleza jurídica del divorcio solicitado de común acuerdo, esto es, si corresponde a un acto judicial contencioso o a uno no contencioso, adaptándose mejor a esta última figura al destacarse la ausencia de contienda entre partes, sin perjuicio de la jurisprudencia que le atribuye un carácter contradictorio.

Finalmente, me referiré a la naturaleza jurídica de la denominada cláusula de dureza, en particular, si debe ser entendida como una excepción perentoria o un presupuesto procesal de la acción de divorcio, siendo la primera alternativa más armónica con el tenor literal de la ley, además de ser reconocida como tal por la doctrina y la jurisprudencia.

INTRODUCCIÓN

El matrimonio es una institución estudiada en el contexto del Derecho de Familia, rama del Derecho Privado que posee ciertas características particulares que lo distinguen del Derecho Patrimonial.¹ Por la naturaleza de las relaciones que regula, las reformas en esta materia se relacionan estrechamente con los avances y cambios socioculturales que va experimentando la sociedad de una época a otra.² En este orden de ideas, la Ley de Matrimonio Civil del 10 de enero de 1884 resultaba arcaica para nuestros tiempos al no reconocer el divorcio vincular.

Tras la ardua y extensa discusión que se produjo a propósito de las modificaciones, por fin en 2004 se dicta la Ley N° 19.947 que establece la Nueva Ley de Matrimonio Civil (en adelante, “LMC”), la cual entró en vigencia el 18 de noviembre del mismo año,³ modernizando la legislación nacional al introducir en nuestro ordenamiento el divorcio vincular entre las causales de término del matrimonio. Su consagración causó tal impacto en Chile que ha llevado a referirse a la nueva norma como la “*ley de divorcio*” sin perjuicio de tratar también otras materias,⁴ como las relativas a la celebración y terminación del matrimonio.

La LMC consagra un sistema de divorcio causado,⁵ esto es, debe acreditarse en juicio alguna de las causales que taxativamente señala la ley para que pueda ser declarado.⁶ Asimismo, atendiendo a sus causales, se distingue entre divorcio-sanción y divorcio-remedio o solución.⁷ En el primero, uno de los cónyuges es culpable de realizar una conducta que lesiona gravemente la vida familiar,⁸ por su parte, el divorcio-remedio se configura como una solución de la crisis que resulta de la ruptura definitiva de los cónyuges por tornarse imposible su

¹ RAMOS, René, 2010. *Derecho de Familia*. 7ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 14. Véase también TAPIA, Mauricio, 2014. Principios, reglas y sanciones del Derecho de las Familias. En: LEPÍN, Cristián, et al. *Responsabilidad Civil y Familia*. Santiago: Legal Publishing Chile, pp. 353-363. pp. 354 y ss.

² En este sentido ROCA, Encarna, 2007. La evolución del Derecho de Familia en España. En: GUZMÁN, Alejandro. *El Código Civil de Chile (1855-2005) Trabajos expuestos en el Congreso Internacional celebrado para conmemorar su promulgación (Santiago, 3-6 de octubre de 2005)*. Santiago: LexisNexis, pp. 741-760. pp. 745 y ss., la autora plantea que las reformas en esta materia llevadas a cabo en países europeos desde mediados del siglo pasado, son consecuencia de los cambios sociales y las transformaciones respecto de la concepción de la familia. Véase también LEPÍN, Cristián, 2014. Responsabilidad civil en las relaciones de familia. En: LEPÍN, Cristián, et al. *Responsabilidad Civil y Familia*. Santiago: Legal Publishing Chile, pp. 397-438. pp. 401 y ss.

³ Dispone el artículo final de la LMC que ella entraría en vigencia seis meses después de su publicación en el Diario Oficial, la que se efectuó el 17 de mayo de 2004. En este sentido LEPÍN, Cristián y LAMA, Belén, 2019. *Divorcio. Análisis crítico de la jurisprudencia nacional*. Santiago: Rubicón Editores. p. 11.

⁴ RAMOS, René, 2010. op. cit. p. 101.

⁵ LEPÍN, Cristián, 2017. *Derecho Familiar Chileno*. Santiago: Legal Publishing Chile. p. 283.

⁶ *Ibid.*

⁷ RAMOS, René, 2010. op. cit. p. 105. En el mismo sentido TRONCOSO, Hernán, 2017. *Derecho de Familia*. 16ª ed. Santiago: Legal Publishing Chile. p. 91; y COURT, Eduardo, 2004. *Nueva Ley de Matrimonio Civil. Ley 19.947 de 2004 analizada y comentada*. Santiago: Legis. p. 81.

⁸ RAMOS, René, 2010. op. cit. p. 105.

convivencia.⁹ El Capítulo VI de la LMC regula las causales, titularidad y ejercicio de la acción, y los efectos del divorcio;¹⁰ se identifica el divorcio sanción en el artículo 54,¹¹ cuya causal es la falta imputable a uno de los cónyuges en los términos descritos por el mismo artículo,¹² y el divorcio remedio en el artículo 55,¹³ el cual se fundamenta en un hecho objetivo,¹⁴ pues su causal la constituye el cese efectivo de convivencia por el lapso exigido por la ley.¹⁵ En razón de lo anterior, la institución en cuestión puede definirse como “*una forma de poner término al matrimonio, declarada judicialmente, por infracción de los deberes del matrimonio o por haber cesado la convivencia conyugal*”.¹⁶

A su vez, respecto del divorcio regulado en el artículo 55, se distingue el solicitado de mutuo acuerdo por los cónyuges—incisos primero y segundo—, y el solicitado por uno solo de ellos —inciso tercero—. Sin perjuicio de los requisitos particulares que la ley señala para cada una de estas figuras —en el primer caso, acompañar un acuerdo regulador completo y suficiente; en el segundo, que no proceda la denominada cláusula de dureza, esto es, que no exista un incumplimiento reiterado e injustificado de la obligación de alimentos del cónyuge demandante durante el cese de convivencia—,¹⁷ ambas encuentran su causal en el cese de convivencia,¹⁸ diferenciándose solo en el plazo requerido, esto es, un año para el divorcio solicitado de común

⁹ *Ibíd.* p. 106.

¹⁰ En adelante, cuando no se especifique cuerpo normativo, debe entenderse que los artículos señalados pertenecen a la LMC.

¹¹ RAMOS, René, 2010. *op. cit.* p. 106-107. En el mismo sentido TRONCOSO, Hernán, 2017. *op. cit.* p. 91; COURT, Eduardo, 2004. *op. cit.* pp. 81-86; y PEÑA, Carlos, 2004. Seminario Nueva Ley de Matrimonio Civil. Charla efectuada el Martes 1 de Junio de 2004. En: DOMÍNGUEZ, Carmen, et al. *Nueva Ley de Matrimonio Civil, Ley N° 19.947. Charlas efectuadas el Lunes 31 de Mayo y Martes 1 de Junio de 2004*. Santiago: Colegio de Abogados de Chile A.G., pp. 57-72. p. 59.

¹² LEPÍN, Cristián, 2017. *op. cit.* p. 283. El artículo 54 establece en su primer inciso: “*El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común*”.

¹³ RAMOS, René, 2010. *op. cit.* p. 108. En el mismo sentido TRONCOSO, Hernán, 2017. *op. cit.* p. 91; COURT, Eduardo, 2004. *op. cit.* p. 81; y PEÑA, Carlos, 2004. *op. cit.* pp. 59-60. Por otra parte, algunos autores distinguen en el artículo 55 el divorcio-remedio del divorcio por mutuo consentimiento, entendiéndose entonces que la LMC contempla tres tipos de divorcio: los dos recién mencionados y el divorcio-sanción o por culpa, así BARRIENTOS, Javier y NOVALES, Aránzazu, 2004. *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno. Ley N° 19.947: Celebración del Matrimonio, Separación, Divorcio y Nulidad*. 2ª ed. Santiago: LexisNexis. p. 360; véase también BARRIENTOS, Javier, 2011. *Derecho de las Personas. El Derecho Matrimonial*. Santiago: Legal Publishing Chile. p. 665

¹⁴ COURT, Eduardo, 2004. *op. cit.* p. 87. Véase también DEL PICÓ, Jorge, 2015. *Derecho Matrimonial Chileno*. 2ª ed. Santiago: Thomson Reuters. p. 419.

¹⁵ LEPÍN, Cristián, 2017. *op. cit.* p. 283. El artículo 55 señala en su primer inciso: “*Sin perjuicio de lo anterior, el divorcio será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común acuerdo y acreditan que ha cesado su convivencia durante un lapso mayor de un año*”. Agrega el inciso tercero: “*Habrà lugar también al divorcio cuando se verifique un cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, a lo menos, tres años, (...)*”.

¹⁶ LEPÍN, Cristián, 2017. *op. cit.* p. 282.

¹⁷ Sobre la cláusula de dureza, véase DEL PICÓ, Jorge, 2015. *op. cit.* pp. 426 y ss.; y LEPÍN, Cristián, 2013. El principio de protección del cónyuge más débil en el moderno derecho de familia. *Revista Chilena de Derecho*. Santiago: Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 40, no. 2, pp. 513-548. pp. 534 y ss.

¹⁸ En este sentido PEÑA, Carlos, 2004. *op. cit.* pp. 61 y 66.

acuerdo, y tres años si se trata de la solicitud unilateral de alguno de los cónyuges.¹⁹ En ambos casos, el cese de convivencia adquiere fecha cierta conforme a lo establecido en los artículos 22 y 25, en los cuales se señalan los medios probatorios con que puede acreditarse el hecho objetivo del cese de la vida en común.²⁰

Con la introducción del divorcio vincular en nuestro ordenamiento por la LMC, surgen interrogantes relativas a ciertos aspectos procesales, respecto de los cuales no hay una respuesta unánimemente aceptada todavía. Sin perjuicio de las opiniones doctrinarias y los pronunciamientos de los Tribunales, las soluciones propuestas y aplicadas en la práctica aún se discuten.

Tres son las cuestiones procesales que aquí se revisan, todas en relación al divorcio por cese de convivencia. Primero, se analizará la limitación probatoria impuesta a los matrimonios celebrados con posterioridad a la entrada en vigencia de la LMC, para acreditar el cese de su convivencia, conforme a los artículos 22, 25 y 2º transitorio inciso tercero.²¹ En segundo lugar,

¹⁹ Artículo 55 LMC: “Sin perjuicio de lo anterior, el divorcio será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común acuerdo y acreditan que ha cesado su convivencia durante un lapso mayor de un año.

En este caso, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que, ajustándose a la ley, regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita.

Habrà lugar también al divorcio cuando se verifique un cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, a lo menos, tres años, salvo que, a solicitud de la parte demandada, el juez verifique que el demandante, durante el cese de la convivencia, no ha dado cumplimiento, reiterado, a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo.

En todo caso, 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.

La reanudación de la vida en común de los cónyuges, con ánimo de permanencia, interrumpe el cómputo de los plazos a que se refiere este artículo”.

²⁰ Artículo 22 LMC: “El acuerdo que conste por escrito en alguno de los siguientes instrumentos otorgará fecha cierta al cese de la convivencia:

a) escritura pública, o acta extendida y protocolizada ante notario público;

b) acta extendida ante un Oficial del Registro Civil, o

c) transacción aprobada judicialmente.

No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, si el cumplimiento del acuerdo requiriese una inscripción, subinscripción o anotación en un registro público, se tendrá por fecha del cese de la convivencia aquélla en que se cumpla tal formalidad.

La declaración de nulidad de una o más de las 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”.

Artículo 25 LMC: “El cese de la convivencia tendrá también fecha cierta a partir de la notificación de la demanda, en el caso del artículo 23 [procedimiento judicial que se sustancie para reglar las relaciones mutuas o sus relaciones con los hijos].

Asimismo, habrá fecha cierta, si no mediare acuerdo ni demanda entre los cónyuges, cuando, habiendo uno de ellos expresado su voluntad de poner fin a la convivencia a través de cualquiera de los instrumentos señalados en las letras a) y b) del artículo 22 o dejado constancia de dicha intención ante el juzgado correspondiente, se notifique al otro cónyuge. En tales casos, se tratará de una gestión voluntaria y se podrá comparecer personalmente. La notificación se practicará según las reglas generales”.

²¹ El artículo 2º transitorio LMC se refiere a los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la LMC, y establece en su inciso tercero respecto de ellos: “Además, no regirán las limitaciones señaladas en

se tratará la naturaleza jurídica del divorcio solicitado de común acuerdo, esto es, si corresponde a un acto judicial contencioso o a uno no contencioso. Finalmente, me referiré a la naturaleza jurídica de la denominada cláusula de dureza, institución contemplada en el inciso tercero del artículo 55, específicamente, si ella debe ser entendida como una excepción perentoria o un presupuesto procesal de la acción de divorcio.

Sobre el primer tema, el problema nace de la interpretación de los artículos 22 y 25 LMC en relación al artículo 2º transitorio de la misma ley. Estas disposiciones establecen una limitación a la prueba del cese de convivencia que afecta a los matrimonios celebrados con posterioridad a la entrada en vigencia del referido cuerpo legal, consistente en la taxatividad de los medios de que podrán valerse los cónyuges para probar el hecho del cese de la vida en común, reduciéndolos a los señalados en esos preceptos. Lo anterior se desprende claramente del tenor literal de la norma, la cual encierra la intención del legislador de establecer la limitación descrita.

Sin embargo, desconociendo el texto legal y la intención del legislador, los Tribunales han realizado una interpretación distinta, como consecuencia de armonizar la normativa en cuestión con la reglamentación de la prueba presente en la Ley Nº 19.968 que crea los Tribunales de Familia (en adelante, "LTF"). Dicha interpretación es útil a la pretensión de los cónyuges de conseguir la declaración de su divorcio,²² no obstante, no es correcta si se atiende a la historia fidedigna del establecimiento de la LMC.²³

Con todo, la limitación probatoria de la LMC pugna con el principio de libertad probatoria que la LTF consagra en materia de Familia.²⁴ Por lo demás, los cónyuges se ven afectados en el

los artículos 22 y 25 de la Ley de Matrimonio Civil para comprobar la fecha de cese de la convivencia entre los cónyuges; sin embargo, el juez podrá estimar que no se ha acreditado si los medios de prueba aportados al proceso no le permiten formarse plena convicción sobre ese hecho".

²² En este sentido FUENTES, Claudio, 2013. Comentarios de Jurisprudencia. Derecho Procesal Civil. *Revista Chilena de Derecho Privado*. Santiago: Fundación Fernando Fueyo Laneri, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, no. 20, pp. 285-294. p. 294.

²³ *Ibíd.*, el autor señala que la intención del legislador se desprende claramente de las disposiciones de la LMC, de modo que una interpretación que la desconozca resulta errada en su opinión.

²⁴ El artículo 28 LTF establece: "*Libertad de prueba. Todos los hechos que resulten pertinentes para la adecuada resolución del conflicto familiar sometido al conocimiento del juez podrán ser probados por cualquier medio producido en conformidad a la ley*". Agrega el artículo 29 LTF en su inciso primero: "*Ofrecimiento de prueba. Las partes podrán, en consecuencia, ofrecer todos los medios de prueba de que dispongan (...)*". Frente a ello, la taxatividad de instrumentos de que pueden valerse los cónyuges para probar el cese de su convivencia que se desprende de los preceptos de la LMC constituye una limitación importante al uso libre de medios probatorios. En este sentido GASCÓN, Marina, 2010. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons. p. 117.

ejercicio de su derecho a la prueba, el cual corresponde a una de las garantías del derecho a un debido proceso.²⁵

Sobre la naturaleza jurídica del divorcio solicitado de común acuerdo, la discusión atiende a si éste corresponde a un acto judicial contencioso o a uno no contencioso. Apoyándose en las disposiciones transitorias de la LMC, la jurisprudencia mayoritariamente le atribuye un carácter contradictorio. Por su parte, destacando la falta de contienda entre los cónyuges, la doctrina estima más adecuado considerarlo un acto judicial no contencioso y tramitarlo como tal.²⁶

Que su naturaleza jurídica corresponda a la de un acto judicial no contencioso tiene como consecuencia la atribución de las características de dichos actos, lo que es de la mayor relevancia, todavía más en lo que respecta al procedimiento aplicable, el régimen probatorio, y la carencia de cosa juzgada. De este modo, el divorcio solicitado de común acuerdo debería tramitarse conforme al procedimiento especial que para los actos no contenciosos establece la LTF, en que el régimen de prueba no contempla limitaciones como las impuestas por la LMC.

Por tratarse de un acto no contencioso, la sentencia definitiva dictada no produce cosa juzgada, siendo esencialmente revocable.²⁷ El desasimiento del tribunal solo es efectivo respecto de las sentencias afirmativas cumplidas,²⁸ lo cual resulta particularmente interesante en el contexto del divorcio, pues cabe preguntarse desde cuándo se entiende cumplida la resolución que declara el divorcio de común acuerdo, ya que desde ese momento no podrá solicitarse su modificación.

Por último, se tratará la naturaleza jurídica de la denominada cláusula de dureza, institución contemplada en el inciso tercero del artículo 55 LMC en el contexto del divorcio por cese de convivencia solicitado unilateralmente por alguno de los cónyuges. Respecto de dicha figura,

²⁵ En este sentido TARUFFO, Michele, 2008. *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons. p. 56, el autor señala que "(...) el derecho a presentar todos los medios de prueba relevantes que estén al alcance de las partes es un aspecto esencial del derecho al debido proceso y debe reconocerse que pertenece a las garantías fundamentales de las partes".

²⁶ En este sentido MATURANA, Cristián, 2014. La terminación del matrimonio de común acuerdo: Una institución en la búsqueda de su identidad procesal. *Revista de Derecho de Familia*. Santiago: Thomson Reuters, vol. 3, no. 3, pp. 21-50. pp. 38 y ss.

²⁷ ROMERO, Alejandro, 2002. *La cosa juzgada en el proceso civil chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 47.

²⁸ LILLO, Lenin, 2012. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago. p. 40.

se cuestiona si su naturaleza corresponde a la de una excepción perentoria o a la de un presupuesto procesal de la acción de divorcio,²⁹ es decir, un requisito de ella.³⁰

La cláusula de dureza introducida en nuestra legislación se inspira en la normativa comparada, pero es más reducida que ésta.³¹ Consiste en la facultad que se le otorga al juez para no dar lugar a una demanda unilateral de divorcio cuando el cónyuge demandante ha incumplido su obligación de alimentos para con el otro cónyuge o los hijos comunes, pudiendo hacerlo.³² Es una materialización de los principios de protección del cónyuge más débil y de interés superior de los hijos.³³

Actualmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia estiman mayoritariamente que la cláusula de dureza corresponde a una excepción perentoria,³⁴ lo que se apoya en el requisito de solicitud de parte que señala la norma,³⁵ esto es, el cónyuge demandado de divorcio debe alegar el incumplimiento del alimentante a fin de enervar su acción. De este modo, atribuirle dicha naturaleza jurídica es más adecuado que considerarla un presupuesto de la acción, pues resulta armónico con la literalidad de la norma.³⁶ Asimismo, si se tratara de un presupuesto procesal, significaría privar al cónyuge incumplidor de la posibilidad de ejercer la acción de divorcio, siendo ello un aspecto que escapa a la finalidad de la cláusula que, como se mencionó, no es otra que aplicar los principios de protección del cónyuge más débil y de los hijos.³⁷ Además, resultaría afectado el derecho fundamental de acción del alimentante.

Uno de los aspectos interesantes relativos a la cláusula de dureza es la carga de la prueba. En general, la jurisprudencia se inclina por imponer al cónyuge demandado la carga de probar la existencia de la obligación de alimentos, e incumbe al demandante –alimentante– probar su cumplimiento. Sin embargo, en doctrina hay distintas opiniones, mientras algunos estiman

²⁹ TRONCOSO, Hernán, 2017. op. cit. p. 95.

³⁰ LEPÍN, Cristián, 2013. op. cit. p. 536.

³¹ DEL PICÓ, Jorge, 2015. op. cit. p. 426. Sobre su carácter reducido, una opinión más drástica se encuentra en KUNCAR, Andrés, 2009. El divorcio unilateral ante el incumplimiento de la obligación alimenticia. En: PIZARRO, Carlos, et al. *Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Olmué, 2008*. Santiago: Legal Publishing Chile, pp. 173-193. p. 175, el autor comenta que no existe una verdadera cláusula de dureza en nuestra legislación.

³² Véase DEL PICÓ, Jorge, 2015. op. cit. p. 428.

³³ LEPÍN, Cristián, 2013. op. cit. p. 535.

³⁴ *Ibíd.* p. 536. Véase también QUINTANA, María, 2008. Aplicación jurisprudencial de las nuevas causales de terminación del matrimonio. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Valparaíso: Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. 31, pp. 267-288. p. 272; y RAMOS, René, 2010. op. cit. p. 110.

³⁵ LEPÍN, Cristián, 2013. op. cit. p. 536. Véase también FUENZALIDA, Daniela, 2016. Estudio de la denominada “cláusula de dureza” en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista de Derecho de Familia*. Santiago: Thomson Reuters, vol. 2, no. 10, pp. 37-50. p. 44.

³⁶ LEPÍN, Cristián, 2013. op. cit. p. 536.

³⁷ En este sentido FUENZALIDA, Daniela, 2016. op. cit. p. 49.

correcta la distribución de la carga de la prueba que proponen los Tribunales,³⁸ otros señalan que correspondería al demandado probar tanto la existencia de la obligación como el incumplimiento,³⁹ y al demandante toca acreditar que su incumplimiento es justificado;⁴⁰ por otro lado, también se ha dicho que, si se considera la cláusula de dureza una excepción perentoria, entonces corresponde solo al demandado que la opone probar los hechos en que se funda.⁴¹

Existen sendos Proyectos de Ley respecto de los tres temas aquí presentados,⁴² los cuales pretenden la modificación de la LMC zanjando las interrogantes planteadas. Lamentablemente, dichos Proyectos se encuentran sin urgencia o archivados hace bastantes años, por lo que el debate doctrinario y jurisprudencial sobre las cuestiones expuestas sigue vivo.

En lo que sigue, se revisará separadamente cada uno de estos temas. Previamente, me referiré al cese efectivo de la convivencia como causal de divorcio. Luego, sobre la limitación probatoria impuesta por la LMC, se señala su contenido y alcance, y cómo ella es clara a la luz de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, además se analiza el confuso pronunciamiento del Tribunal Constitucional (en adelante, "TC") al respecto, la pugna entre la limitación y el principio de libertad probatoria, y cómo se aplica en la práctica por los Tribunales. Seguidamente, se trata la naturaleza jurídica del divorcio solicitado de común acuerdo, comenzando por la importancia de determinar la naturaleza de las instituciones, para luego señalar las características particulares que adquiere al considerársele un acto judicial no contencioso, sin perjuicio de la jurisprudencia que persiste en atribuirle un carácter contradictorio. Finalmente, sobre la denominada cláusula de dureza, se explica su origen y objetivo de su consagración en la legislación nacional, y cómo la posición dominante le atribuye una naturaleza jurídica de excepción perentoria, lo cual parece más adecuado que considerarle un presupuesto de la acción de divorcio, atendiendo al requisito de solicitud de

³⁸ LEPÍN, Cristián, 2013. op. cit. p. 538. Véase también KUNCAR, Andrés, 2009. op. cit. p. 190; y QUINTANA, María, 2008. op. cit. p. 269.

³⁹ RAMOS, René, 2010. op. cit. p. 110.

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ TRONCOSO, Hernán, 2017. op. cit. p. 95.

⁴² Sobre la limitación probatoria para acreditar el cese de convivencia y la naturaleza jurídica del divorcio solicitado de común acuerdo, véase Proyecto de Ley, 20 de diciembre de 2012. *Modifica Ley N° 19.947, sobre matrimonio civil, con el objeto de facilitar el trámite de divorcio de común acuerdo.* Boletín 8752-07 [en línea]. Disponible en: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=8752-07 [consulta: 30 de junio de 2019]. Sobre la naturaleza jurídica de la cláusula de dureza, véase Proyecto de Ley, 4 de junio de 2009. *Modifica el artículo 55 inciso 3 de la Ley de Matrimonio Civil, en lo relativo a la causal para oponerse al divorcio unilateral.* Boletín 6545-18 [en línea]. Disponible en: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=6545-18 [consulta: 30 de junio de 2019].

parte y a la finalidad de la institución, que no es castigar al alimentante incumplidor privándolo de ejercer la acción de divorcio, sino brindar protección a los integrantes más vulnerables de la familia frente a los efectos perjudiciales que podría implicar para ellos la declaración del divorcio.

PREÁMBULO: EL CESE EFECTIVO DE CONVIVENCIA

Como se adelantó, la causal del divorcio remedio contemplado en el artículo 55 corresponde al cese efectivo de convivencia de los cónyuges.⁴³ No obstante, algunos autores han entendido que el referido precepto consagra ese tipo de divorcio solo en su inciso tercero,⁴⁴ mientras que sus primeros dos incisos se establece una figura distinta correspondiente al divorcio por mutuo consentimiento,⁴⁵ cuya causal no es el cese de convivencia sino el consentimiento de los cónyuges.⁴⁶ Al respecto, durante la tramitación de la LMC en el Senado, se señaló:

“Se aclara, por tanto, que la causa del divorcio no es el mutuo acuerdo sino que el cese de la convivencia, es decir el quiebre de la relación matrimonial, por un período cuya extensión es menor si ambos cónyuges piden el divorcio a la que se requiere cuando solo existe la voluntad de uno de ellos para solicitarlo.

El acuerdo, en efecto, debe estar referido al ejercicio de la acción de divorcio y no al plazo transcurrido desde el cese de la convivencia, porque este último es un hecho objetivo, que se exige probar de acuerdo a las exigencias que se incorporaron a raíz de la separación de hecho y con las limitaciones allí consignadas. (...).⁴⁷

Apoyándose en el segundo párrafo citado, tales autores opinan que lo planteado “no parece sostenerse lógica ni jurídicamente”,⁴⁸ toda vez que la acción de divorcio no será ejercida si falta el acuerdo mutuo de los cónyuges aunque exista cese de convivencia,⁴⁹ de modo que éste es solo un “requisito añadido a la verdadera causa para accionar”,⁵⁰ correspondiente al consentimiento de los cónyuges. Agregan que la figura en cuestión no es una mera expresión de la voluntad común de terminar el matrimonio,⁵¹ sino que el divorcio es decretado por el juez en base a ella y al cumplimiento de las exigencias legales respectivas,⁵² con ello, el Estado

⁴³ LEPÍN, Cristián, 2017. op. cit. p. 295. También COURT, Eduardo, 2004. op. cit. p. 87.

⁴⁴ BARRIENTOS, Javier y NOVALES, Aránzazu, 2004. op. cit. p. 389. En el mismo sentido BARRIENTOS, Javier, 2011. op. cit. p. 715.

⁴⁵ BARRIENTOS, Javier y NOVALES, Aránzazu, 2004. op. cit. p. 381. En el mismo sentido BARRIENTOS, Javier, 2011. op. cit. p. 702.

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ Historia de la Ley N° 19.947, 17 de mayo de 2004. *Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil*. Boletín N° 1759-18 [en línea]. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/5731/> [consulta: 30 de junio de 2019]. p. 582.

⁴⁸ BARRIENTOS, Javier y NOVALES, Aránzazu, 2004. op. cit. p. 382. En el mismo sentido BARRIENTOS, Javier, 2011. op. cit. p. 702.

⁴⁹ BARRIENTOS, Javier y NOVALES, Aránzazu, 2004. op. cit. p. 382. En el mismo sentido BARRIENTOS, Javier, 2011. op. cit. p. 703.

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² *Ibíd.*

fiscalizaría esa voluntad.⁵³ Asimismo, aceptar el mutuo acuerdo de los cónyuges como la causal para decretar el divorcio significa no ahondar en los motivos verdaderos que ellos tuviesen para optar por terminar la vida en común, respetando su privacidad.⁵⁴

Más adelante, veremos que la explicación que se sugiere parece más adecuada a las características del divorcio solicitado de común acuerdo. Sin embargo, la intención del legislador es explícita: ya sea por mutuo consentimiento o unilateral, la causal de divorcio en el caso del artículo 55 es el cese efectivo de convivencia. En consecuencia, la LMC no contempla el tipo de divorcio que procede por el solo acuerdo de los cónyuges.⁵⁵ Determinado entonces que nuestro legislador ha establecido el cese de convivencia como causal de divorcio, cabe referirse a su carácter efectivo.

El cese de convivencia es una situación de hecho que consiste en desatender la obligación de los cónyuges de vivir juntos,⁵⁶ y consta de dos elementos: (1) la separación física de cuerpos o *corpus separationis*,⁵⁷ y (2) la voluntad de terminar la vida en común o *animus separationis*.⁵⁸ Este último predomina sobre el primero, pues permanece la convivencia de los cónyuges aun encontrándose materialmente separados si existe la intención de mantener la comunidad de vida o *affectio*,⁵⁹ de modo que lo relevante es mantener una relación afectivo-sexual,⁶⁰ sin importar si se comparte o no un mismo lugar de residencia,⁶¹ así lo ha entendido también la jurisprudencia.⁶² Por lo tanto, se entiende por cese efectivo de convivencia el término de la comunidad de vida atendiendo al *animus separationis* de los cónyuges.⁶³

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ En este sentido KEMELMAJER, Aida, 2014. La eliminación del divorcio contencioso en el proyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina y su incidencia en el Derecho de Daños. En: LEPÍN, Cristián, et al. *Responsabilidad Civil y Familia*. Santiago: Legal Publishing Chile, pp. 195-221. p. 218, la autora señala: “*El juez debe respetar el derecho a la vida íntima; nadie debe ser obligado a revelar cuáles son las razones por las cuales el proyecto conyugal ha fracasado*”.

⁵⁵ LEPÍN, Cristián, 2017. *op. cit.* p. 300. Véase también COURT, Eduardo, 2004. *op. cit.* p. 81; y PEÑA, Carlos, 2004. *op. cit.* p. 60-61. Este último explica que por ese motivo resulta impreciso en nuestro país hablar de “*divorcio por mutuo consentimiento*” o de “*divorcio unilateral*”, pues en Chile solo existe divorcio por culpa y por cese efectivo de la convivencia. Sin perjuicio de ello, en adelante emplearé tales conceptos sin hacer referencia a la causal de cese de convivencia con el fin de evitar la redundancia.

⁵⁶ BARRIENTOS, Javier, 2011. *op. cit.* p. 705, el autor se refiere a la obligación establecida en los artículos 102 y 133 del Código Civil.

⁵⁷ *Ibíd.* Véase también LEPÍN, Cristián, 2017. *op. cit.* p. 296.

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ *Ibíd.*

⁶⁰ LEPÍN, Cristián, 2017. *op. cit.* p. 296.

⁶¹ BARRIENTOS, Javier, 2011. *op. cit.* p. 705.

⁶² *Ibíd.* p. 706. Véase también LEPÍN, Cristián, 2017. *op. cit.* p. 297.

⁶³ LEPÍN, Cristián, 2017. *op. cit.* p. 296. En el mismo sentido BARRIENTOS, Javier y NOVALES, Aránzazu, 2004. *op. cit.* p. 390.

Por último, independientemente de si el divorcio se solicita de común acuerdo o unilateralmente por alguno de los cónyuges, en ambos casos es necesario acreditar el cese efectivo de convivencia por el plazo respectivo que exige la LMC.⁶⁴

⁶⁴ LEPÍN, Cristián, 2017. op. cit. p. 295. Véase también COURT, Eduardo, 2004. op. cit. p. 87; PEÑA, Carlos, 2004. op. cit. p. 66; y DEL PICÓ, Jorge, 2015. op. cit. p. 420. En adelante, me referiré al cese de convivencia sin hacer alusión a su carácter efectivo con el fin de evitar la redundancia.

CAPÍTULO I: LIMITACIÓN PROBATORIA PARA ACREDITAR EL CESE DE CONVIVENCIA

1. Introducción

Como se viene señalando, según el artículo 55 referido al divorcio por cese de convivencia, para que el juez decrete el divorcio –ya sea que se solicite de común acuerdo o unilateralmente– es necesario que los cónyuges prueben que han cesado la vida en común por el plazo requerido por la ley –uno y tres años, respectivamente–, pues la causal invocada es precisamente el hecho del cese de convivencia. Para ello, los artículos 22 y 25 establecen los medios probatorios que pueden emplearse para acreditar el transcurso del tiempo exigido.

Los medios de prueba enumerados en dichos preceptos corresponden a (1) ciertos instrumentos en los cuales conste el acuerdo regulatorio de las relaciones mutuas de los cónyuges y para con sus hijos –artículo 22–, y (2) a la actuación judicial consistente en la notificación de la demanda por alguna materia de la misma índole o de la voluntad de uno de los cónyuges de poner fin a la vida en común –artículo 25–. En virtud de alguno de esos instrumentos o de la actuación referida, el cese de convivencia adquiere fecha cierta.

Si bien no se señala en esos artículos la taxatividad de los medios probatorios, tal restricción deriva de su interpretación en relación al artículo 2º transitorio de la LMC,⁶⁵ el cual en su inciso tercero estipula que respecto de los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la LMC “*no regirán las limitaciones señaladas en los artículos 22 y 25 (...) para comprobar la fecha de cese de la convivencia entre los cónyuges*”. Del texto de la ley se desprende entonces que tales artículos configuran una limitación a los medios de prueba para acreditar la causal objetiva que se invoca, esto es, el transcurso del plazo del cese de la vida en común.

De este modo, únicamente los matrimonios celebrados posteriormente se ven afectados por la limitación probatoria que consagran los referidos preceptos, quienes deberán probar el cese de su convivencia a través de los medios que especifica la LMC. Lo anterior se ve reforzado por el inciso cuarto del artículo 55, conforme al cual “*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*”.

⁶⁵ En este sentido FUENTES, Claudio, 2013. op. cit. p. 293.

La limitación probatoria en cuestión no solo es patente si se atiende al tenor literal de la norma, se expone más adelante que ella corresponde a la intención del legislador plasmada en la historia fidedigna del establecimiento de la ley. Sin embargo, desconociendo lo anterior, los Tribunales han adoptado una interpretación diferente al intentar armonizar las disposiciones mencionadas con las normas sobre prueba que establece la LTF, particularmente sus artículos 28 y 29, que respectivamente consagran el principio de libertad de prueba en materia de Familia,⁶⁶ y la amplitud de prueba en virtud de la cual las partes pueden ofrecer cualquier medio probatorio del que dispongan y solicitar al juez la generación de otros.⁶⁷ Estos artículos señalan:

“Artículo 28.- Libertad de prueba. Todos los hechos que resulten pertinentes para la adecuada resolución del conflicto familiar sometido al conocimiento del juez podrán ser probados por cualquier medio producido en conformidad a la ley”.

“Artículo 29.- Ofrecimiento de prueba. Las partes podrán, en consecuencia, ofrecer todos los medios de prueba de que dispongan, pudiendo solicitar al juez de familia que ordene, además, la generación de otros de que tengan conocimiento y que no dependan de ellas, sino de un órgano o servicio público o de terceras personas, tales como pericias, documentos, certificaciones u otros medios aptos para producir fe sobre un hecho determinado.

Las partes tendrán plenas facultades para solicitar a los órganos, servicios públicos, o terceras personas, la respuesta a los oficios solicitados en la audiencia preparatoria y que hayan sido admitidos por el tribunal, a fin de que puedan ser presentados como medios de prueba en la audiencia del juicio.

El juez, de oficio, podrá asimismo ordenar que se acompañen todos aquellos medios de prueba de que tome conocimiento o que, a su juicio, resulte necesario producir en atención al conflicto familiar de que se trate”.

En consecuencia, los Tribunales actualmente entienden y aplican la limitación con un contenido distinto al que pretendía el legislador, lo cual, sin perjuicio de resultar equivocado

⁶⁶ SILVA, Rodrigo, 2014. *Manual de Tribunales de Familia*. 5ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 32.

⁶⁷ *Ibíd.*

desde esa perspectiva,⁶⁸ igualmente es útil a la pretensión de los cónyuges de que sea decretado su divorcio.⁶⁹

Como se adelantó, cabe destacar que la limitación probatoria impuesta por la LMC a los matrimonios celebrados con posterioridad a su entrada en vigencia, en cuanto implica la taxatividad de medios para probar el cese de convivencia, pugna con el principio de libertad probatoria reconocido por la LTF en esta materia, asimismo, afecta el ejercicio del derecho a la prueba de que gozan las partes –los cónyuges– del procedimiento de divorcio.

A continuación, se revisa el contenido y alcance de la limitación probatoria, y cómo ella se desprende del tenor literal de la ley y de la historia fidedigna de su establecimiento. Se analiza también el pronunciamiento del TC al respecto, la pugna con el principio de libertad probatoria y la afectación del derecho a la prueba, y la aplicación de la limitación como la han entendido los Tribunales.

2. Contenido y alcance de la limitación probatoria⁷⁰

De las normas reguladoras de la prueba del cese de convivencia que contempla la LMC, podemos desprender tres elementos: (1) la existencia de una limitación probatoria, (2) en qué consiste ésta –su contenido–, (3) y a quiénes afecta –su alcance–. Observamos que dicho cuerpo normativo impone una limitación de los medios que pueden utilizarse para probar el cese de convivencia a los cónyuges cuyo matrimonio ha sido celebrado después de su entrada en vigencia.⁷¹

Según el artículo 55, los cónyuges habrán de acreditar el cese de su convivencia durante un lapso mayor a un año cuando se solicite el divorcio de común acuerdo, y por un plazo de, a lo menos, tres años si lo solicita solo uno de ellos. Además, se entenderá no haberse producido

⁶⁸ En este sentido FUENTES, Claudio, 2013. op. cit. p. 294.

⁶⁹ *Ibíd.*, el autor estima que el razonamiento del TC en la materia puede resultar conveniente al facilitar el divorcio de los matrimonios posteriores a la LMC.

⁷⁰ La LMC contempla una restricción específica relativa a la prueba confesional, respecto de la cual no hay mayor discusión, por lo que no me referiré a ella. El debate queda agotado al disponerse explícitamente en el artículo 1º transitorio regla tercera N°7 que “*la prueba confesional no será suficiente para acreditar la fecha de cese de la convivencia entre los cónyuges*”. La norma es clara: la limitación en este caso consiste no en la improcedencia de la prueba confesional, sino que ella es insuficiente por sí sola para acreditar por los cónyuges la fecha del cese de su convivencia. Esto se extiende a todos los matrimonios, ya sea que se hayan celebrado previa o posteriormente a la entrada en vigencia de la ley de divorcio.

⁷¹ La limitación probatoria en estudio se ha entendido de la forma aquí descrita también por la doctrina. Véase RAMOS, René, 2010. op. cit. p. 113; LEPÍN, Cristián, 2017. op. cit. p. 305; PEÑA, Carlos, 2004. op. cit. pp. 70-71; y NÚÑEZ, René y CORTÉS, Mauricio, 2012. *Derecho Procesal de Familia*. Santiago: Legal Publishing Chile. pp. 491 y ss.

el cese con anterioridad a las fechas a que se refieren los artículos 22 y 25, los cuales disponen los casos en que el cese adquiere fecha cierta, esto es:

- a) En el contexto de la separación de hecho, cuando el acuerdo de los cónyuges, relativo a las materias señaladas en el artículo 21,⁷² conste por escrito en alguno de los instrumentos enumerados en el artículo 22:
 - (a) Escritura pública, o acta extendida y protocolizada ante notario público;
 - (b) Acta extendida ante un Oficial del Registro Civil; o
 - (c) Transacción aprobada judicialmente.

Por supuesto, es posible que el acuerdo de los cónyuges conste en instrumento privado o sea alcanzado de forma consensual,⁷³ sin embargo, tal acuerdo no producirá el efecto de otorgar fecha cierta al cese de convivencia.⁷⁴

- b) Cuando no mediare acuerdo entre los cónyuges, el cese de convivencia adquiere fecha cierta a partir de la notificación de la demanda sobre alguno de los asuntos que pueden ser materia del acuerdo.⁷⁵
- c) Cuando no aplique lo anterior por no existir acuerdo ni demanda, otorgará fecha cierta la notificación de la voluntad de uno de los cónyuges de poner fin a la convivencia. Para llevar a cabo la notificación, la manifestación de voluntad del cónyuge deberá constar en escritura pública o acta extendida y protocolizada ante notario público, o en acta extendida ante un Oficial de Registro Civil, o bien, deberá dejarse constancia de su intención de terminar la vida en común ante el juzgado correspondiente.

Sobre la regulación de la prueba del cese de convivencia, a los artículos 22 y 25 se suma el artículo 2º transitorio que, respecto de los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la LMC, establece en su inciso tercero:

“Además, no registrarán las limitaciones señaladas en los artículos 22 y 25 de la Ley de Matrimonio Civil para comprobar la fecha de cese de la convivencia entre los cónyuges;

⁷² De acuerdo al artículo 21, las materias que los cónyuges pueden regular mediante el acuerdo son las relativas a sus relaciones mutuas, en especial lo concerniente a los alimentos que se deban y el régimen patrimonial del matrimonio. Además, cuando haya hijos, el acuerdo debe regular el régimen aplicable a los alimentos, el cuidado personal, y la relación directa y regular que se mantendrá con ellos.

⁷³ MATORANA, Cristián, 2004. Algunos aspectos procesales de la Nueva Ley de Matrimonio Civil. Charla efectuada el Martes 1 de Junio de 2004. En: DOMÍNGUEZ, Carmen, et al. *Nueva Ley de Matrimonio Civil, Ley Nº 19.947. Charlas efectuadas el Lunes 31 de Mayo y Martes 1 de Junio de 2004*. Santiago: Colegio de Abogados de Chile A.G., pp. 73-112. p. 88.

⁷⁴ *Ibíd.*

⁷⁵ Conforme al artículo 21 en relación al artículo 23, se trata de procedimientos judiciales en que se discute sobre materias relativas a las relaciones mutuas de los cónyuges o a sus relaciones con los hijos.

sin embargo, el juez podrá estimar que no se ha acreditado si los medios de prueba aportados al proceso no le permiten formarse plena convicción sobre ese hecho”.

Corolario de las normas indicadas, en cuanto al contenido y alcance de la limitación probatoria que dispone la LMC se concluye:

- 1) Consiste en la taxatividad de los medios probatorios de que pueden valerse los cónyuges para probar el hecho del cese de su convivencia. Los medios que podrán utilizar serán los contemplados en los artículos 22 y 25, únicamente ellos otorgan fecha cierta al cese en los casos descritos más arriba.
- 2) Afecta exclusivamente a los cónyuges cuyo matrimonio haya sido celebrado con posterioridad a la entrada en vigencia de la LMC. Esto en razón de que la misma ley expresamente ha relevado de la limitación a los matrimonios anteriores a ella.

Determinada de esta forma, surgen dudas sobre el fundamento del legislador para establecer un régimen probatorio diferenciado cuyo criterio es la data de celebración del matrimonio. Aún más, una limitación en el sentido que impone la LMC no es admisible en un régimen de libertad probatoria como el consagrado por la LTF para los procedimientos en materia de Familia,⁷⁶ de modo que el cuestionamiento es mayor cuando se intenta armonizar la noción de una limitación probatoria que restringe los medios de prueba con lo expresado por los artículos 28 y 29 de la LTF, los cuales disponen la libertad de prueba en los procedimientos sometidos al conocimiento de los Tribunales de Familia,⁷⁷ de modo que las partes pueden probar los hechos por cualquier medio producido conforme a la ley del que dispongan. Para esclarecer las razones e intención del legislador, a continuación, se analizará la limitación probatoria en estudio enfocándonos en el texto de la ley y en la historia fidedigna de su establecimiento.

3. Análisis desde el tenor literal y la historia fidedigna del establecimiento de la LMC

La existencia de limitaciones probatorias para acreditar el cese de convivencia se infiere del tenor literal de la LMC. Por lo demás, si atendemos a su historia fidedigna, queda de manifiesto la intención del legislador de imponer restricciones en ese sentido, decisión que encuentra su

⁷⁶ LEPÍN, Cristián, 2017. op. cit. p. 305.

⁷⁷ Según lo expresado por el artículo 28 de la LTF, se ha dicho que el principio de libertad de prueba solo aplica en los procedimientos relativos a “*conflictos familiares*”, y no a otras materias de que conocen los Tribunales de Familia. En este sentido SILVA, Rodrigo, 2014. op. cit. p. 32.

fundamento último en evitar fraudes a la ley, por lo que se han privilegiado los medios de prueba escritos para probar el hecho objetivo del cese.

Conforme a la literalidad de la norma, el inciso tercero del artículo 2º transitorio, expresamente releva a los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la LMC de la limitación probatoria que dicha ley impone a quienes hayan celebrado su matrimonio posteriormente. Si bien en los artículos 22 y 25 no se dispone la taxatividad de los medios especificados, esa circunstancia se deduce de la disposición transitoria mencionada, pues ésta es clara al establecer la función probatoria de dichos artículos,⁷⁸ de este modo se exime a los matrimonios anteriores a la LMC de la limitación consiste en la reducción de los medios probatorios a los documentos y actuaciones señaladas. Asimismo, de acuerdo al inciso cuarto del artículo 55, habrá de entenderse que el cese no se ha producido con anterioridad a la data que fijen los medios establecidos en dichos preceptos.

La intención del legislador de imponer limitaciones a la prueba en esta materia es evidente no solo desde la interpretación literal de la norma, basta remitirnos a la historia fidedigna de la ley para comprobarlo. La moción parlamentaria que dio inicio al proceso legislativo que desembocó en la LMC, señalaba que cuando se invocase el cese de convivencia para obtener el divorcio, el objetivo de la prueba sería acreditar por medios legales que los cónyuges han poseído notoriamente la calidad de separados, luego, su sola confesión en ese sentido no sería suficiente. Se hablaba de “*medios legales*” sin restringirse la prueba a medios en particular ni estableciendo distinciones relativas al valor probatorio de ellos, en este sentido, la moción señalaba en sus disposiciones:

“Artículo 71: En los casos en que, para obtener la separación o el divorcio, se esgrima el cese efectivo de la convivencia conyugal, la prueba deberá estar encaminada a acreditar, por los medios legales, que durante el lapso que en cada caso se indica, los cónyuges han poseído notoriamente la calidad de separados.

*Artículo 72: En los juicios de nulidad, separación y divorcio, la confesión de los cónyuges no hace plena prueba”.*⁷⁹

Durante la discusión del Proyecto de Ley, la redacción de las disposiciones aludidas fue revisada y mudada hasta derivar en lo preceptuado en los actuales artículos 22, 23, 25, 55, 1º y 2º transitorio de la LMC. Si el legislador modificó de tal forma los primitivos artículos en

⁷⁸ FUENTES, Claudio, 2013. op. cit. p. 293.

⁷⁹ Historia de la Ley N° 19.947. op. cit. p. 25.

materia de prueba del cese de convivencia, que proponían una regulación notoriamente más laxa, podría deducirse que su intención era reducir la amplitud de tales preceptos.

La propuesta del Ministerio de Justicia, de que los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la LMC se rigieran por ésta en lo relativo a la separación judicial, la nulidad y el divorcio, fue respaldada por la mayoría de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.⁸⁰ No obstante, se estimó que la aplicación de las limitaciones a la prueba del cese de convivencia generaría una situación conflictiva en ese caso, entonces se liberó de ellas a los matrimonios celebrados antes de la entrada en vigencia de la ley.⁸¹ Se deduce entonces que el fundamento del legislador para eximir de las restricciones probatorias era evitar, por ejemplo, que no pudiera terminarse un matrimonio mediante el divorcio de común acuerdo por no contar los cónyuges con alguno de los medios de prueba señalados en los artículos 22 y 25 no obstante estar separados de hecho por un tiempo prolongado desde antes de la dictación de la LMC, resultando absurdo obligarlos a permanecer casados por un año adicional acreditando dicho periodo a través de los medios que venía a establecer dicho cuerpo legal. Para sortear contingencias como la descrita, resulta acertado que el legislador haya considerado razonable no mantener las limitaciones a la prueba para los matrimonios celebrados antes de la entrada en vigencia de la ley. En este sentido, respecto de los matrimonios posteriores, se entiende que los cónyuges conocerán previamente los medios por los cuales podrán acreditar el cese de su convivencia,⁸² por lo tanto, no se generarían esas situaciones conflictivas de aplicárseles las disposiciones que configuran la limitación.

Interesaba al legislador impedir cualquier tipo de artificio del que pudiesen valerse los cónyuges con el fin de probar el cese de su convivencia por el plazo exigido, en circunstancias de no haber transcurrido en la realidad tal periodo de tiempo. De este modo, respecto de los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la LMC, la Comisión consideró prudente facultar al juez para estimar que no se ha acreditado el cese si los medios de prueba aportados por los cónyuges no le permiten formarse plena convicción sobre ese hecho,⁸³ lo cual se encuentra hoy establecido en el artículo 2º transitorio y fue calificado como

⁸⁰ *Ibíd.* p. 651.

⁸¹ *Ibíd.*

⁸² Véase FUENTES, Claudio, 2013. *op. cit.* p. 292, comentando el pronunciamiento del TC sobre la materia, el autor señala que se entiende que esa sería la situación de los matrimonios posteriores a la LMC, respecto de ellos “*el legislador autoriza el divorcio y es explícito en esta materia, las partes saben que hay ciertos instrumentos que dan fecha cierta del cese*”.

⁸³ Historia de la Ley N° 19.947. *op. cit.* p. 651.

una “*medida de resguardo respecto de los fraudes*” en que pudiesen incurrir los cónyuges,⁸⁴ por ejemplo, si llevando solo meses de separación, acordaran fingir que estaban separados hace más de un año,⁸⁵ lo que el juez podría desprender de la presentación de prueba insuficiente o de medios disconformes entre ellos.⁸⁶

Asimismo, respecto de los matrimonios celebrados con posterioridad a la entrada en vigencia de la LMC, la Comisión consideró inadecuado incluir documentos privados entre los instrumentos que otorgan fecha cierta al cese de convivencia por estimar que ellos son más susceptibles de adulteración,⁸⁷ agregando que el cómputo del plazo exigido para el cese debe iniciar “*en virtud de instrumentos fehacientes*”.⁸⁸ De esta manera, puede comprenderse entonces la redacción de los actuales artículos 22 y 25, los cuales reflejan la intención del legislador de reducir los medios probatorios a los enumerados en dichas disposiciones para evitar fraudes a la norma y contar con un punto de partida objetivo para el cómputo del plazo de cese de convivencia, sin mantenerse estipulaciones amplias como las propuestas por la moción parlamentaria en lo concerniente a la prueba del cese.

En suma, del tenor literal de la LMC se desprende la existencia de una limitación probatoria que afecta a los cónyuges cuyo matrimonio ha sido celebrado con posterioridad a su entrada en vigencia, consistente en que podrá probarse el transcurso del plazo exigido para el cese de convivencia exclusivamente mediante los instrumentos o actuaciones procesales que establece taxativamente la ley de divorcio. Destacan aquí tres aspectos, primero el temor de fraude a la norma; en segundo lugar, y en directa relación con lo anterior, la confianza del legislador en ciertos medios de prueba escritos que otorgan fecha cierta al cese; por último, la liberación de la limitación para los matrimonios anteriores a la ley.

Al remitirnos a la historia fidedigna del establecimiento de la LMC, queda claro que el legislador pretendía limitar la libertad probatoria de las partes, pues de lo contrario habría mantenido la redacción amplia propuesta primitivamente, en la cual no se imponía distinción o restricción alguna relativa a los medios probatorios que podían utilizar los cónyuges a fin de acreditar el cese de su convivencia, y no se habría producido discusión en torno a las consecuencias de

⁸⁴ *Ibíd.*

⁸⁵ Más adelante se verá que el Tribunal Constitucional tiene una interpretación diferente a la aquí señalada, pues entiende que “*un consenso fraudulento entre los cónyuges respecto de la fecha del cese de convivencia, (...) no podría darse en el caso de quienes se casaron con anterioridad a la ley*” (Tribunal Constitucional, Rol N° 2207-12-INA, 26 de marzo de 2013, considerando 15º, foja 125).

⁸⁶ Por ejemplo, testigos declaran una fecha distinta a la indicada por los documentos acompañados para acreditar el cese de convivencia.

⁸⁷ Historia de la Ley N° 19.947. op. cit. p. 1696.

⁸⁸ *Ibíd.* p. 1699.

aplicar la limitación a los matrimonios anteriores a la LMC o a la falta idoneidad de los instrumentos privados para efectos del cómputo del plazo.

Menester es preguntarnos si es razonable establecer un trato diverso entre matrimonios según la fecha de su celebración, basado en los fundamentos a que apeló el legislador para ello, esto es, evitar situaciones conflictivas y fraudes a la norma. Si los motivos del legislador no configuran un sustento plausible para la distinción, entonces ésta sería arbitraria. A continuación, se analiza el pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto de la limitación probatoria, a la que otorga un contenido y alcance distintos a los identificados aquí, estimando además que no resulta arbitrario el establecimiento de un régimen probatorio diferenciado para los matrimonios en razón de la data de celebración.

4. Pronunciamiento del TC respecto de los artículos 22, 25 y 2º transitorio de la LMC

Ante un requerimiento de inaplicabilidad, el TC se pronunció respecto de la constitucionalidad de las normas que regulan la prueba del cese de convivencia.⁸⁹ La juez solicitante señalaba que, no obstante la prueba testimonial y documental presentada al efecto, en virtud de las disposiciones en cuestión, no podía tener por establecido el cese de convivencia de los comparecientes cuyo matrimonio había sido celebrado con posterioridad a la entrada en vigencia de la LMC.⁹⁰

La solicitante argumenta que las normas reguladoras de la prueba del cese de convivencia establecen una limitación a la libertad probatoria tanto de las partes como del juez: de los primeros pues no pueden acreditar el cese de convivencia por cualquier medio de prueba,⁹¹ y del juez porque no le permite “*persuadirse racionalmente con el mérito probatorio de otros elementos no contemplados en las normas referidas*”.⁹² Señala que al interpretarse armónicamente los artículos 22 y 25 en relación al 2º transitorio, se transgreden las garantías constitucionales de igualdad innata de todas las personas, de igualdad ante la ley que prohíbe la existencia de grupos privilegiados, y de igual protección de la ley en el ejercicio de derechos,⁹³ estimando arbitraria la distinción según la fecha de celebración del matrimonio para determinar la procedencia de medios probatorios en circunstancias que se trata de un

⁸⁹ Tribunal Constitucional, Rol N 2207-12-INA, 26 de marzo de 2013.

⁹⁰ *Ibíd.* foja 111.

⁹¹ *Ibíd.*

⁹² *Ibíd.*

⁹³ *Ibíd.* foja 111-112.

mismo tipo de procedimiento sobre la misma materia,⁹⁴ de modo que las personas cuyos matrimonios se celebraron anteriormente a la entrada en vigencia de la LMC constituyen un grupo privilegiado al no estar afecto a las limitaciones probatorias que ella establece.⁹⁵

En su fallo, el TC reconoce que la LMC distingue entre los matrimonios celebrados antes y después de su entrada en vigencia, estableciendo un régimen diferenciado de prueba para acreditar el cese de convivencia en uno y otro caso:

*“Que, efectivamente, la ley que interesa estableció un régimen diferenciado de prueba para acreditar el hecho del cese de la convivencia. Distinguió al efecto entre los matrimonios celebrados antes y después del 17 de mayo de 2004, que marca el inicio de vigencia de aquella”.*⁹⁶

Más adelante, precisa que se entiende el derecho a la prueba *“como una garantía del debido proceso, exigible cuando resulta necesario rendirla, y cuya producción debe efectuarse conforme a la ley”*.⁹⁷ En particular sobre la limitación probatoria impuesta por la LMC, el TC se remite a la historia fidedigna de su establecimiento para explicar la exención de limitaciones que se concede a los matrimonios celebrados antes de la entrada en vigencia de la ley:

“Las facilidades probatorias dispuestas, pues, en el artículo 2º transitorio de la Ley Nº 19.947, en su relación con los artículos 22 y 25 permanentes de la misma preceptiva, encuentran adecuada explicación en su trámite legislativo. Allí quedó establecido que, en concepto de los legisladores, el juez quedaría autorizado para desestimar la eficacia de prueba completa emanada de los instrumentos y actuaciones judiciales a los que se revistió de tal eficacia en los citados artículos 22 y 25, si el resto de la evidencia aportada no concordare con la evidencia que de ellos se desprende, en lo tocante a la data de cese de convivencia. De lo cual se deduce que el juez natural conserva la posibilidad –no obstante el valor fijado a los instrumentos y actuaciones dotados de plena efectividad para tener por determinada la fecha de cese de la convivencia entre los cónyuges, en la gestión de divorcio vincular– para revisar la certeza de la respectiva probanza, tal como puede hacerlo respecto de aquella rendida por los cónyuges

⁹⁴ *Ibíd.*

⁹⁵ *Ibíd.*

⁹⁶ *Ibíd.* considerando 5º, foja 117.

⁹⁷ *Ibíd.* considerando 10º, foja 121.

*casados después de la entrada en vigencia de la ley, en aquellos casos en que hubiere sospecha de fraude”.*⁹⁸

La redacción da a entender que el inciso tercero del artículo 2º transitorio, en cuanto dispone que “*no regirán las limitaciones señaladas en los artículos 22 y 25 de la Ley de Matrimonio Civil para comprobar la fecha de cese de la convivencia entre los cónyuges; sin embargo, el juez podrá estimar que no se ha acreditado si los medios de prueba aportados al proceso no le permiten formarse plena convicción sobre ese hecho*”, tendría el siguiente sentido: cuando el matrimonio haya sido celebrado con anterioridad a la entrada en vigencia de la LMC, los cónyuges podrán aportar todos los medios de prueba con los que cuenten para acreditar el cese de su convivencia, sin embargo, si se acompañan los medios de los artículos 22 y 25 el juez se estará a ellos, siempre que éstos concuerden con la demás prueba rendida, pues de lo contrario, sospechando la existencia de un fraude, el juez se encuentra facultado para desestimar su eficacia de prueba completa que les ha concedido la LMC.

Es evidente que el TC en esta oportunidad desconoce el tenor literal de la norma y la intención del legislador. El sentido de la ley es claro: el inciso tercero del artículo 2º transitorio releva de la limitación probatoria de los artículos 22 y 25 a los matrimonios anteriores a la LMC, esa limitación se ha impuesto a los matrimonios posteriores a la ley y consiste en la taxatividad de medios probatorios de que los cónyuges pueden valerse para acreditar el cese de su convivencia. No existe en la norma alusión alguna en el sentido de lo dicho por el TC, no se distingue entre los medios que puedan presentar los cónyuges de matrimonios anteriores; por el contrario, la disposición apunta a que podrán valerse de cualquier medio probatorio, pero ante disconformidades entre la prueba presentada que no permitan al juez formarse plena convicción sobre el cese de convivencia, éste cuenta con la facultad de estimar que no se ha acreditado ese hecho.

El fallo resulta confuso y contradictorio, pues más adelante al señalar que establecer un régimen probatorio distinto en razón de la data del matrimonio encuentra su fundamento en evitar fraudes a la norma, como lo sería el acuerdo de los cónyuges sobre la fecha del cese de convivencia, expresa que tal situación solo ocurriría en el caso de matrimonios posteriores a la LMC y no en los anteriores:

“(…) El distingo, por el contrario, deviene lógico y razonable, en la medida que procura evitar que, por la vía de la simulación, se vulneren los objetivos de la norma, como

⁹⁸ *Ibíd.* considerando 13º, foja 123-124.

podría suceder en el caso de producirse un consenso fraudulento entre los cónyuges respecto de la fecha del cese de convivencia, alternativa que no podría darse en el caso de quienes se casaron con anterioridad a la ley”.⁹⁹

No se entiende entonces cómo para el TC el fraude a la norma es fundamento para conceder al juez la facultad de restar valor a los medios del artículo 22 y 25 que acompañen los cónyuges de matrimonios anteriores a la ley, si al mismo tiempo considera que respecto de dichos matrimonios no podría ocurrir un consenso fraudulento sobre la data del cese. Tal vez el TC estimaba la procedencia de otro tipo de fraude en el caso de estos matrimonios, sin embargo, queda a salvo la interrogante sobre qué otra clase de simulación podrían llevar a cabo los cónyuges más que mentir respecto de la fecha del cese de su convivencia. No cabe duda que el fallo es bastante obscuro.

Ahora bien, el TC dictamina que, en el caso de los matrimonios celebrados posteriormente a la entrada en vigencia de la LMC, el cese de convivencia puede probarse por cualquier medio probatorio.¹⁰⁰ En esta determinación, hace suyos los fundamentos de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia del año 2010 que desprende tal conclusión de su interpretación del artículo 22 LMC en relación a los artículos 28 y 29 LTF, respecto de estas últimas disposiciones señala la Corte:

“Que de acuerdo a lo que disponen los artículos 28 y 29 de la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, en los asuntos sometidos al conocimiento de dichos Tribunales especiales existe libertad de prueba para las partes, vale decir, que éstas para probar los hechos del pleito podrán hacerlo por cualquier medio producido conforme a la ley. Además, el Juez está facultado para, de oficio, ordenar que se acompañen aquellos medios de prueba que, a su juicio, resulte necesario producir en atención al conflicto familiar de que se trate”.¹⁰¹

Luego, la Corte estima que no existe limitación para probar el hecho del cese de convivencia, además, si la hubiera, pugnaría con el principio de libertad probatoria que impera en la materia:

“Para probar el hecho del cese de la convivencia no se exige perentoriamente que solo se acompañen los instrumentos a que se refiere el artículo 22 de la Ley N° 19.947 como lo menciona el fallo apelado, ya que no existe disposición expresa en la ley mencionada

⁹⁹ *Ibíd.* considerando 15°, foja 125.

¹⁰⁰ *Ibíd.* considerando 14°, foja 124.

¹⁰¹ Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 170-2010, 22 de noviembre de 2010, considerando 6°.

*que limite las probanzas solo a determinados medios, lo cual sería atentatorio al principio de la libertad probatoria en materia de familia, pugnando igualmente con la facultad de los Jueces de familia de apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, llegando a la convicción del caso sujeto a su decisión en base a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y de los conocimientos científicamente afianzados, asignando a tales elementos valor probatorio que en su razón éstos produzcan, con sujeción a las reglas de la lógica y conocimiento que da la experiencia. Todo ello dentro de la razonabilidad del actuar, esto es, que el hombre común actúa normalmente conforme a la razón”.*¹⁰²

El TC cita los dos fragmentos recién aludidos manifestando que otra sentencia de esa Corte de Apelaciones del año 2012 asume la misma posición,¹⁰³ y haciendo propias las consideraciones de dicha Corte, finalmente dictamina que afectar a los matrimonios posteriores a la LMC con la limitación probatoria de los artículos 22 y 25 no resulta arbitrario, por lo que no hay grupos privilegiados en ese sentido, tampoco se limita la libertad probatoria del juez pues no se le impide tener por acreditado el hecho del cese de convivencia por otros medios probatorios,¹⁰⁴ y no se afectaría la garantía del debido proceso ni la de igualdad ante la ley pues se *“impone un tratamiento distinto a quienes se encuentran en situación también diversa”*.¹⁰⁵

En el fallo comentado, observamos que el TC interpreta la limitación probatoria que dispone la LMC de una forma distinta a la establecida por el legislador. Sin embargo, no aparece claramente cuál es el contenido específico que atribuye a la limitación, siendo complejo comprender su postura pues primero se refiere a las *“facilidades probatorias”* respecto de los

¹⁰² *Ibíd.* considerando 9º.

¹⁰³ El TC alude a Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 72-2012, 29 de mayo de 2012, especialmente su considerando 9º que reza: *“Que de las normas transcritas, se desprende que para probar el hecho del cese de convivencia no solo resultan idóneos los instrumentos a que se refiere el artículo 22 de la Ley N° 19.947 como se esgrime en el fallo apelado, puesto que no existe disposición expresa en la ley mencionada que limite las probanzas solo a determinados medios, lo cual sería atentatorio al principio de libertad probatoria en materia de familia, y la facultad de los Jueces de familia de apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica”*.

¹⁰⁴ Tribunal Constitucional, Rol N° 2207-12-INA. op. cit. considerando 15º, foja 125-126. Falla el TC que *“ninguno de los relacionados preceptos limita la libertad probatoria del juez, en términos de impedirle dar por acreditada la fecha del cese de la convivencia por otros medios”*, de lo cual se deduce que las partes podrán ofrecer prueba valiéndose de todos los medios probatorios con que cuenten. A continuación, se señala que el TC entendería la limitación probatoria más bien desde la perspectiva del juez, pues, a su entender, las partes siempre podrán valerse de otros medios probatorios distintos de enumerados en los artículos 22 y 25 para acreditar el cese.

¹⁰⁵ *Ibíd.* De cierta forma, aquí cobra sentido el que se señale que los matrimonios anteriores a la ley no podrían encontrarse en la situación de *“consenso fraudulento”*, pues esa es la idea base para señalar que la distinción de los matrimonios según su data de celebración no tiene el carácter de arbitraria. Sin embargo, me parece que el argumento carece de fuerza pues es contradictorio si se relaciona con lo dicho en el considerando 13º respecto del fraude a la norma como fundamento de la facultad del juez para restar efectividad a los medios probatorios de los artículos 22 y 25 en el caso de los matrimonios anteriores a la ley.

matrimonios anteriores a la ley (considerando 13º), luego expresa que el hecho del cese de convivencia puede probarse por cualquier medio en el caso de los matrimonios posteriores a la ley (considerando 14º), finalmente señala que “*el límite probatorio impuesto en los artículos 22 y 25*” no implica una diferenciación arbitraria (considerando 15º). De una lectura atenta se puede advertir que la limitación probatoria según el análisis del TC no atendería a los medios probatorios de que pueden valerse las partes para probar el cese de convivencia, sino a la facultad del juez de prescindir o no de los medios de prueba contemplados en los artículos 22 y 25.¹⁰⁶ De este modo, respecto de los matrimonios celebrados después de la entrada en vigencia de la LMC, si los cónyuges presentan medios probatorios de dichos artículos, el juez carece de la facultad de apartarse de ellos,¹⁰⁷ aun cuando existan otros medios de prueba disconformes de los cuales se desprenda una fecha de inicio del cese distinta.¹⁰⁸

El TC entiende que la limitación probatoria que contempla la LMC no afecta la libertad probatoria de las partes, sino la del juez: los cónyuges podrán acreditar el cese de su convivencia por cualquier medio probatorio, siendo irrelevante la data de celebración de su matrimonio, no obstante, dicho aspecto importará cuando se acompañen los medios contemplados en los artículos 22 y 25, y no resulten conformes con la demás prueba aportada por colegirse una fecha de cese de convivencia distinta pues, en tal caso, el juez podrá prescindir de aquéllos cuando se trate de un matrimonio anterior a la entrada en vigencia de la LMC, mientras que respecto de los matrimonios posteriores, no podrá desconocer la existencia de tales medios y la fecha del cese que ellos denoten.

Cabe señalar que la forma en que el TC interpreta la limitación probatoria establecida en la LMC resulta útil al interés de los particulares que solicitan el divorcio remedio y cuyos matrimonios hayan sido celebrados posteriormente a su entrada en vigencia,¹⁰⁹ sin embargo, se estaría ignorando el lenguaje de la ley.¹¹⁰ El razonamiento del TC se aleja de la intención que tuvo el legislador al establecer la limitación, pues, conforme lo señalado anteriormente, éste no pretendía limitar la libertad probatoria del juez, sino la de las partes al restringir los medios de prueba de que podían valerse para acreditar el cese de su convivencia.

¹⁰⁶ FUENTES, Claudio, 2013. op. cit. p. 291.

¹⁰⁷ *Ibíd.*

¹⁰⁸ *Ibíd.*

¹⁰⁹ *Ibíd.* p. 294.

¹¹⁰ *Ibíd.* p. 293.

En el siguiente apartado, se hablará de la libertad probatoria de las partes y como ésta es reducida por normas reguladoras de la prueba, como sucede en el caso de la limitación probatoria de la LMC en pugna con las estipulaciones de la LTF.

5. Relación con el derecho a la prueba y el principio de libertad de prueba en materia de Familia

A continuación, veremos que el derecho a la prueba es un elemento del debido proceso que resulta afectado por las disposiciones de la LMC relativas a la acreditación del cese de convivencia, las cuales también pugnan con el principio de libertad probatoria que rige en la materia.

En armonía con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos,¹¹¹ la Constitución Política de la República (en adelante, “CPR”) asegura en su artículo 19 N°3 un conjunto de garantías jurisdiccionales y procesales.¹¹² Éstas tienen rango de derechos fundamentales y garantía de los derechos esenciales,¹¹³ y constituyen los principios y reglas de derecho a las que deben someterse los procedimientos –jurisdiccionales, administrativos o de otra autoridad– que afecten derechos o intereses legítimos de las personas.¹¹⁴ La CPR establece muy escuetamente tales garantías procesales,¹¹⁵ sin embargo, conforme a su artículo 5° inciso segundo,¹¹⁶ ella es complementada en razón de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes, los cuales son parte del bloque constitucional de derechos esenciales,¹¹⁷ es decir, tienen la misma fuerza normativa que la Constitución porque pertenecen al “conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales”.¹¹⁸ Las normas así incorporadas configuran un

¹¹¹ NOGUEIRA, Humberto, 2003. La constitucionalización del proceso: el acceso a la jurisdicción, tutela judicial efectiva o debido proceso. En: FERRADA, Juan, et al. *La constitucionalización del Derecho chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 169-207. p. 169.

¹¹² *Ibíd.*

¹¹³ *Ibíd.*

¹¹⁴ *Ibíd.*

¹¹⁵ BORDALÍ, Andrés, 2003. El Debido Proceso Civil. En: FERRADA, Juan, et al. *La constitucionalización del Derecho chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 251-295. p. 251.

¹¹⁶ Artículo 5° inciso 2° CPR: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

¹¹⁷ NOGUEIRA, Humberto, 2003. *op. cit.* p. 170.

¹¹⁸ NOGUEIRA, Humberto, 1997. *Dogmática Constitucional*. Talca: Editorial Universidad de Talca. p. 86.

elemento “*hermenéutico e integrador*” de la legislación que aparece incompleta en esta materia.¹¹⁹

En este sentido, una de las garantías reconocidas es el derecho fundamental a un debido o justo proceso,¹²⁰ consagrado en el artículo 19 N°3 inciso quinto CPR y reconocido también en los tratados internacionales ratificados por Chile –particularmente, en los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos–.¹²¹ El derecho a un debido proceso puede entenderse como:

*“(...) [U]na garantía consistente en que el legislador deberá regular la actuación jurisdiccional por medio de un proceso, lo que supone por definición enfrentar a dos partes parciales en términos de dualidad, contradicción e igualdad, frente a un tercero imparcial, como debe ser el juez estatal. A ello habrá de agregarse por el legislador unas garantías específicas que hacen de ese proceso un proceso justo o debido, como ocurre con el derecho a un juez ordinario predeterminado por la ley, el derecho de defensa, que incluye los actos de comunicación y derecho de audiencia, la asistencia letrada, la utilización de los medios de prueba, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el derecho a un proceso público, el derecho a los recursos, entre otros contenidos”.*¹²²

En relación a la actividad probatoria, una de las garantías específicas del derecho a un debido proceso –y que goza también de rango constitucional– es el derecho a la prueba,¹²³ el cual tiene aplicación en cualquier tipo de proceso.¹²⁴

*“El derecho a la prueba es aquél que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso”.*¹²⁵

¹¹⁹ NASH, Claudio y NÚÑEZ, Constanza, 2015. *Derechos Humanos y Juicio Penal en Chile*. Santiago: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública. p. 67.

¹²⁰ BORDALÍ, Andrés, 2003. op. cit. p. 257.

¹²¹ *Ibíd.*

¹²² *Ibíd.* p. 258.

¹²³ TARUFFO, Michele, 2008. op. cit. pp. 56-57.

¹²⁴ PICÓ I JUNOY, Joan, 1996. *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil*. Barcelona: José María Bosch. p. 33. Véase también COLOMBO, Juan, 2006. *El Debido Proceso Constitucional. La Jurisdicción sin proceso es solo un ideal de Justicia*. Santiago: Tribunal Constitucional. p. 105, el autor señala: “*Todo procedimiento, para que sea debido, debe necesariamente otorgar a los sujetos involucrados el derecho a probar los hechos fundantes de sus pretensiones y contrapretensiones y al tribunal, le corresponde valorarla*”.

¹²⁵ PICÓ I JUNOY, Joan, 1996. op. cit. pp. 18-19.

Esta garantía fundamental implica tres aspectos, a saber: (1) que sea admitida toda aquella prueba propuesta por alguna de las partes respetando los límites de la actividad y los requisitos legales respectivos;¹²⁶ (2) que sea practicado el medio probatorio admitido;¹²⁷ y (3) que sea valorado por el órgano jurisdiccional el medio probatorio admitido y practicado.¹²⁸ En relación al primer punto, el derecho a la prueba carece de un carácter absoluto,¹²⁹ por el contrario, existen dos tipos de límites: (1) los inherentes a la actividad probatoria, esto es, las condiciones que debe cumplir la prueba, correspondientes a la pertinencia y licitud de ella;¹³⁰ y (2) los relativos a los requisitos legales de proposición, es decir, las formalidades procesales para su ejercicio.¹³¹ Nos enfocaremos en el primer tipo de límites, específicamente en la pertinencia de la prueba.

Se entiende que la pertinencia o relevancia de la prueba es la relación de los hechos que mediante ella se pueden acreditar y que son objeto del juicio con la cuestión que se decide,¹³² de este modo, la relevancia es el elemento que denota la capacidad de la prueba para formar la convicción del juez.¹³³ Este criterio es el mecanismo más importante de exclusión,¹³⁴ conforme a él solo se admitirá y considerará la prueba que guarde relación lógica con los hechos del juicio,¹³⁵ esto es, aquella prueba que pueda justificar una conclusión sobre la verdad de esos hechos,¹³⁶ por el contrario, no se admitirá si falta la relación lógica pues no existirá idoneidad del medio probatorio para demostrarlos.¹³⁷ Cabe destacar que el carácter de pertinente o relevante de la prueba se determina preliminarmente,¹³⁸ y solo se refiere a la relación descrita por lo que de ello no se sigue su eventual eficacia para tener por acreditados

¹²⁶ *Ibíd.* p. 21.

¹²⁷ *Ibíd.*

¹²⁸ *Ibíd.* p. 25.

¹²⁹ *Ibíd.* p. 39.

¹³⁰ *Ibíd.* pp. 40-41.

¹³¹ *Ibíd.*

¹³² GASCÓN, Marina, 2010. *op. cit.* p. 163.

¹³³ *Ibíd.*

¹³⁴ ANDERSON, Terence, SCHUM, David y TWINING, William, 2015. *Análisis de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons. p. 358.

¹³⁵ TARUFFO, Michele, 2008. *op. cit.* p. 38.

¹³⁶ *Ibíd.*

¹³⁷ PICÓ I JUNOY, Joan, 1996. *op. cit.* p. 47. Véase también MENESES, Claudio, 2008. Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil. *Revista Ius et Praxis*. Talca: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Talca, vol. 14, no. 2, pp. 43-86. p. 82.

¹³⁸ ANDERSON, Terence, SCHUM, David y TWINING, William, 2015. *op. cit.* p. 359.

los hechos.¹³⁹ Además, la relevancia no admite graduación,¹⁴⁰ en consecuencia, “*una prueba, o es relevante o no lo es*”.¹⁴¹

Realizadas estas precisiones, podemos definir de mejor manera el derecho a la prueba como la facultad que ha de reconocerse a las partes de presentar cualquier medio de prueba *relevante* para sustentar su versión de los hechos objeto del juicio,¹⁴² la que debe ser admitida si tiene ese carácter.¹⁴³

En relación con lo anterior, se encuentra el principio de libertad de prueba, conforme al cual todo litigante tiene “*el derecho a la admisión y práctica de cualquier prueba, esté o no prevista por la ley, para acreditar los hechos controvertidos*”.¹⁴⁴ Dicho principio posee dos dimensiones: (1) la libertad de admisión de medios de prueba,¹⁴⁵ esto es, que pueda utilizarse todo medio para probar los hechos objeto del juicio; y (2) la libre valoración, referida a los criterios que puede invocar el juez para determinar la ocurrencia de los hechos.¹⁴⁶ En adelante, nos enfocaremos en la primera dimensión, esto es, la libertad probatoria de que gozan las partes consistente en la admisión de todo medio de prueba presentado, específicamente y en razón de lo dicho más arriba, la admisión de toda prueba *relevante*. Entenderemos entonces el principio de libertad probatoria como aquel en virtud del cual debe poder usarse todo elemento que aporte información relevante respecto de los hechos del juicio.¹⁴⁷

Una finalidad esencial del proceso es la averiguación de la verdad,¹⁴⁸ objetivo que se conjuga con otros valores,¹⁴⁹ en consecuencia, el principio de libertad de prueba no tiene una aplicación absoluta,¹⁵⁰ y generalmente se verá reducido en función de otros valores jurídicos

¹³⁹ PICÓ I JUNOY, Joan, 1996. op. cit. p. 55.

¹⁴⁰ TARUFFO, Michele, 2010. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons. p. 163.

¹⁴¹ *Ibíd.*

¹⁴² TARUFFO, Michele, 2008. op. cit. p. 56-57.

¹⁴³ *Ibíd.* p. 57.

¹⁴⁴ PICÓ I JUNOY, Joan, 1996. op. cit. p. 178.

¹⁴⁵ FUENTES, Claudio, 2011. La persistencia de la prueba legal en la judicatura de Familia. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Coquimbo: Facultad de Derecho Universidad Católica del Norte, vol. 18, no. 1, pp. 119-145. p. 126.

¹⁴⁶ *Ibíd.*

¹⁴⁷ En este sentido, TARUFFO, Michele, 2005. *La prueba de los hechos*. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta. pp. 359-360. Véase también GASCÓN, Marina, 2010. op. cit. p. 104 y 110, la autora estima que se trata de una regla o garantía epistemológica, es decir, contribuye a la averiguación de la verdad.

¹⁴⁸ GASCÓN, Marina, 2010. op. cit. p. 107. En el mismo sentido TARUFFO, Michele, 2010. op. cit. p. 156. Sin perjuicio de lo señalado, se discute sobre los objetivos del proceso, véase TARUFFO, Michele, 2008. op. cit. pp. 20-21; y MONTERO, Raúl, 2017. *Necesidad de establecer un estándar de prueba en el nuevo proceso civil chileno*. Santiago: Librotecnia. pp. 42 y ss.

¹⁴⁹ GASCÓN, Marina, 2010. op. cit. p. 120, la autora señala que no se trata ya de “*valores epistemológicos sino ideológicos o institucionales*”.

¹⁵⁰ TARUFFO, Michele, 2005. op. cit. p. 358.

tutelados.¹⁵¹ No ha de extrañar entonces que el legislador haya impuesto limitaciones a la prueba del cese de convivencia previendo con ello la protección de otros aspectos distintos de la libertad probatoria, en este caso, evitar fraudes a la norma; sin embargo, debe tenerse en cuenta que limitaciones como la establecida en la LMC afectan el derecho a la prueba de las partes, el cual, como garantía constitucional, no debería verse reducido por otros valores procesales,¹⁵² su afectación solamente se justificaría por la protección de otro derecho fundamental más importante previa ponderación.¹⁵³ Dado que la limitación no se sustenta en la tutela de otra garantía fundamental sino en un valor diverso –sortear la ocurrencia de fraude a la ley–, el fundamento tras la limitación no sería del todo plausible, y no solo atenta contra el principio de libertad probatoria –que en la materia ha establecido la LTF–, también perjudica a las partes en el ejercicio de un derecho constitucional.

La libertad de prueba del artículo 28 LTF implica que se permite todo medio probatorio producido de conformidad a la ley,¹⁵⁴ asimismo, se establece la amplitud de prueba en el artículo 29 del aludido cuerpo normativo,¹⁵⁵ de modo que las partes podrán ofrecer cualquier medio de prueba que tengan a su alcance para probar los hechos del juicio. En oposición a esto, la LMC contempla una de las limitaciones probatorias más importantes a la libre utilización de medios probatorios al disponer la taxatividad de éstos para probar el hecho del cese de convivencia,¹⁵⁶ siendo manifiestamente incompatible con la libertad que en la materia contempla la LTF.

En virtud de lo preceptuado por la LMC, los cónyuges cuyo matrimonio sea posterior a la entrada en vigencia de dicha ley no podrán utilizar medios distintos de los enumerados en los artículos 22 y 25; aunque tengan a su alcance otros medios de prueba, ellos no habrían de ser admitidos por aplicación de las disposiciones que configuran la limitación que les afecta. De lo anterior se deduce que, no obstante gozar del carácter de relevante, un medio de prueba puede ser excluido si una norma jurídica así lo dispone,¹⁵⁷ la que puede estar redactada en

¹⁵¹ *Ibíd.* pp. 359 y 363.

¹⁵² TARUFFO, Michele, 2008. *op. cit.* p. 58.

¹⁵³ *Ibíd.* Véase también PICÓ I JUNOY, Joan, 1996. *op. cit.* p. 198, el autor señala: “*El carácter limitado del derecho a la prueba permite al legislador establecer ciertas restricciones al mismo, Así, puede promulgar leyes que señalen limitaciones probatorias relativas a la no utilización, en un caso concreto, de un determinado medio de prueba, si tales normas resultan justificadas por la necesidad de salvaguardar otro derecho fundamental, un valor constitucional o un bien constitucionalmente protegido.*

En cualquier caso, la posibilidad de establecer limitaciones, al referirse a un derecho fundamental, debe concebirse de un modo restrictivo, exigiéndose en todo momento la existencia de una motivada y razonada proporcionalidad entre dicha limitación y el fin que pretende alcanzarse”.

¹⁵⁴ SILVA, Rodrigo, 2014. *op. cit.* p. 32.

¹⁵⁵ *Ibíd.*

¹⁵⁶ En este sentido GASCÓN, Marina, 2010. *op. cit.* p. 117.

¹⁵⁷ TARUFFO, Michele, 2008. *op. cit.* p. 41. En el mismo sentido TARUFFO, Michele, 2010. *op. cit.* p. 167.

términos generales,¹⁵⁸ caso en que su aplicación dependerá mucho del criterio del juez.¹⁵⁹ Esto es precisamente lo que ocurre en el caso, pues las partes podrían presentar, por ejemplo, prueba testimonial o documental distinta de la requerida por la LMC y, no obstante, el juez deberá tener por no acreditado el cese de convivencia si no se acompañan los medios indicados por el legislador, en consecuencia, no podría acogerse la solicitud de divorcio que interesa a las partes. Por tanto, es claro que excluir medios probatorios puede tener como efecto negar la posibilidad de probar ciertos hechos, lo cual se opone al objetivo del proceso de averiguación de la verdad,¹⁶⁰ junto con ello, se niega a las partes la satisfacción de sus pretensiones –en este contexto, no se accede al divorcio–. En el entendido de que las normas reguladoras de la prueba no pretenden ser un obstáculo a los fines del procedimiento sino que son mecanismos para lograrlos,¹⁶¹ la LMC en este punto no estaría facilitando el objetivo del procedimiento en lo que respecta a la averiguación de la verdad de los hechos, y menos en cuanto a la satisfacción de las pretensiones de las partes, situación que podría corregirse si fuesen admitidos otros medios de prueba además de los expresamente señalados, es decir, que no se configure un catálogo cerrado de medios probatorios.

Al legislador le interesa que los actos que constan por escrito gocen de un mayor grado de certeza y seguridad,¹⁶² por lo que privilegia los medios de prueba escritos.¹⁶³ Por esto, respecto de la prueba del cese de convivencia, los medios escritos establecidos en la LMC aparecen como los únicos medios admisibles para demostrar el transcurso del periodo de tiempo que exige la ley para que pueda decretarse el divorcio por cese de convivencia tratándose de matrimonios posteriores a la entrada en vigencia de dicho cuerpo legal, ello en razón de la certidumbre que brindan respecto de los términos de la actuación de que dan cuenta.¹⁶⁴

En suma, en materia de divorcio por cese de convivencia, se observa que el legislador ha privilegiado ciertos medios de prueba escritos, los cuales aparecen en los artículos 22 y 25

¹⁵⁸ TARUFFO, Michele, 2008. op. cit. p. 42.

¹⁵⁹ *Ibíd.*

¹⁶⁰ GASCÓN, Marina, 2010. op. cit. p. 119, según la clasificación que propone la autora (p. 110), la limitación probatoria de la LMC sería una regla contra-epistemológica pues dificulta o entorpece la averiguación de la verdad. Véase también TARUFFO, Michele, 2010. op. cit. p. 167.

¹⁶¹ BENFELD, Johann, 2018. Sobre el carácter normativo y tendencialmente vinculante de las reglas de la sana crítica en la ponderación de la prueba judicial. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Valparaíso: Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. 50, pp. 159-185. p. 178.

¹⁶² HUNTER, Iván, 2017. Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: ¿Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil?. *Revista Ius et Praxis*. Talca: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Talca, vol. 23, no. 1, pp. 247-272. p. 266.

¹⁶³ *Ibíd.*

¹⁶⁴ En este sentido TARUFFO, Michele, 2008. op. cit. p. 47.

LMC, disposiciones que imponen un resultado probatorio,¹⁶⁵ de este modo, si se acompaña legalmente alguno de los medios señalados y la información aportada por él es positiva en relación a la versión de los hechos de la parte, se acogerá su solicitud; si no se presentan esos medios, o si acompañados legalmente son negativos respecto de la versión de la parte, su solicitud será rechazada. La limitación descrita se opone al principio de libertad probatoria que consagra la LTF en esta materia, asimismo, se ve menoscabado el derecho a la prueba de las partes, esto se sustenta en la intención del legislador de evitar fraudes a la norma, sin embargo, dicho valor jurídico no debería tener un peso mayor que el derecho fundamental a la prueba, aún más si se toma en cuenta que al no admitirse otros medios probatorios se niega la posibilidad de probar el hecho del cese de convivencia –que ha transcurrido el plazo exigido– lo que conlleva el rechazo de la pretensión de las partes de que sea decretado el divorcio.

Como se señaló anteriormente, no se estipula en los artículos 22 y 25 la exclusividad de los medios probatorios que en ellos aparecen, su carácter taxativo se deriva de la redacción del artículo 2º transitorio. Asimismo, las normas de exclusión de medios probatorios pueden estar formuladas en términos generales,¹⁶⁶ y en tal caso su aplicación en la práctica dependerá bastante del criterio del juez.¹⁶⁷ En lo que concierne a la limitación probatoria con que la LMC ha afectado a los matrimonios posteriores a su entrada en vigencia, ésta ha sido interpretada de una forma distinta a la pretendida por el legislador no solo por parte del TC, también por la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones con un criterio similar al razonado por la Corte de Valdivia y citado por el TC en el fallo revisado. En el siguiente apartado, se expone brevemente cómo se aplica en la práctica la limitación probatoria en estudio.

6. Aplicación práctica de la limitación probatoria¹⁶⁸

El criterio adoptado tempranamente por las Cortes –y que se mantiene actualmente– es cercano al pronunciamiento del TC. Consiste en que, respecto de los matrimonios celebrados con posterioridad a la entrada en vigencia de la LMC, la limitación probatoria que dicho cuerpo normativo establece implica que la fecha del cese de convivencia queda fijada por los medios probatorios de los artículos 22 y 25, cuando existan. En caso contrario, puede probarse el

¹⁶⁵ HUNTER, Iván, 2017. op. cit. p. 253.

¹⁶⁶ TARUFFO, Michele, 2008. op. cit. p. 42.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ Se exponen consideraciones de la Corte Suprema y de Cortes de Apelaciones.

hecho del cese por cualquier medio, sin distinciones en razón de la data de celebración del matrimonio.

Se observa una variación en el criterio utilizado por la Corte Suprema. Por ejemplo, en una causa de 2012, falló respecto de un matrimonio celebrado bajo la vigencia de la LMC que el cese de convivencia debe probarse a través de los medios establecidos en los artículos 22 y 25, no pudiendo suplir la falta de esos medios probatorios por otros distintos.¹⁶⁹ Sin embargo, en 2014, se apoya en un razonamiento similar al citado por el TC –consideraciones de la Corte de Valdivia–, relacionando las disposiciones de la LTF y de la LMC, y sentencia que el tratamiento dado por el legislador en los artículos 22, 25 y 2º transitorio no implica una restricción probatoria para los matrimonios posteriores a la entrada en vigencia de la LMC, a los cuales no se restringe en el uso de medios probatorios para probar el cese de su convivencia, de otro modo, se atentaría contra el principio de libertad de prueba que rige en el caso;¹⁷⁰ sin perjuicio de ello, en el mismo fallo, el voto en contra reconoce la existencia de la limitación de los medios de prueba en el sentido que le atribuyó el legislador.¹⁷¹

Por su parte, se observa en las Cortes de Apelaciones un criterio similar entre ellas, el que se apoya también en la relación entre la LMC y la LTF, esto es, la pugna entre el establecimiento de limitaciones probatorias y el principio de libertad de prueba. Destaca en particular un argumento de la Corte de Valdivia que se apoya en la modificación tácita que se produciría entre dichos cuerpos normativos:

*“Que además, considerando que tanto la Ley de Matrimonio Civil como la Ley de Tribunales de Familia son leyes especiales y entendiendo que entre ellas prima la última en entrar en vigencia, por modificación tácita, se llega a la misma conclusión antes anotada, de primacía de la ley de Tribunales de Familia (en consecuencia la libertad probatoria) por ser esta posterior a la de Matrimonio Civil”.*¹⁷²

En relación al fallo recién citado, antes de la entrada en vigencia de la LTF, se sostuvo la opinión de que las normas procesales contenidas en la LMC podrían derogarse o al menos debían ser armonizadas con las reglas sobre procedimientos ante Tribunales de Familia que pronto comenzarían a regir.¹⁷³

¹⁶⁹ Corte Suprema, Rol N° 4129-2012, 1 de octubre de 2012, considerando 8º.

¹⁷⁰ Corte Suprema, Rol N° 5468-2013, 28 de enero de 2014, considerando 3º y 4º.

¹⁷¹ *Ibíd.* Voto en contra de la Ministra Egnem.

¹⁷² Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 234-2011, 14 de noviembre de 2011, considerando 6º.

¹⁷³ MATURANA, Cristián, 2004. *op. cit.* p. 97.

Se ha fallado que, no obstante el valor que el legislador ha conferido a los medios estipulados en la LMC, las partes no están limitadas a ellos y, en virtud del principio de libertad probatoria, podrán usar otros medios de prueba con el objetivo de acreditar el cese de convivencia,¹⁷⁴ señalándose que la gama de medios probatorios es más amplia en materia de Familia.¹⁷⁵ De forma semejante, otros fallos acogen la solicitud de divorcio al tenerse por acreditado el cese en razón de la prueba presentada, distinta de los medios de los artículos 22 y 25.¹⁷⁶ Igualmente, adoptándose un criterio amplio, se ha dicho que lo relevante es la existencia de certidumbre del cese, para lo cual resultan útiles los instrumentos oficiales extendidos por una autoridad o ministro de fe.¹⁷⁷

No se entiende que exista una limitación de los medios de prueba que pueden presentar las partes en este contexto, pues de establecerse tal limitación se afectaría el principio de libertad probatoria que rige en materia de Familia. Según las Cortes, el cese de convivencia podrá probarse a través de todo medio que las partes tengan a su alcance, mientras que la limitación probatoria que se identifica consiste en la fijación de la fecha de inicio del cese indicada por los medios probatorios de los artículos 22 y 25 que sean presentados: respecto de los matrimonios anteriores a la ley de divorcio, no procede la limitación, en consecuencia, pueden acreditar que el inicio del cese es anterior a la denotada en esos medios, si es que los hay; sin embargo, para los matrimonios posteriores a la entrada en vigencia de la LMC, se fijará la fecha de inicio según lo que conste en los medios probatorios de los artículos 22 y 25, cuando ellos existan.¹⁷⁸

¹⁷⁴ Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 141-2012, 15 de mayo de 2012, considerando 4° y 5°. Un razonamiento similar se observa en: Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 2-2010, 21 de enero de 2010; Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 272-2012, 14 de febrero de 2012; Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 624-2016, 11 de octubre de 2016.

¹⁷⁵ Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 161-2011, 26 de agosto de 2011, considerando 5°. Por ejemplo, en Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 803-2014, 6 de junio de 2014, considerando 4° y 5°, se tuvo por acreditado el cese de convivencia en virtud de un comprobante de pago emitido por una tienda comercial dirigido al domicilio de uno de los cónyuges y de la prueba testimonial rendida, lo que se consideró en conjunto como presunciones graves, precisas y concordantes.

¹⁷⁶ Entre otras: Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol N° 21-2010, 7 de mayo de 2010; Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 63-2010, 20 de mayo de 2010; Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 159-2011, 17 de agosto de 2011.

¹⁷⁷ Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 109-2013, 12 de abril de 2013, considerando 7° y 8°, se consideró la prueba documental correspondiente a un acta de audiencia de formalización ante Juez de Garantía para acreditar el inicio del cese de convivencia. En un sentido similar Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 551-2010, 18 de noviembre de 2010, en que se consideró un acta de avenimiento aprobado judicialmente.

¹⁷⁸ Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 789-2008, 9 de septiembre de 2008, considerando 3°. Véase también Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 102-2011, 14 de junio de 2011, considerando 3°, señala además que, en caso de no haber concurrido uno de los cónyuges a la ejecución de dichos medios, podrá acreditarse el cese por otros medios probatorios que se presenten; en el mismo sentido Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 38-2012, 20 de marzo de 2012.

Es evidente que la interpretación de las Cortes difiere de la intención del legislador plasmada en los preceptos de la LMC en lo concerniente a la limitación probatoria para acreditar el cese de convivencia de los cónyuges. Sin perjuicio de ello, en el caso de los matrimonios celebrados después de su entrada en vigencia, la forma en que se aplica la limitación beneficiaría a los particulares al satisfacerse su pretensión de declaración de divorcio pese a no contar con los medios probatorios que exige la ley para acreditar la causal invocada, es decir, el hecho del cese. Empero, no se debe obviar que el razonamiento de las Cortes desconoce la letra de la ley y la intención del legislador.

7. Proyecto legislativo: Boletín N° 8752-07

Con origen en la Cámara de Diputados, a fines de 2012, ingresó un Proyecto de Ley que busca modificar la LMC para facilitar la tramitación del divorcio de común acuerdo. Argumentan los autores de la moción que, no obstante la positiva respuesta de la ciudadanía ante la inclusión del divorcio en nuestro ordenamiento,¹⁷⁹ su aplicación práctica ha sido deficiente, generando dificultades en los interesados en solicitarlo.¹⁸⁰ En razón de lo anterior, se propone la modificación de algunos preceptos de la LMC relativos al divorcio de común acuerdo.

En lo atinente a la prueba del cese de convivencia, se reconoce la desventaja que representa la limitación probatoria que actualmente afecta a los matrimonios celebrados bajo la vigencia de la LMC en comparación con los celebrados antes de ella,¹⁸¹ en consecuencia, con el objetivo de ampliar los medios probatorios que pueden utilizarse y facilitar la prueba del cese, el Proyecto plantea modificar el artículo 22 reemplazando su segundo inciso por el siguiente:

*“Sin perjuicio de lo anterior, el cese de la convivencia podrá acreditarse por cualquier medio de prueba”.*¹⁸²

Lamentablemente, a pesar de lo útil y necesaria que resulta una reforma en la materia, este Proyecto se encuentra aún en la etapa de primer trámite constitucional, sin urgencia, por lo que no se vislumbra que la modificación se haga efectiva en el corto plazo.

¹⁷⁹ Proyecto de Ley, 20 de diciembre de 2012. op. cit. p. 1.

¹⁸⁰ *Ibíd.*

¹⁸¹ *Ibíd.*

¹⁸² *Ibíd.* p. 2.

8. Conclusión

En las disposiciones de la LMC que regulan el divorcio por cese de convivencia, el legislador estableció una limitación probatoria que afecta a los matrimonios celebrados con posterioridad a la entrada en vigencia de la referida ley. Esta limitación consiste en la taxatividad de medios de que los cónyuges pueden valerse para acreditar su cese de convivencia, esto es, demostrar que ha transcurrido el plazo exigido –de uno o tres años, según corresponda– para que se acceda a la solicitud de divorcio.

La limitación probatoria en cuestión se desprende del tenor literal de la ley. Por lo demás, atendida la historia fidedigna de su establecimiento, es manifiesta la pretensión del legislador en orden a restringir los medios con que puede probarse el cese de convivencia, apoyando su decisión en el temor de fraude a la norma, contingencia que pretende salvar estableciendo en los artículos 22 y 25 medios específicos que podrán utilizar los cónyuges, destacando su confianza en los medios de prueba escritos.

De la relación entre la LMC y la LTF en lo relativo a la prueba del cese de convivencia, se deriva que la limitación impuesta pugna con el principio de libertad probatoria consagrado en materia de Familia. Asimismo, se ve afectado el ejercicio del derecho a la prueba de que gozan las partes –los cónyuges–, el cual es una garantía del derecho fundamental a un debido proceso. En este sentido, el fundamento detrás de la limitación –evitar fraudes a la norma– parece insuficiente, más si se considera que produce obstáculos a los fines del procedimiento, dificultando la averiguación de la verdad de los hechos y la satisfacción de las pretensiones de las partes –esto es, que se acoja la solicitud de divorcio–.

En cuanto a su aplicación práctica, tanto el TC como las Cortes, bajo razonamientos similares, han interpretado la limitación de una forma diferente: se señala que no se han restringido los medios de prueba que pueden utilizar las partes para acreditar el cese de convivencia, al contrario, pueden valerse de todo medio que tengan a su alcance, de este modo, la limitación establecida por la LMC implica que, en el caso de los matrimonios celebrados bajo la vigencia de esta nueva ley, no puede desconocerse el valor de los medios enumerados en los artículos 22 y 25, es decir, se estará a la fecha de inicio del cese que de ellos se desprenda; mientras tanto, respecto de los matrimonios anteriores a la ley, el juez podrá apartarse de ellos en consideración de la demás prueba rendida, todavía más si sospecha un fraude, caso en que está facultado para tener por no acreditado el hecho del cese.

La interpretación de los Tribunales resulta útil a la pretensión de divorcio de las partes que no cuentan con los medios probatorios de los artículos 22 y 25, y cuyo matrimonio haya sido celebrado bajo la vigencia de la LMC. No obstante, no resulta correcto pues esa aplicación desconoce la letra de la ley que plasma claramente la intención del legislador.

CAPÍTULO II: NATURALEZA JURÍDICA DEL DIVORCIO DE COMÚN ACUERDO

1. Introducción

La LMC regula el divorcio de común acuerdo en los incisos primero y segundo de su artículo 55.¹⁸³ En cuanto a sus requisitos, es menester que los cónyuges acompañen un acuerdo en que se regulen tanto sus relaciones mutuas como las materias relativas a los hijos, si los hubiere, y que acrediten el cese de su convivencia por el plazo de un año. Atendiendo a la existencia de “*un interés social y comunitario comprometido, que no se reduce a la mera constatación del cese de la convivencia*”,¹⁸⁴ para que sea decretado el divorcio, se ha dispuesto la necesaria intervención del juez, de este modo, se lleva a cabo un procedimiento contencioso en el cual los cónyuges habrán de demostrar que han dado cumplimiento a los requisitos recién señalados.

La jurisprudencia se ha inclinado por atribuir un carácter contradictorio al divorcio de común acuerdo, por lo que no se cuestiona hoy que su tramitación corresponda a un procedimiento contencioso. Sin embargo, en doctrina se ha planteado reconsiderar su naturaleza jurídica, en cuanto no tendría el carácter mencionado, sino que poseería las características de un acto judicial no contencioso y debería tramitarse como tal.¹⁸⁵

A continuación, me referiré a la importancia de distinguir la naturaleza jurídica del divorcio de común acuerdo, y cómo éste participa de las características de los actos judiciales no contenciosos. Señalaré también la postura contraria de los Tribunales en esta materia y algunas de sus consecuencias prácticas de mayor relevancia para ellos. Finalmente, en razón de lo anterior, y según las opiniones en doctrina, resulta más apropiada su tramitación ante el juez conforme a las normas de los actos no contenciosos, lo cual también se ha manifestado someramente en un Proyecto legislativo orientado a la modificación del artículo 55 en ese

¹⁸³ Reza el artículo 55 LMC en sus incisos primero y segundo: “*Sin perjuicio de lo anterior, el divorcio será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común acuerdo y acreditan que ha cesado su convivencia durante un lapso mayor de un año.*”

En este caso, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que, ajustándose a la ley, regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita.”

¹⁸⁴ DEL PICÓ, Jorge, 2015. op. cit. p. 427.

¹⁸⁵ MATURANA, Cristián, 2014. op. cit. pp. 38 y ss. Véase también RAMOS, René, 2010. op. cit. pp. 108-109. Sin perjuicio de lo señalado, otros autores se inclinan por la tramitación contenciosa del divorcio de común acuerdo, pero “*con un tratamiento procesal asimilado al no contencioso*”, en este sentido NÚÑEZ, René y CORTÉS, Mauricio, 2012. op. cit. pp. 473 y ss.

sentido,¹⁸⁶ siendo adecuada la vía jurisdiccional por el interés público comprometido en la materia.¹⁸⁷

2. Naturaleza jurídica del divorcio de común acuerdo: Un acto judicial no contencioso

Determinar la naturaleza del divorcio de común acuerdo conlleva la atribución de ciertas características distintivas a dicha figura. Específicamente, si se entiende que corresponde a un acto judicial no contencioso, adquiere las particularidades de dichos actos, siendo aplicable las normas generales del Código de Procedimiento Civil (en adelante, “CPC”) y las disposiciones de la LTF respectivas.

2.1. Importancia de la determinación de su naturaleza jurídica

En primer lugar, se debe aclarar qué se entiende por naturaleza jurídica y cuál es el efecto de precisarla respecto de una institución, para luego revisar en particular las consecuencias de estimar como no contencioso el divorcio de común acuerdo.

La naturaleza jurídica va más allá de la esencia o el género de una determinada institución, más bien, se trata de su “*ratio essendi*” que permite descifrarla.¹⁸⁸ De este modo, una institución puede ser conocida desde otra forma jurídica primitiva que constituye su naturaleza jurídica.¹⁸⁹ Tenemos entonces que, al distinguir la naturaleza de una institución, se le otorgan a ésta las características aparejadas a aquélla pues ahí encuentra las particularidades que le son propias. En la misma línea, es la naturaleza de un asunto lo que determina la aplicación de un procedimiento u otro.¹⁹⁰

Distinguir la naturaleza jurídica del divorcio de común acuerdo es relevante pues permite precisar sus características y porque de ello depende el procedimiento que le es aplicable.

¹⁸⁶ Proyecto de Ley, 20 de diciembre de 2012. op. cit. p. 2.

¹⁸⁷ DEL PICÓ, Jorge, 2015. op. cit. p. 422.

¹⁸⁸ ESTÉVEZ, José, 1956. Sobre el concepto de “Naturaleza Jurídica”. *Anuario de filosofía del derecho*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, vol. 4, pp. 159-182. p. 178.

¹⁸⁹ *Ibíd.* pp. 178-179.

¹⁹⁰ CASARINO, Mario, 2011. *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Orgánico*. Tomo I. 6ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 122.

2.2. Características de los actos judiciales no contenciosos en relación al divorcio de común acuerdo

El divorcio de común acuerdo participa de las características de los actos judiciales no contenciosos sin verse afectado negativamente, al contrario, de ser tramitado como tal se verían beneficiados los interesados al convertirse en un procedimiento de mayor celeridad y que no representa un obstáculo a la pretensión unánime de los cónyuges de terminar su matrimonio.

2.2.1. Elementos distintivos

Los actos judiciales no contenciosos están definidos en el artículo 817 CPC: “*Son actos judiciales no contenciosos aquellos que según la ley requieren la intervención del juez y en que no se promueve contienda alguna entre partes*”. De la citada disposición se desprende que los elementos que distinguen a estos actos son (1) la existencia de una ley que requiera la intervención de un tribunal de justicia,¹⁹¹ y (2) la ausencia de contienda entre partes.¹⁹²

Del principio de bilateralidad, audiencia o contradicción, emana la dualidad de partes, elemento distintivo de los negocios judiciales contenciosos.¹⁹³ La contienda, entendida como conflicto o disputa,¹⁹⁴ existe porque una parte pide algo en contra de la otra,¹⁹⁵ por el contrario, lo que caracteriza a los actos judiciales no contenciosos es la falta de pretensiones contrapuestas de los litigantes,¹⁹⁶ quienes no se denominan *partes*, sino *interesados*.¹⁹⁷ El requisito de ausencia de contienda efectivamente se da en el caso del divorcio de común acuerdo, pues los cónyuges están contestes en solicitarlo conjuntamente,¹⁹⁸ asimismo, no podría darse contienda pues es necesario que exista entre ambos acuerdo respecto de sus relaciones mutuas y para con los hijos.¹⁹⁹

¹⁹¹ LILLO, Lenin, 2012 op. cit. p. 38. Véase también CASARINO, Mario, 2005(b). *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil*. Tomo VI. 5ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 145.

¹⁹² *Ibíd.*

¹⁹³ ROMERO, Alejandro, 2011. *Curso de Derecho Procesal Civil. Los presupuestos procesales relativos a las partes*. Tomo III. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 10.

¹⁹⁴ LILLO, Lenin, 2012. op. cit. p. 39.

¹⁹⁵ CASARINO, Mario, 2005(b). op. cit. p. 145.

¹⁹⁶ *Ibíd.* p. 146. Véase también LILLO, Lenin, 2012. op. cit. p. 39.

¹⁹⁷ CASARINO, Mario, 2005(a). *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil*. Tomo III. 6ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 24.

¹⁹⁸ RAMOS, René, 2010. op. cit. p. 108.

¹⁹⁹ MATURANA, Cristián, 2014. op. cit. p. 43.

El requisito de una ley que requiera la intervención del juez se cumple también en el divorcio de común acuerdo, por cuanto el artículo 55 LMC otorga competencia al tribunal para que conozca del asunto.²⁰⁰ Los llamados a conocer de la solicitud de divorcio de común acuerdo son los Tribunales de Familia, en virtud del artículo 8º número 15 LTF.²⁰¹ No obstante lo anterior, el legislador podría establecer que se llevase a cabo ante un oficial del Registro Civil lo que no obstaría a la naturaleza de esta institución.²⁰² Sin perjuicio de ello, considero más adecuada la intervención del juez antes que la vía administrativa, atendiendo al interés público comprometido en materia de matrimonio y divorcio,²⁰³ todavía más si los cónyuges que solicitan mancomunadamente su divorcio se encuentran en una situación asimétrica o tienen hijos menores.²⁰⁴

Cumpliendo con ambos requisitos, tenemos que el divorcio de común acuerdo se adapta a la naturaleza jurídica de un acto judicial no contencioso en los términos del artículo 817 CPC, por lo que le serían aplicables las disposiciones generales que a ellos corresponden, esto es, las normas del Título I del Libro IV del CPC, y las disposiciones especiales de la LTF –cuerpo normativo aplicable en virtud del artículo 88 LMC,²⁰⁵ en particular el artículo 102 LTF que regula el procedimiento aplicable a los asuntos no contenciosos en materia de familia–.²⁰⁶

De lo anterior no se sigue que los cónyuges queden liberados de dar cumplimiento a los requisitos que la LMC impone para decretar el divorcio, es decir, deberán acreditar el cese de su convivencia por el plazo de un año e igualmente acompañar el acuerdo regulador de sus relaciones mutuas y para con sus hijos.²⁰⁷ Sin embargo, al tratarse de un acto judicial no contencioso, conforme a lo establecido en el artículo 102 LTF, el juez debería limitarse a

²⁰⁰ *Ibíd.* En el mismo sentido RAMOS, René, 2010. op. cit. p. 108.

²⁰¹ Artículo 8º número 15 LTF: “*Competencia de los juzgados de familia. Corresponderá a los juzgados de familia conocer y resolver las siguientes materias: (...) 15) Las acciones de separación, nulidad y divorcio reguladas en la Ley de Matrimonio Civil.*”

²⁰² MATORANA, Cristián, 2014. op. cit. p. 43. Véase también HUNTER, Iván, 2012. La aplicación judicial del derecho y la motivación de la sentencia en el PCPC. *Cuadernos de Extensión Jurídica*. Santiago: Facultad de Derecho Universidad de los Andes, vol. 23, pp. 149-172. p. 153, el autor señala que en el divorcio de común acuerdo no existe litis, y que el efecto que buscan las partes que lo solicitan podría obtenerse sin recurrir a un proceso, sin embargo, los cónyuges se ven obligados a recurrir ante el juez.

²⁰³ DEL PICÓ, Jorge, 2015. op. cit. p. 422.

²⁰⁴ En este sentido LEPÍN, Cristián, 2017. op. cit. p. 286.

²⁰⁵ Artículo 88 inciso 1º LMC: “*Los juicios de separación, nulidad o divorcio se tramitarán conforme al procedimiento que señale, para tal efecto, la ley sobre juzgados de familia.*”

²⁰⁶ Artículo 102 LTF: “*Del procedimiento aplicable. Los actos judiciales no contenciosos cuyo conocimiento corresponda a los jueces de familia se regirán por las normas de la presente ley y, en lo no previsto en ellas, por el Libro IV del Código de Procedimiento Civil, a menos que resulten incompatibles con la naturaleza de los procedimientos que esta ley establece, particularmente en lo relativo a la exigencia de oralidad.*

La solicitud podrá ser presentada por escrito y el juez podrá resolverla de plano, a menos que considere necesario oír a los interesados. En este último caso, citará a una audiencia, a la que concurrirán con todos sus antecedentes, a fin de resolver en ella la cuestión no contenciosa sometida a su conocimiento.”

²⁰⁷ RAMOS, René, 2010. op. cit. p. 108.

constatar el cumplimiento de dichos requisitos y fallar de plano la solicitud, a menos que estime necesario oír a los interesados, lo que en este caso es del todo necesario por tener que rendirse prueba para acreditar el cese de convivencia, de modo que el juez debería proceder a aprobar en una sola audiencia el divorcio de común acuerdo si contempla la existencia de un acuerdo completo y suficiente conforme al artículo 21 LMC.²⁰⁸

2.2.2. Clasificación

Los actos judiciales no contenciosos pueden agruparse según el objetivo que se persigue mediante la gestión promovida, existiendo entonces actos destinados a: (a) la adopción de medidas de protección para incapaces,²⁰⁹ (b) la declaración solemne de derechos,²¹⁰ (c) la autenticación de actos o contratos,²¹¹ (d) la ejecución de actuaciones de mera documentación,²¹² y (e) la realización de actos para evitar fraudes.²¹³

El divorcio de común acuerdo correspondería a la clasificación (b),²¹⁴ esto es, se trataría de un negocio judicial no contencioso cuya finalidad es la declaración solemne de hechos o derechos.²¹⁵ En este sentido, la sentencia de divorcio otorgaría eficacia jurídica a la voluntad común de los cónyuges.²¹⁶

2.2.3. Régimen probatorio

El régimen probatorio en el caso de los actos judiciales no contenciosos se aparta del que se ha impuesto a los asuntos contenciosos.²¹⁷ En primer lugar, conforme al artículo 818 CPC,²¹⁸

²⁰⁸ MATURANA, Cristián, 2014. op. cit. p. 49.

²⁰⁹ ROMERO, Alejandro, 2009. *Curso de Derecho Procesal Civil. Los presupuestos procesales relativos al órgano jurisdiccional. Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. ISBN 9789561019461. p. 48. Véase también LILLO, Lenin, 2012. op. cit. p. 42.

²¹⁰ *Ibíd.*

²¹¹ *Ibíd.*

²¹² *Ibíd.*

²¹³ *Ibíd.*

²¹⁴ MATURANA, Cristián, 2014. op. cit. p. 42.

²¹⁵ *Ibíd.*

²¹⁶ DEL PICÓ, Jorge, 2015. op. cit. p. 422.

²¹⁷ CASARINO, Mario, 2005(b). op. cit. p. 149.

²¹⁸ Artículo 818 CPC: "*Aunque los tribunales hayan de proceder en algunos de estos actos con conocimiento de causa, no es necesario que se les suministre este conocimiento con las solemnidades ordinarias de las pruebas judiciales.*

Así, pueden acreditarse los hechos pertinentes por medio de informaciones sumarias.

Se entiende por información sumaria la prueba de cualquiera especie, rendida sin notificación ni intervención de contradictor y sin previo señalamiento de término probatorio".

no es necesario que se rinda prueba con las solemnidades ordinarias, sino que podrán acreditarse los hechos pertinentes a través de informaciones sumarias, esto es, “*la prueba de cualquiera especie, rendida sin notificación ni intervención de contradictor y sin previo señalamiento de término probatorio*”.

En lo que concierne al divorcio de común acuerdo, lo anterior se encuentra en armonía con lo dispuesto en el artículo 28 LTF que, como se señaló anteriormente, establece la libertad de prueba en materia de Familia. En consecuencia, los cónyuges conjuntamente interesados en que se decrete su divorcio, podrían acreditar el cese de su convivencia por el plazo requerido por la ley mediante cualquier documento u otro medio probatorio con que tengan a su alcance, sin las limitaciones que impone la LMC al respecto.

Según el artículo 819 CPC,²¹⁹ la prueba que se produzca en los términos recién descritos, será apreciada prudencialmente por el juez. Esto coincide con el artículo 32 LTF que regula la valoración de la prueba en materia de Familia en que son aplicables las reglas de la sana crítica.²²⁰

Por último, en virtud del artículo 820 CPC,²²¹ en los asuntos no contenciosos el juez tiene la facultad de decretar de oficio, en cualquier etapa de la gestión, todas las diligencias informativas que estime conveniente para lograr un mejor convencimiento.²²² Concuera con el artículo 13 LTF que consagra el principio de actuación de oficio del juez,²²³ quien está facultado para solicitar a las partes todos los antecedentes necesarios para arribar al fallo.

²¹⁹ Artículo 819 CPC: “*Los tribunales en estos negocios apreciarán prudencialmente el mérito de las justificaciones y pruebas de cualquiera clase que se produzcan*”.

²²⁰ Artículo 32 LTF: “*Valoración de la prueba. Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. 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 en la sentencia requerirá el señalamiento de los medios de prueba mediante los cuales se diere por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”.

²²¹ Artículo 820 CPC: “*Asimismo decretarán de oficio las diligencias informativas que estimen convenientes*”.

²²² Se ha señalado que son verdaderas medidas para mejor resolver doblemente excepcionales pues no son taxativas y pueden decretarse en cualquier etapa del procedimiento. Véase CASARINO, Mario, 2005(b). op. cit. p. 149.

²²³ Artículo 13 LTF: “*Actuación de oficio. Promovido el proceso y en cualquier estado del mismo, el juez deberá adoptar de oficio todas las medidas necesarias para llevarlo a término con la mayor celeridad. Este principio deberá observarse especialmente respecto de medidas destinadas a otorgar protección a los niños, niñas y adolescentes y a las víctimas de violencia intrafamiliar.*

Asimismo, el juez deberá dar curso progresivo al procedimiento, salvando los errores formales y omisiones susceptibles de ser subsanados, pudiendo también solicitar a las partes los antecedentes necesarios para la debida tramitación y fallo de la causa”.

Es claro que los aspectos que se exponen harían del divorcio de común acuerdo un procedimiento más rápido, sencillo y provechoso a la pretensión de los cónyuges que mancomunadamente lo solicitan.

2.2.4. Revocabilidad y ausencia de cosa juzgada

Los actos judiciales no contenciosos carecen de eficacia de cosa juzgada,²²⁴ siendo ello un efecto privativo de la función jurisdiccional contenciosa.²²⁵ En consecuencia, las resoluciones dictadas en sede no contenciosa son esencialmente revocables en el mismo procedimiento o mediante acciones ordinarias.²²⁶

Se establece en el inciso primero del artículo 821 CPC que los tribunales podrán revocar o modificar las resoluciones negativas que hayan dictado,²²⁷ lo cual procede a solicitud del interesado siempre que hayan variado las circunstancias. Estaremos ante una resolución negativa cuando ella no acceda a la solicitud del interesado dentro de la gestión no contenciosa.²²⁸ Asimismo, según el segundo inciso de la citada disposición, podrán ser revocadas o modificadas las resoluciones afirmativas, pero en tal caso se requiere que esté pendiente de ejecución. A *contrario sensu*, una resolución afirmativa es aquella que sí accede a la solicitud del interesado, y se sostiene que ella estará pendiente en su ejecución cuando no haya obtenido aún la finalidad perseguida mediante la gestión no contenciosa que promueve.²²⁹

En los negocios judiciales no contenciosos, las sentencias definitivas no producen cosa juzgada, sino que el desasimio del tribunal que no podrá modificar o revocar la resolución.²³⁰ Sin embargo, lo anterior solo es efectivo respecto de las sentencias afirmativas cumplidas,

²²⁴ ROMERO, Alejandro, 2002. op. cit. p. 47. En el mismo sentido PEREIRA, Hugo, 1997. *La cosa juzgada en el proceso civil*. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur. p. 12.

²²⁵ ROMERO, Alejandro, 2002. op. cit. p. 47. En el mismo sentido LILLO, Lenin, 2012. op. cit. p. 40.

²²⁶ ROMERO, Alejandro, 2002. op. cit. p. 47. Véase también CASARINO, Mario, 2005(b). op. cit. p. 146.

²²⁷ Artículo 821 CPC: "*Pueden los tribunales, variando las circunstancias, y a solicitud del interesado, revocar o modificar las resoluciones negativas que hayan dictado, sin sujeción a los términos y formas establecidos para los asuntos contenciosos.*

Podrán también en igual caso revocar o modificar las resoluciones afirmativas, con tal que esté aún pendiente su ejecución".

²²⁸ CASARINO, Mario, 2005(b). op. cit. p. 151.

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ MATURANA, Cristián, 2014. op. cit. p. 43. En el mismo sentido LILLO, Lenin, 2012. op. cit. p. 40. En este orden de ideas PEREIRA, Hugo, 1997. op. cit. p. 14, se refiere a la "*estabilidad que regula el art. 821*". Por otra parte, CASARINO, Mario, 2005(b). op. cit. p. 152, estima que respecto del interesado la resolución afirmativa cumplida produce una excepción de cosa juzgada *sui generis* que puede hacer valer ante el mismo tribunal que conoció del asunto para que no se altere la resolución, y ante un tribunal distinto en que el interesado inicie una gestión diversa para que no se dictase una resolución contradictoria en relación con la ya dictada y cumplida.

pues ya vimos que las negativas y las afirmativas pendientes de ejecución podrán modificarse o revocarse si el interesado lo solicita y han variado las circunstancias. Debe aquí distinguirse que los efectos descritos son respecto del interesado, pues en lo que concierne a terceros que no han sido parte en la gestión no contenciosa podrán solicitar que se deje sin efecto la resolución –ya sea negativa o positiva, sin distinción– en un procedimiento contencioso posterior.²³¹ En este sentido, se ha fallado:

*“La cosa juzgada es la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla y se entiende referida al ejercicio de la función jurisdiccional y por tanto no comprende las actuaciones voluntarias donde no se decide sobre una controversia entre partes, de forma tal que ellos siempre podrán ser impugnados por terceros interesados en la gestión en sede contenciosa”.*²³²

Respecto del divorcio de común acuerdo, ante una resolución negativa, los cónyuges podrán solicitar al mismo tribunal que modifique su decisión si las circunstancias varían. Por ejemplo, si no se acoge el divorcio por no haber transcurrido el plazo exigido de cese de convivencia, acuden nuevamente una vez cumplido efectivamente el plazo para que se modifique la resolución primitiva o se revoque y se dicte en su lugar una afirmativa que acoja la solicitud, en tal caso solo estaría aplicándose lo establecido en el artículo 821 CPC.

Problemático es lo que ocurre frente a una resolución afirmativa, es decir, que acoge la solicitud de divorcio. El conflicto radica en identificar el momento en que tal resolución se encuentra cumplida, pues posteriormente no podrá solicitarse su modificación o revocación por parte de los cónyuges.

Conforme al artículo 59 LMC, el divorcio produce sus efectos cuando la sentencia que lo declara se encuentra ejecutoriada, la cual deberá ser subinscrita al margen de la inscripción matrimonial para ser oponible a terceros. Se establece que la subinscripción marca el momento en que los cónyuges adquieren el estado civil de divorciados.²³³ Reza el referido artículo:

²³¹ CASARINO, Mario, 2005(b). op. cit. p. 152.

²³² Corte de Presidente Aguirre Cerda, 11.8.2000, RDJ, T. XCVII (2000), sec. 2ª, 51 (52).

²³³ BARRIENTOS, Javier y NOVALES, Aránzazu, 2004. op. cit. p. 396, los autores señalan que, desde la subinscripción, simultáneamente a la adquisición del estado civil de divorciados, desaparece para quienes fueron cónyuges la incapacidad de vínculo matrimonial no disuelto. En el mismo sentido BARRIENTOS, Javier, 2011. op. cit. p. 746.

“Artículo 59.- El divorcio producirá efectos entre los cónyuges desde que quede ejecutoriada la sentencia que lo declare.

Sin perjuicio de ello, la sentencia ejecutoriada en que se declare el divorcio deberá subinscribirse al margen de la respectiva inscripción matrimonial. Efectuada la subinscripción, la sentencia será oponible a terceros y los cónyuges adquirirán el estado civil de divorciados, con lo que podrán volver a contraer matrimonio”.

Precisamente, destaca de la norma que el estado civil de divorciado se genere con la subinscripción de la sentencia que declara el divorcio y no desde que ésta quede ejecutoriada.²³⁴ Se aprecia cierta contradicción entre los incisos de este artículo,²³⁵ ya que conforme al primero los cónyuges adquieren el estado civil de divorciados desde que la sentencia queda ejecutoriada,²³⁶ y según el segundo inciso ello solo ocurre cuando sea realizada la subinscripción.²³⁷ Existen dos posibles interpretaciones:

- a) La sentencia que declara el divorcio no producirá efecto alguno mientras no se haya realizado la subinscripción,²³⁸ en consecuencia, los cónyuges siguen casados y no desaparece el impedimento de vínculo matrimonial no disuelto.²³⁹ Esta interpretación deja sin aplicación el inciso primero del artículo 59.²⁴⁰
- b) Todos los efectos del divorcio se producen desde que la sentencia que lo declara queda ejecutoriada,²⁴¹ y solo excepcionalmente se mantiene el impedimento de vínculo matrimonial no disuelto hasta que sea realizada la subinscripción,²⁴² momento desde el cual quienes fueron cónyuges podrán celebrar nuevos matrimonios.²⁴³ Esta forma de entender la redacción del artículo 59 parece más adecuada si se estima que la finalidad de la norma apunta a conminar a los antiguos cónyuges a realizar la subinscripción.²⁴⁴

²³⁴ TRONCOSO, Hernán, 2017. op. cit. p. 98, el autor cuestiona cuál es el estado civil que se posee mientras no se haya subscrito la sentencia que ha declarado el divorcio.

²³⁵ RAMOS, René, 2010. op. cit. p. 114.

²³⁶ *Ibíd.*

²³⁷ *Ibíd.*

²³⁸ *Ibíd.*

²³⁹ *Ibíd.* p. 114-115, el autor señala que, bajo esta interpretación, si uno de los cónyuges muere antes de la subinscripción, entonces el sobreviviente adquiere el estado civil de viudo.

²⁴⁰ *Ibíd.* p. 115.

²⁴¹ *Ibíd.*

²⁴² *Ibíd.*

²⁴³ *Ibíd.*

²⁴⁴ *Ibíd.*

Si se adopta esta última interpretación, la sentencia se cumpliría inmediatamente al ser declarado el divorcio, adquiriendo los interesados el estado civil de divorciados, restando la subinscripción solo para terminar con el impedimento de vínculo matrimonial no disuelto, siendo oponible a terceros. No obstante, la norma es explícita en cuanto al momento en que se adquiere ese estado civil, efecto que corresponde a la finalidad perseguida por los cónyuges al promover la gestión en cuestión, de modo que, conforme al texto legal, si no se ha realizado la subinscripción no puede entenderse cumplida la sentencia.

La sentencia que declara el divorcio de común acuerdo podría entenderse firme o ejecutoriada, según el artículo 174 CPC,²⁴⁵ desde que se notifique el decreto que la mande cumplir, una vez que terminen los recursos deducidos, o desde que transcurran todos los plazos para la interposición de esos recursos, sin que se hayan hecho valer. Sin embargo, incluso en tales situaciones, me parece arriesgado determinar así la firmeza o ejecutoriedad de la sentencia que declara el divorcio en condiciones que, si ella no se encuentra cumplida, conforme al artículo 821 CPC, los interesados –los cónyuges– todavía estarán facultados para solicitar su modificación o revocación.²⁴⁶ En este orden de ideas, me parece más prudente estimar firme o ejecutoriada la sentencia cumplida, pues desde su cumplimiento ya no procede tal recurso.²⁴⁷

Atendiendo al tenor literal del artículo 59, y considerando el divorcio de común acuerdo como un asunto judicial no contencioso, se desprende que la sentencia que declara el divorcio se encuentra cumplida solo una vez que ha sido subinscrita, pues desde ese hito quienes fueron cónyuges obtienen la finalidad perseguida por medio de la gestión que han promovido, esto es, adquieren desde ese momento el estado civil de divorciados; pero según el texto legal, para que se realice la subinscripción, la sentencia debe tener el carácter de ejecutoriada. Se aprecia entonces el problema: al estimarse que el divorcio de común acuerdo es un acto judicial no contencioso, la sentencia que se dicte acogiendo la solicitud no adquiere el carácter de ejecutoriada sino hasta su cumplimiento, es decir, su subinscripción; sin embargo, para

²⁴⁵ Artículo 174 CPC: “Se entenderá firme o ejecutoriada una resolución desde que se haya notificado a las partes, si no procede recurso alguno en contra de ella; y, en caso contrario, desde que se notifique el decreto que la mande cumplir, una vez que terminen los recursos deducidos, o desde que transcurran todos los plazos que la ley concede para la interposición de dichos recursos, sin que se hayan hecho valer por las partes. En este último caso, tratándose de sentencias definitivas, certificará el hecho el secretario del tribunal a continuación del fallo, el cual se considerará firme desde este momento, sin más trámites”.

²⁴⁶ Mientras no se haya cumplido la sentencia afirmativa, queda a salvo para los interesados la posibilidad de solicitar su modificación o revocación, lo que se identifica como un recurso propio de quien promueve el negocio no contencioso. En este sentido CASARINO, Mario, 2005(b). op. cit. p. 151.

²⁴⁷ *Ibíd.*

realizar la subinscripción requiere gozar del carácter de ejecutoriada que no tendrá hasta que sea subinscrita.

Considero que la solución a este conflicto pasa por el legislador, debiendo modificarse la LMC ajustándose a la naturaleza no contenciosa del divorcio de común acuerdo. En este sentido, debería indicarse que el divorcio produce sus efectos entre los cónyuges desde la fecha de su declaración, explicitando que desde ese momento se adquiere el estado civil de divorciado, con lo que la sentencia se entiende cumplida; parece una solución más adecuada que mantener la redacción del segundo inciso en el sentido de que los cónyuges adquieren el nuevo estado civil con la subinscripción, pues como se señaló, con ello se deja sin efecto el primer inciso del artículo 59.

De este modo, encontrándose pendiente de ejecución, es decir, antes de que sea subinscrita la sentencia afirmativa que declara el divorcio, los interesados podrán solicitar su modificación o revocación ante el tribunal que la dictó si varían las circunstancias, lo que no será posible posteriormente a la realización de la subinscripción.

En cuanto a los terceros que no han sido parte de la gestión y que se vean afectados por la declaración de divorcio, podrán solicitar que ella se deje sin efecto en juicio contencioso posterior. En todo caso, resulta difícil imaginar un escenario en que un tercero pudiera ver afectados sus derechos por la declaración de divorcio de otros individuos que lo motive a entablar una acción para dejar sin efecto esa declaración.

2.2.5. Régimen de recursos

Dispone el artículo 822 CPC que proceden contra las resoluciones los recursos de apelación y de casación, según las reglas generales.²⁴⁸

Lo anterior supone que contra la sentencia definitiva que falla la solicitud de divorcio de común acuerdo podrán deducirse dichos recursos.

²⁴⁸ Artículo 822 CPC: “*Contra las resoluciones dictadas podrán entablarse los recursos de apelación y de casación, según las reglas generales. Los trámites de la apelación serán los establecidos para los incidentes*”.

2.2.6. Legítimo contradictor

Conforme al artículo 823 CPC,²⁴⁹ el negocio no contencioso puede devenir contencioso si a la solicitud del interesado se opone un legítimo contradictor, en tal caso, se sujetará a las normas del procedimiento correspondiente. El legítimo contradictor es quien invoca un título, calidad o condición que lo faculta para oponerse a la pretensión del interesado,²⁵⁰ de este modo, se señala en el referido artículo que el tribunal desestimaré de plano la oposición de quien no tenga un derecho que lo autorice para ello.

Como ya se dijo, es complejo concebir que un tercero pudiera ver afectados sus derechos por la declaración de divorcio de otros dos individuos. Si lograrse acreditarlo, el juez se limitará a declarar que el negocio se ha convertido en uno de carácter contencioso, con lo que el procedimiento no contencioso queda terminado,²⁵¹ siendo libres las partes para decidir las acciones que deducirán posteriormente.²⁵² Por el contrario, si el juez estima que el tercero no posee la calidad de legítimo contradictor, desestimaré de plano la oposición y fallará la petición principal de la gestión promovida, esto es, la solicitud de declaración de divorcio de común acuerdo, accediendo a ella o rechazándola en razón del cumplimiento de los requisitos legales –transcurso del plazo de un año del cese de convivencia, y acuerdo de los cónyuges relativo a sus relaciones mutuas y para con sus hijos si los hubiere–.

2.2.7. Procedimiento especial

El artículo 824 CPC establece el procedimiento general de los asuntos no contenciosos.²⁵³ Cuando no se haya establecido una tramitación especial, el tribunal procederá de plano.

Respecto del divorcio de común acuerdo, tiene aplicación el artículo 102 LTF, de modo que se registrá por las normas de éste cuerpo normativo y supletoriamente por el Libro IV del CPC

²⁴⁹ Artículo 823 CPC: “*Si a la solicitud presentada se hace oposición por legítimo contradictor, se hará contencioso el negocio y se sujetará a los trámites del juicio que corresponda.*

Si la oposición se hace por quien no tiene derecho, el tribunal, desestimándola de plano, dictará resolución sobre el negocio principal”.

²⁵⁰ CASARINO, Mario, 2005(b). op. cit. p. 153.

²⁵¹ En este sentido C.S., 3.7.2002, RDJ, T. XCIX (2002), sec. 1ª, 127 (128); C.S., 16.5.2006, RDJ, T. CIII (2006), sec. 1ª, 131 (134); y C.S., 14.10.1997, RDJ, T. XCIV (1997), sec. 1ª, 110 (112).

²⁵² C.S., 14.10.1997, RDJ, T. XCIV (1997), sec. 1ª, 110 (112).

²⁵³ Artículo 824 CPC: “*En los negocios no contenciosos que no tengan señalada una tramitación especial en el presente Código, procederá el tribunal de plano, si la ley no le ordena obrar con conocimiento de causa.*

Si la ley exige este conocimiento, y los antecedentes acompañados no lo suministran, mandará rendir previamente información sumaria acerca de los hechos que legitimen la petición, y oirá después al respectivo defensor público”.

siempre que no sea contrario a la naturaleza de los procedimientos que establece la Ley de Tribunales de Familia.

Según el procedimiento especial de los actos judiciales no contenciosos en la LTF, se inician por presentación de una solicitud escrita, la que el juez podrá resolver de plano, a menos que estime necesario oír a los interesados, caso en que citará a una audiencia en que se resolverá la petición principal. En este sentido, los Tribunales deberían proceder a aprobar en una sola audiencia –con carácter no contencioso– el divorcio de común acuerdo si contemplan la existencia de un acuerdo completo y suficiente conforme al artículo 21 LMC.²⁵⁴

2.2.8. Menciones de la sentencia definitiva

El artículo 826 CPC regula las menciones que deben contener las sentencias definitivas en los asuntos no contenciosos.²⁵⁵

Entonces, conforme al precepto referido, la sentencia que falle la solicitud de divorcio de común acuerdo deberá señalar el nombre, profesión u oficio, y domicilio de los cónyuges solicitantes, la petición deducida –declaración del divorcio–, la resolución del tribunal –acoge o rechaza la solicitud–, y las razones que motiven la resolución cuando corresponda.

2.2.9. Competencia

El artículo 827 CPC señala que en estos asuntos no se considerará el fuero personal de los interesados a fin de establecer la competencia del tribunal.²⁵⁶

A falta de regla especial, según el artículo 134 del Código Orgánico de Tribunales (en adelante “COT”),²⁵⁷ el juez competente para intervenir en el asunto no contencioso será el del domicilio del interesado. Coincide con la norma especial respecto del divorcio, establecida en el artículo

²⁵⁴ MATURANA, Cristián, 2014. op. cit. p. 49.

²⁵⁵ Artículo 826 CPC: “Las sentencias definitivas en los negocios no contenciosos expresarán el nombre, profesión u oficio y domicilio de los solicitantes, las peticiones deducidas y la resolución del tribunal. Cuando éste deba proceder con conocimiento de causa, se establecerán además las razones que motiven la resolución. Estas sentencias, como las que se expiden en las causas entre partes, se copiarán en el libro respectivo que llevará el secretario del tribunal”.

²⁵⁶ Artículo 827 CPC: “En los asuntos no contenciosos no se tomará en consideración el fuero personal de los interesados para establecer la competencia del tribunal”.

²⁵⁷ Artículo 134 COT: “En general, es juez competente para conocer de una demanda civil o para intervenir en un acto no contencioso, el del domicilio del demandado o interesado, sin perjuicio de las reglas establecidas en los artículos siguientes y de las demás excepciones legales”.

87 LMC,²⁵⁸ la cual si bien habla de *demandado* debe entenderse como *interesado*. Es tarea del legislador corregir aquí también la redacción de la norma para ajustarla al carácter no contencioso del negocio.

En estos asuntos, conforme al artículo 182 COT,²⁵⁹ no procede la prórroga de competencia.²⁶⁰

2.2.10. Recapitulación

En síntesis, se aprecia que el divorcio de común acuerdo se adecúa a la noción de asunto judicial no contencioso, siendo esa su naturaleza jurídica, en virtud de la cual se desprenden sus características.

En cuanto a los elementos distintivos de los asuntos judiciales no contenciosos, el divorcio de común acuerdo posee ambos, tanto la ausencia de contienda como la intervención judicial establecida por ley, y se trata de un acto cuyo objetivo es la declaración solemne de hechos o derechos. Se observa que puede atribuírsele la naturaleza de acto judicial no contencioso sin efectos negativos. Al contrario, presenta ventajas para los interesados, por ejemplo, al contemplar un régimen probatorio más laxo.

Por otra parte, frente a las dificultades que podría representar su esencial revocabilidad y la ausencia de cosa juzgada, la solución pasa por el legislador, esto es, deben adecuarse las disposiciones de la LMC atendiendo a su naturaleza jurídica no contenciosa.

En razón de las normas generales del CPC, contra las resoluciones dictadas procederán los recursos de apelación y casación, y tiene aplicación la institución del legítimo contradictor.

Tanto para la competencia como para el procedimiento existen reglas especiales dadas por la LMC y la LTF, respectivamente. Sin perjuicio de ello, en lo no regulado por dichos cuerpos legales, aplican las reglas generales cuando no sean incompatibles con la naturaleza de los procedimientos de Familia.

Tramitar el divorcio de común acuerdo acorde a su naturaleza no contenciosa sería beneficioso para los interesados que promueven la gestión, pues el procedimiento sería más expedito y presenta mayores facilidades destacables, por ejemplo, en lo que concierne a la prueba de los

²⁵⁸ Artículo 87 LMC: “Será competente para conocer de las acciones de separación, nulidad o divorcio, el juzgado con competencia en materias de familia, del domicilio del demandado”.

²⁵⁹ Artículo 182 COT: “La prórroga de competencia solo procede en primera instancia, entre tribunales ordinarios de igual jerarquía y respecto de negocios contenciosos civiles”.

²⁶⁰ MATURANA, Cristián, 2014. op. cit. p. 43.

hechos pertinentes –en este caso, lo relativo a la prueba del transcurso del plazo requerido del cese de convivencia de los cónyuges–.

Reconsiderar el carácter de esta institución y estimarlo un negocio no contencioso implica que el legislador ajuste su regulación a ello. En este sentido, existe un Proyecto legislativo que pretende reconocerle tal naturaleza,²⁶¹ que será tratado brevemente más adelante.

Lo más probable es que, contra su naturaleza no contenciosa, el divorcio de común acuerdo siga tramitándose conforme las reglas de los negocios contradictorios. En este sentido, veremos que, desde la entrada en vigencia de la LMC, la jurisprudencia se ha inclinado por atribuirle carácter contencioso y tramitarlo como tal.

3. Jurisprudencia respecto de su naturaleza jurídica

Al poco tiempo de la entrada en vigencia de la LMC, los Tribunales asentaron el carácter contradictorio del divorcio de común acuerdo, otorgándole una naturaleza jurídica contenciosa de modo que desde que existe el trámite de divorcio, se ha llevado a cabo por medio de un procedimiento contencioso. Esta concepción se apoyó en las disposiciones transitorias de la LMC, en particular, la regla tercera del artículo 1º transitorio que establece:

“Salvo el caso señalado en la disposición anterior [separación judicial solicitada conjuntamente por los cónyuges], los procesos de separación judicial, nulidad de matrimonio y divorcio se sustanciarán conforme a las reglas del juicio ordinario, con las siguientes modificaciones: (...)”

Luego de la entrada en vigencia de la LMC y antes de la instalación de los Tribunales de Familia, los Juzgados de Letras eran competentes para conocer de las solicitudes de divorcio, en virtud de la regla primera del artículo 1º transitorio LMC. El citado precepto no hizo distinción alguna entre el divorcio por las causales del artículo 54 (sanción) y el de común acuerdo del artículo 55 (remedio) en lo que a su tramitación tocaba. Por esto, se entendió por parte de los Tribunales que el procedimiento ordinario era aplicable a ambos tipos de divorcio.²⁶² En ese sentido, se falló:

“Que existiendo un procedimiento expresamente definido por el legislador para todas las demandas de divorcio, sin excepción de ninguna especie, no es posible asignarle

²⁶¹ Proyecto de Ley, 20 de diciembre de 2012. op. cit. p. 2.

²⁶² MATURANA, Cristián, 2004. op. cit. p.

a éste, incluso en el evento de tratarse del caso cubierto por los dos primeros incisos del artículo 55 de la ley 19.947, el procedimiento establecido en las reglas del Título I del Libro IV del Código de Procedimiento Civil.²⁶³

Una vez establecidos los Tribunales de Familia llamados a conocer del asunto, todavía se resaltó el carácter contencioso del divorcio, sin hacer alcances sobre si se trataba de uno u otro tipo –divorcio sanción o remedio–. Se señaló entonces:

“Que el divorcio establecido por la Ley 19.947 necesariamente da lugar a un procedimiento, por naturaleza contradictorio, aún cuando se invoque la causal de su artículo 55 y se lo solicite de común acuerdo”.²⁶⁴

Firme a esta postura, la Corte Suprema ha señalado que el divorcio de común acuerdo resulta incompatible con las normas del Libro IV del CPC.²⁶⁵ También ha fallado que no basta el consentimiento de los cónyuges, pues para que pueda decretarse el divorcio es necesario que se acredite alguna de las causales señaladas por la LMC:

“Que, de las disposiciones referidas [artículos 54 y 55 LMC], se desprende que en nuestra legislación no basta el mero consentimiento de los cónyuges para decretar el divorcio, sino que es menester, además, que se acredite una causal específica”.²⁶⁶

Muy tempranamente fue éste el principal fundamento en que se apoyó la jurisprudencia para estimar que se trata de un negocio judicial contradictorio. Como se señaló anteriormente, la LMC contempla un sistema de divorcio causado y, respecto del divorcio de común acuerdo, la causal no es el consentimiento de los cónyuges, sino el transcurso del plazo exigido del cese de convivencia, el que deberá probarse en un procedimiento contencioso. En este sentido se ha fallado:

“3. Que el tipo de divorcio consagrado en la nueva ley de matrimonio civil, es un divorcio causado (por causa), que procede en la medida que se acredite la concurrencia de causales subjetivas, como el maltrato físico o psicológico que suponen una conducta culpable del otro cónyuge o de una causal objetiva, como es el cese de la convivencia

²⁶³ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1504-2005, 5 de septiembre de 2005, considerando 4º. En sentido similar Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 3544-2005, 16 de mayo de 2006, en que se estima que existe un vicio de casación formal por haberse tramitado el divorcio de común acuerdo como un negocio judicial no contencioso, mientras que el procedimiento señalado en la ley es contencioso (artículo 1º transitorio LMC).

²⁶⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 9743-2006, 25 de enero de 2007, considerando 1º. En el mismo sentido Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 10627-2006, 14 de marzo de 2007, considerando 1º.

²⁶⁵ Corte Suprema, Rol N° 4535-2010, 16 de agosto de 2010, considerando 4º.

²⁶⁶ Corte Suprema, Rol N° 5199-2011, 11 de junio de 2012, considerando 5º.

-que no depende de conducta imputable a ninguno de los cónyuges- y que consiste en la separación efectiva de los cónyuges, por un cierto espacio de tiempo previsto en la ley. En este último caso la voluntad de los cónyuges es relevante para los efectos de determinar el tiempo necesario del cese de convivencia, ya que si ambos están de acuerdo en solicitar el divorcio, dicho lapso es más breve que si solo uno de ellos pretende instar por la terminación del vínculo matrimonial (uno y tres años respectivamente).

*4. Que, en consecuencia, la causal objetiva antes referida está constituida por una situación de hecho consistente en el cese de la convivencia y no por el mutuo acuerdo de los cónyuges, razón por la cual éste debe ser acreditado por los medios de prueba legal en un juicio contradictorio -que le permita al sentenciador formarse plena convicción sobre los hechos invocados, no siendo suficiente, para este efecto, que los cónyuges consientan en el tiempo por el cual se ha prolongado la separación”.*²⁶⁷

En este orden de ideas, al entenderse que la causal de divorcio no atiende al mutuo acuerdo de los cónyuges sino al cese de convivencia como hecho objetivo, se ha rechazado el desistimiento cuando uno de ellos cambia de parecer, insistiéndose en el carácter contradictorio del asunto:

“Que preciso resulta dejar establecido, por otra parte, que no obstante que la petición de divorcio sea presentada de común acuerdo por los cónyuges, el juicio en que se ventila tal petición tiene el carácter de contradictorio, como quiera que los solicitantes deberán proporcionar las probanzas suficientes e idóneas destinadas a formar convicción de la concurrencia de los presupuestos legales que conduzcan a la declaración del divorcio y que, por tanto, no resulta procedente que se exija que la voluntad de consuno expresada en la referida solicitud, deba mantenerse durante todo el procedimiento, de lo cual se concluye que la retractación de uno de los solicitantes no puede tener como necesaria consecuencia que la acción de divorcio intentada se vea malograda porque uno de los cónyuges se arrepienta de la voluntad destinada a

²⁶⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 8080-2005, 30 de enero de 2006, considerando 3° y 4°. En el mismo sentido Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 5597-2006, 28 de septiembre de 2006, considerando 2°. Véase también Corte de Santiago, 5.4.2006, RDJ, T. CIII (2006), sec. 2ª, 213 (213); Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 3590-2006, 19 de junio de 2006, considerandos 1° y 2°; Corte de Apelaciones de La Serena, Rol N° 1279-2006, 3 de noviembre de 2006, considerando 2° y 3°; y Corte de Apelaciones de La Serena, Rol N° 1762-2006, 23 de enero de 2007, considerando 3°.

*poner término a la vinculación matrimonial, por motivos ajenos a la naturaleza del procedimiento y, más aun, cuando la incidencia carece de fundamentos”.*²⁶⁸

Autores no comparten el referido fundamento, señalando que incluso cuando exista el cese de convivencia, no se solicitará el divorcio si no hay mutuo acuerdo de los cónyuges.²⁶⁹ En realidad, sin distinguir la causal que se invoque para solicitar el divorcio, el fundamento basal siempre será la intención de los cónyuges de no continuar con su matrimonio.²⁷⁰ De este modo, acotado al divorcio de común acuerdo, el elemento esencial y básico es justamente la voluntad conjunta de los cónyuges. Considero que ésta es la forma correcta de entenderlo, ya que se explica de mejor manera el carácter no contencioso de esta figura: es precisamente el mutuo acuerdo –que implica ausencia de contienda entre los cónyuges– lo que justifica finalmente su naturaleza no contenciosa, la verdadera causa para solicitar el divorcio es su voluntad.

Con todo, existen fallos contemporáneos a los ya citados en que se hace alusión al carácter no contencioso del divorcio de común acuerdo:

*“Que es útil señalar que, en el caso de autos, la demanda se funda en una causal de divorcio unilateral que necesariamente debe ser probada y no en una solicitud conjunta de los cónyuges, tramitada de acuerdo a las normas del procedimiento voluntario, en el que incluso no basta la mera afirmación de las partes, pues el juez debe obrar con conocimiento de causa”.*²⁷¹

“1.- Que esta Corte no comparte el dictamen de la Fiscal Judicial, en cuanto a que en los juicios de divorcio de común acuerdo no pueden ambas partes ser patrocinadas y representadas por un solo abogado.

Lo anterior porque entiende esta Corte que si ambas partes lo piden de común acuerdo, se está frente a una gestión no contenciosa.

No puede haber juicio cuando la pretensión de las dos partes es la misma: que se ponga término al matrimonio por haber cesado la convivencia durante un lapso mayor de un año.

²⁶⁸ Corte de Apelaciones de La Serena, Rol N° 173-2012, 9 de noviembre de 2012, considerando 9°.

²⁶⁹ BARRIENTOS, Javier y NOVALES, Aránzazu, 2004. op. cit. p. 382. Véase también DEL PICÓ, Jorge, 2015. op. cit. p. 422.

²⁷⁰ LATHROP, Fabiola, 2017. Constitucionalización y Jurisprudencia Constitucional en el Derecho de Familia chileno. *Estudios Constitucionales*. Talca: Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, vol. 15, no. 1, pp. 329-372. p. 342.

²⁷¹ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 28-2006, 17 de mayo de 2006, considerando 5°.

El lenguaje que emplea el inciso 1º del artículo 55 de la Ley N° 19.947: "el divorcio será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común acuerdo" es suficientemente ilustrativo, pues no habla de demanda.

*2.- Que, lo dicho en el fundamento anterior, no significa que no deba darse cumplimiento en estas causas a las exigencias que la ley prescribe. (...)"*²⁷²

Me parece que la existencia de sentencias en tal sentido puede explicarse por la confusión que genera la disposición transitoria de la LMC que establece un procedimiento contencioso para el divorcio. Ya fue explicado que el divorcio de común acuerdo participa de las características de los negocios judiciales no contenciosos, lo cual debe haber sido apreciado también por los Ministros de los fallos citados ya en el año 2005, cuando eran competentes para conocer del asunto los Jueces de Letras.²⁷³

Se desprende que la falta es del legislador, pues en las disposiciones transitorias de la LMC pertinentes al caso, no distinguió entre el divorcio del artículo 54 (sanción) y el establecido en el artículo 55 (remedio). En este sentido, encontramos el siguiente voto disidente:

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

3.- No escapa al disidente que un sector importante de la doctrina nacional tiene una opinión distinta, que se funda en que la ley no ha dicho en el caso del divorcio, como sí se lo hizo para la separación judicial -artículo 1º transitorio, disposición segunda de la ley 19.947- que cuando se solicita de común acuerdo se deben aplicar las normas del Título 1 del Libro IV del Código de Procedimiento Civil (actos judiciales no contenciosos), por lo que -razonan ellos- en conformidad a la disposición tercera de la misma norma transitoria, quedará sometida a las reglas del juicio ordinario con las modificaciones que esa disposición tercera contempla-

Es evidente que el legislador ha incurrido en una omisión al no decir en forma expresa que el divorcio de común acuerdo deba regirse por las normas de las disposiciones no

²⁷² Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 2220-2016, 6 de septiembre de 2006, considerando 1º y 2º.

²⁷³ En 2008, se dedujo queja disciplinaria en contra del Comité de Jueces del Juzgado de Familia de Antofagasta por decidir exceptuar de comparecencia con abogado las solicitudes de divorcio de común acuerdo pues los jueces del Comité lo consideraban un asunto no contencioso. Véase Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 501-2008, 6 de enero de 2009.

contenciosas, pero tal omisión no puede alterar la exacta naturaleza jurídica de la institución de que se viene tratando, estimando que pueda existir un juicio sin que exista controversia.

Ello repugna a la lógica más elemental.

No deja de ser significativo por otra parte, que el artículo 55, inciso 1º de la ley 19.947 emplee la forma verbal lo solicitan, terminología propia de las gestiones no contenciosas”.²⁷⁴

Que se atribuya al divorcio de común acuerdo un carácter contencioso tiene consecuencias prácticas importantes que pueden resultar negativas a los interesados en su declaración. Uno de los efectos más relevantes en este sentido es el régimen probatorio que, como vimos anteriormente, representa dificultades mayores para los cónyuges cuyo matrimonio se celebró con posterioridad a la entrada en vigencia de la LMC, contingencia que podría sortearse si se reconoce la naturaleza no contenciosa del divorcio de común acuerdo, pues implicaría un régimen probatorio mucho más flexible, como se señaló más arriba.

Otro aspecto al que la jurisprudencia se ha referido bastante tiene que ver con la representación de los cónyuges que solicitan el divorcio mancomunadamente. Al estimarse que posee naturaleza contenciosa, no se permite que un solo mandatario represente a los dos. Así se ha fallado en procedimientos en que concurría un abogado a nombre de ambos cónyuges, insistiendo en lo contencioso del asunto:

“Que, como puede advertirse, ninguno de los objetivos previstos por el legislador puede ser satisfecho si es una misma y única persona la que sustenta el juicio como representante de ambos litigantes. En efecto, si bien la autocontratación es generalmente aceptada en materia civil, ella no tiene cabida en los procedimientos judiciales contenciosos, que llevan implícita la concurrencia de intereses contrapuestos. (...)”²⁷⁵

²⁷⁴ Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 4936-2005, 25 de enero de 2006, el voto corresponde al abogado integrante René Ramos Pazos, quien estima que el divorcio de común acuerdo debe tramitarse como una gestión no contenciosa, siendo equivocados los fallos que le otorgan carácter contradictorio. Es de la misma opinión en RAMOS, René, 2010. op. cit. pp. 108-109.

²⁷⁵ Corte de Santiago, 5.4.2006, RDJ, T. CIII (2006), sec. 2ª, 213 (214). En sentido semejante Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 4707-2005, 13 de marzo de 2006, en que se invalidó la sentencia por haber concurrido ambos cónyuges representados por el mismo mandatario; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 9743-2006, 25 de enero de 2007; y Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 10627-2006, 14 de marzo de 2007.

En conclusión, observamos que, desde la existencia del divorcio en nuestro ordenamiento, la jurisprudencia se ha inclinado por considerar que el de común acuerdo posee un carácter contradictorio, apoyando su posición en las disposiciones transitorias de la LMC. Por lo tanto, este tipo de divorcios se tramita de acuerdo a las normas de los procedimientos contenciosos, lo que representa ciertos obstáculos a la pretensión de los cónyuges que en conjunto solicitan su declaración, siendo uno grave el relativo a la prueba del cese de convivencia, dificultad que puede ser salvada si se reconociere la naturaleza no contenciosa del divorcio de común acuerdo.

4. Tramitación del divorcio de común acuerdo

A la luz de lo expuesto, urge reconocer la naturaleza no contenciosa del divorcio de común acuerdo, el que debe ser tramitado como tal ante los Tribunales de Familia. La doctrina estima que esta es la apreciación correcta, asimismo, existe un Proyecto legislativo que apunta precisamente a la modificación de la LMC en este sentido.

Este tipo de divorcio presenta una suerte de “*automatismo*” que obstaría a la existencia de un proceso contradictorio,²⁷⁶ pues existe una mutua intención de los cónyuges de no continuar su vida en común, por lo que resulta adecuado tramitarlo como un negocio judicial no contencioso, o bien, ante funcionarios de la Administración,²⁷⁷ por ejemplo, un Oficial del Registro Civil.²⁷⁸

Sin embargo, frente a esas dos opciones, la segunda alternativa para la tramitación del divorcio no parece del todo idónea. Como se señaló antes, existe un interés público comprometido en materia de matrimonio y divorcio, que va más allá de la mera constatación del cese de la convivencia. En este sentido, la vía administrativa podría aplicarse solo si los cónyuges no tienen hijos o ellos son mayores de edad,²⁷⁹ de lo contrario, la intervención del juez es menester para velar por el interés superior de los hijos y brindar protección al cónyuge más débil.²⁸⁰

En síntesis, tramitar el divorcio de común acuerdo como un acto judicial no contencioso ante los Tribunales de Familia se aviene mucho mejor con su naturaleza y características, pues a

²⁷⁶ FERRER, Javier, 2011. Del matrimonio canónico como modelo al matrimonio civil deconstruido: la evolución de la legislación española. *Revista Ius et Praxis*. Talca: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Talca, vol. 17, no. 2, pp. 391-418. p. 415.

²⁷⁷ *Ibíd.*

²⁷⁸ En este sentido MATORANA, Cristián, 2014. op. cit. p. 43.

²⁷⁹ LEPÍN, Cristián, 2017. op. cit. p. 286.

²⁸⁰ *Ibíd.*

falta de contienda entre los cónyuges –están contestes en terminar su matrimonio– resulta ilógico atribuirle naturaleza contenciosa y tramitarlo conforme a las reglas de los procedimientos contradictorios.

5. Proyecto legislativo: Boletín N° 8752-07

Otra de las modificaciones que contempla el Boletín N° 8752-07 revisado anteriormente, es la reformulación del inciso primero del artículo 55, agregando una nueva frase al final del precepto actual, que señala:

*“[E]n cuyo caso, la solicitud de divorcio se tramitará conforme a las normas del procedimiento no contencioso contempladas en el párrafo tercero del título cuarto de la Ley 19.968”.*²⁸¹

Con esto se pretende reafirmar el carácter no contencioso del divorcio de común acuerdo, lo cual, según los autores de la moción, contribuirá a la descongestión de los Tribunales de Familia.²⁸²

En armonía con la modificación del artículo 55, el Proyecto contempla también agregar un segundo inciso al artículo 87 relativo a la competencia de los Tribunales, para que se ajuste al carácter no contencioso del divorcio que se plantea, estableciéndose lo siguiente en el nuevo inciso de esta última disposición:

*“Tratándose de solicitudes de separación, nulidad o divorcios en que los solicitantes concurren de común acuerdo, será competente el juzgado con competencia en materias de familia del domicilio de cualquiera de los solicitantes, a elección de estos”.*²⁸³

La modificación expuesta significaría resolver la controversia respecto de la naturaleza jurídica del divorcio de común acuerdo. Además, resultarían en gran medida beneficiados los individuos que hayan de promover dicha gestión, pues el procedimiento sería menos complejo y dejaría de representar un obstáculo para los cónyuges por mutuo acuerdo solicitan su divorcio.

²⁸¹ Proyecto de Ley, 20 de diciembre de 2012. op. cit. p. 2.

²⁸² *Ibíd.* p. 1.

²⁸³ *Ibíd.* p. 2.

6. Conclusión

Se ha propuesto en doctrina que el divorcio de común acuerdo se encuadra en la definición que de los asuntos judiciales no contenciosos ha dado el legislador en el artículo 817 CPC, por lo que puede atribuírsele esa naturaleza y, en consecuencia, participa de las características que a ellos corresponden como se analizó detalladamente más arriba.

La jurisprudencia se ha inclinado por atribuirle una naturaleza contenciosa, posición que se sustenta en las disposiciones transitorias de la LMC, prescindiendo de la principal particularidad de esta institución: la ausencia de contienda, pues los cónyuges han acordado solicitar conjuntamente su divorcio.

Es tarea del legislador adecuar las normas pertinentes al carácter no contencioso del divorcio de común acuerdo, resolviendo por fin el debate respecto de su naturaleza jurídica. En este sentido, existe un Proyecto legislativo orientado a reafirmar dicha naturaleza y facilitar su tramitación.

Parece prudente que en el urgente ajuste que toca hacer al legislador, éste señale expresamente que el divorcio de común acuerdo habrá de tramitarse conforme a las reglas de los asuntos judiciales no contenciosos ante los Tribunales de Familia, y se brinde un mayor reconocimiento a la voluntad de los cónyuges como la causa que motiva finalmente la solicitud de divorcio en este caso.²⁸⁴

²⁸⁴ En este sentido MATORANA, Cristián, 2014. op. cit. p. 49, el autor señala: "(...) [L]o que debemos reforzar en el divorcio de común acuerdo es acreditar precisamente éste, más que el cese de convivencia con la solemnidad prevista por el legislador".

CAPÍTULO III: NATURALEZA JURÍDICA DE LA DENOMINADA CLÁUSULA DE DUREZA

1. Introducción

Como se señaló antes, la LMC contempla el divorcio-remedio en su artículo 55, el cual se diferencia del divorcio-sanción por tener una causal única consistente en el cese de convivencia. Respecto del divorcio por cese de convivencia, se distingue el de común acuerdo –consagrado en los incisos primero y segundo del artículo referido–, y el unilateral –conforme a su tercer inciso–. Características de este último son que será solicitado por uno solo de los cónyuges, y que la ley exige un plazo mínimo de tres años de cese de convivencia para que pueda decretarse el divorcio.

Debido a que no existe mutuo acuerdo, habrá un cónyuge demandante de divorcio y otro demandado. Según el artículo 55, a solicitud del demandado el juez verificará el cumplimiento de la obligación de alimentos del demandante para con el cónyuge demandado y los hijos comunes durante el transcurso del cese de convivencia, esto ha sido denominado cláusula de dureza.

Respecto de la naturaleza jurídica de la denominada cláusula de dureza, actualmente la posición mayoritaria tanto en la doctrina como la jurisprudencia, es que se trata de una excepción perentoria. Sin embargo, también se ha cuestionado si acaso corresponde a un presupuesto procesal de la acción de divorcio,²⁸⁵ esto es, un requisito de ella.²⁸⁶

A continuación, se expone el origen y contenido de la cláusula de dureza en la legislación nacional, y el pronunciamiento de la doctrina y la jurisprudencia respecto de su naturaleza jurídica, concluyéndose que es más adecuado estimarla una excepción perentoria.

2. La cláusula de dureza en el ordenamiento jurídico chileno

El inciso tercero del artículo 55 LMC se inspira en la experiencia comparada,²⁸⁷ estableciendo una restricción que aplica al derecho de demandar el divorcio unilateralmente denominada

²⁸⁵ TRONCOSO, Hernán, 2017. op. cit. p. 95.

²⁸⁶ LEPÍN, Cristián, 2013. op. cit. p. 536.

²⁸⁷ DEL PICÓ, Jorge, 2015. op. cit. p. 426.

cláusula de dureza.²⁸⁸ Esta institución es distinta de la cláusula de rigor presente en legislaciones contemporáneas de países como Alemania, Francia e Inglaterra, en los cuales la norma se configura como una limitación al régimen de divorcio.²⁸⁹ No obstante, ambas figuras comparten ciertas características,²⁹⁰ como la facultad que se reconoce al juez para negar el divorcio cuando aprecie que, de otorgarse, existe una alta probabilidad de generar un daño mayor al cónyuge demandando o a los hijos, por ejemplo, por enfermedad o una situación económica precaria.²⁹¹

El proyecto de ley de la LMC consideraba explícitamente la cláusula de dureza. La moción parlamentaria originada en la Cámara de Diputados contenía en su artículo 56 la facultad del juez para denegar el divorcio cuando fundadamente estimare que el daño que produciría decretar el divorcio sería mayor que aquel que se evita con él:

“Artículo 56. No obstante verificarse las causales previstas en los artículos 52 y 53, podrá el juez no dar lugar al divorcio si, atendida la avanzada edad de los cónyuges u otras circunstancias semejantes, arriba fundada y terminantemente a la conclusión que el daño que con el divorcio se evita es claramente menor que aquel que al decretarlo actualmente se causa.

*En tales casos, el juez expondrá pormenorizadamente las razones y hechos que, constando en el ordenamiento jurídico y en el proceso, funden su decisión y decretará desde ya la separación de los cónyuges. Cualquiera de ellos podrá solicitar luego el divorcio si se han modificado las circunstancias que fundaron la negativa a concederlo”.*²⁹²

No obstante, durante la discusión del Proyecto de Ley en la Cámara de Diputados, la norma en comento fue eliminada debido a su discrecionalidad y subjetividad, además de las dificultades probatorias que representaría.²⁹³ Más adelante, encontrándose el proyecto en el Senado, previo a la discusión en sala, se propuso por un grupo de senadores reconocer la

²⁸⁸ *Ibíd.*

²⁸⁹ *Ibíd.*

²⁹⁰ *Ibíd.*

²⁹¹ *Ibíd.*

²⁹² Historia de la Ley N° 19.947. op. cit. p. 22.

²⁹³ KUNCAR, Andrés, 2009. op. cit. p. 175. En el Segundo Informe 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 lee respecto del artículo que se proponía: “La razón para suprimir estas disposiciones fue que ellas otorgan una amplia discrecionalidad al juez para resolver las materias a que ellos se refieren, lo que se contradice con el carácter objetivo que se pretende dar a las causales de divorcio que se establecen” (Historia de la Ley N° 19.947. op. cit. p. 320).

cláusula de dureza en el contexto de la separación judicial,²⁹⁴ basándose en la norma análoga de los códigos civiles alemán y francés.²⁹⁵

*“Artículo 58. El juez, no obstante haberse establecido alguna causa legal, por resolución fundada, podrá rechazar la demanda de separación si llega a la convicción de que se causaría un perjuicio para uno de los cónyuges o para los hijos comunes, que puede ser estimado de mayor gravedad que el que se ocasionará por la denegación de la separación”.*²⁹⁶

Durante la discusión en el Senado, se realizaron indicaciones que incorporaban nuevamente la cláusula de dureza.²⁹⁷ De este modo, el artículo 56 del Proyecto señalaba en su tercer inciso:

*“Habrá lugar también al divorcio cuando se verifique un cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, a lo menos, cinco años, salvo que el juez se forme la convicción de que el divorcio producirá, en perjuicio del cónyuge demandado y de los hijos, consecuencias patrimoniales o morales de una gravedad desproporcionada en relación con los beneficios que reportaría al cónyuge demandante la disolución del matrimonio”.*²⁹⁸

El esfuerzo para introducir la cláusula de dureza en la regulación de la terminación del matrimonio por divorcio unilateral se apoya en razones de equidad social,²⁹⁹ siendo su objetivo soslayar los efectos perjudiciales que implica la ruptura matrimonial para los sujetos que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad.³⁰⁰ Básicamente, se trata de una “simple

²⁹⁴ Historia de la Ley N° 19.947. op. cit. pp. 799 y ss., se trató de una indicación sustitutiva total al Proyecto de Ley que no consideraba establecer el divorcio vincular.

²⁹⁵ *Ibíd.* p. 894, en la explicación particular del articulado de la indicación sustitutiva total, se lee que las fuentes del artículo propuesto eran el § 1568 B.G.B. alemán y el art. 240 Código Civil francés. Además, se señala: “La Indicación contempla en esta norma lo que en la legislación comparada se denomina cláusula de dureza. Se trata de una disposición legal que autoriza al juez para denegar la demanda de separación si llega a la convicción de que esta traería mayores daños que los que se intenta evitar con la separación. Se permite al juez ponderar situaciones particulares que pueden resultar extremadamente duras para alguno de los cónyuges o para los hijos comunes, por ejemplo, cónyuge de avanzada edad que ha dedicado toda su vida al cuidado del hogar y de los hijos comunes; hijos con enfermedades graves de carácter permanente que requieren la ayuda permanente de ambos padres; etc. Numerosas legislaciones extranjeras otorgan esta facultad extraordinaria al juez y parece conveniente introducirla en nuestra nueva ley de matrimonio civil”.

²⁹⁶ *Ibíd.* pp. 831 y 894.

²⁹⁷ KUNCAR, Andrés, 2009. op. cit. p. 175. Pueden verse las indicaciones y su aprobación con modificaciones en Historia de la Ley N° 19.947. op. cit. p. 1627 y 1718-1719, respectivamente.

²⁹⁸ Historia de la Ley N° 19.947. op. cit. p. 1799.

²⁹⁹ DEL PICÓ, Jorge, 2015. op. cit. p. 426.

³⁰⁰ *Ibíd.*

consideración de humanidad.³⁰¹ En este sentido, la norma corresponde a una aplicación del principio de protección al cónyuge más débil y de protección a los hijos.³⁰²

Como puede observarse, la norma contemplada en el Proyecto de Ley sufrió modificaciones durante su tramitación hasta finalmente consumarse en la redacción del inciso tercero del artículo 55 LMC, el cual contempla una cláusula menos extensa que la comparada, reduciendo su aplicación a los casos en que exista incumplimiento de la obligación de alimentos por parte del cónyuge demandante de divorcio. Por lo anterior, se ha dicho que definitivamente ha desaparecido de nuestro ordenamiento una verdadera cláusula de dureza.³⁰³ De este modo, en el sistema chileno existiría una “*cláusula de rigor atenuada*”,³⁰⁴ cuyo criterio objetivo de aplicación es el incumplimiento reiterado de la obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y los hijos,³⁰⁵ distinguiéndose de la cláusula de rigor cuyo supuesto consiste en que el juez determine que el divorcio producirá graves consecuencias materiales o morales para ellos.³⁰⁶

Con todo, se valora positivamente la introducción parcial de una forma de protección frente a los daños que habría de producir el divorcio a los sujetos vulnerables de la familia.³⁰⁷ Ante el incumplimiento del pago de pensión de alimentos la cláusula representa un apercibimiento para el cónyuge demandante,³⁰⁸ quien estará constreñido a dar cumplimiento a su obligación de alimentos si pretende obtener la declaración de divorcio.

En definitiva, en nuestro ordenamiento jurídico se consagra una cláusula de dureza en el inciso tercero del artículo 55 LMC, esta norma “*reconoce al juez la posibilidad de negar la solicitud de divorcio, por estimar que el demandante no ha cumplido fielmente con sus obligaciones familiares legales, pudiendo hacerlo*”.³⁰⁹ Del precepto referido, la doctrina y la jurisprudencia extraen semejantes requisitos copulativos de procedencia de esta institución:³¹⁰

³⁰¹ BARRIENTOS, Javier y NOVALES, Aránzazu, 2004. op. cit. p. 433.

³⁰² LEPÍN, Cristián, 2013. op. cit. p. 535.

³⁰³ KUNCAR, Andrés, 2009. op. cit. p. p. 175.

³⁰⁴ FUENZALIDA, Daniela, 2016. op. cit. p. 39.

³⁰⁵ *Ibíd.* p. 40.

³⁰⁶ *Ibíd.*

³⁰⁷ DEL PICÓ, Jorge, 2015. op. cit. p. 427, no obstante considerarla positivo, el autor estima insuficiente la cláusula de dureza que consagra nuestra legislación: “*Es insuficiente, en una perspectiva que tiene en vista no solo el ejercicio de buena fe de los derechos, sino también porque la legitimidad misma del matrimonio en una mirada institucional se ve seriamente lesionada cuando, con ocasión de su ejercicio, el derecho genera un daño que es evitable o que es posible de ser aminorado*”.

³⁰⁸ LEPÍN, Cristián, 2013. op. cit. p. 535.

³⁰⁹ DEL PICÓ, Jorge, 2015. op. cit. p. 428.

³¹⁰ En sentido similar a los requisitos que aquí se señalan, la jurisprudencia: Corte Suprema, Rol N° 6774-2008, 29 de enero de 2009, considerando 7°; Corte Suprema, Rol N° 9757, 23 de febrero de 2010, considerando 7°; Corte Suprema, Rol N° 2857-2010, 7 de junio de 2010, considerando 7°; Corte Suprema, Rol N° 10039-2011, 2 de abril

- (1) Debe tratarse de una demanda de divorcio por cese de convivencia solicitado unilateralmente por alguno de los cónyuges,³¹¹ pues la norma solo lo contempla para ese caso,³¹² de modo que no procede en el caso de solicitarse el divorcio de común acuerdo o demanda de uno de los cónyuges por falta imputable al otro.³¹³
- (2) Solicitud de parte,³¹⁴ por lo que el juez no podrá actuar de oficio en esta materia.³¹⁵
- (3) Debe estar determinada judicialmente la pensión de alimentos,³¹⁶ esto es, que exista la obligación de alimentos.
- (4) Se requiere que el cónyuge demandante de divorcio haya incumplido su obligación de alimentos, ya sea respecto del cónyuge demandado o de los hijos comunes.³¹⁷ Este incumplimiento debe darse durante el cese de convivencia,³¹⁸ y tener el carácter de reiterado e injustificado.³¹⁹

Ahora bien, respecto de su naturaleza jurídica, si bien hoy la doctrina y la jurisprudencia se encuentran contestes en que la cláusula de dureza es una excepción perentoria, se ha cuestionado si acaso ella goza de tal naturaleza o si constituye un presupuesto procesal de la acción de divorcio. A continuación, se señalan los pronunciamientos que la estiman una excepción, naturaleza que resulta más adecuada que la de un presupuesto de la acción.

3. Naturaleza jurídica de la cláusula de dureza: Una excepción perentoria

Como se señaló antes, al distinguir la naturaleza de una institución, se le otorgan a ésta las características aparejadas a aquélla pues en ella encuentra las particularidades que le son propias. De ahí la importancia de la determinación de la naturaleza jurídica de la cláusula de

de 2012, considerando 7º; Corte Suprema, Rol N° 4056-2012, 8 de octubre de 2012, considerando 12º; Corte Suprema, Rol N° 719-2013, 5 de marzo de 2013, considerando 5º; Corte Suprema, Rol N° 6053-2013, 30 de enero de 2014, considerando 1º; Corte Suprema, Rol N° 31183-2016, 7 de septiembre de 2016, considerando 5º; Corte de Apelaciones de Chillán, Rol N° 59-2012, 19 de julio de 2012, considerando 7º; Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 317-2011, 13 de julio de 2011, considerando 5º; Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 201-2012, 20 de agosto de 2012, considerando 19º; Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 569-2015, 27 de abril de 2016, considerando 10º.

³¹¹ DEL PICÓ, Jorge, 2015. op. cit. p. 428.

³¹² KUNCAR, Andrés, 2009. op. cit. p. p. 178.

³¹³ DEL PICÓ, Jorge, 2015. op. cit. p. 428.

³¹⁴ *Ibíd.* En el mismo sentido, LEPÍN, Cristián, 2013. op. cit. p. 536.

³¹⁵ DEL PICÓ, Jorge, 2015. op. cit. p. 428.

³¹⁶ LEPÍN, Cristián, 2013. op. cit. p. 536.

³¹⁷ DEL PICÓ, Jorge, 2015. op. cit. p. 428. En el mismo sentido, LEPÍN, Cristián, 2013. op. cit. p. 536.

³¹⁸ *Ibíd.*

³¹⁹ *Ibíd.*

dureza, pues sea que se considere una excepción o un supuesto procesal de la acción, dicha institución adquiere ciertas características distintivas en razón de ello.

Respecto de la naturaleza jurídica de la institución en estudio, la posición mayormente adoptada, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, es que se trata de una excepción perentoria. Otorgándole tal carácter, los Tribunales razonan que la cláusula de dureza es el medio a través del cual el cónyuge demandado puede enervar la acción de divorcio deducida en su contra:

*“Que la ley reconoce al contrayente demandado la posibilidad de enervar la acción de divorcio pidiendo al juez que verifique que el actor durante el cese de la convivencia reiteradamente no ha dado cumplimiento a su obligación de alimentante, pudiendo hacerlo, circunstancia que de resultar efectiva constituye un impedimento para la concesión del divorcio solicitado unilateralmente, no obstante estar establecido el cese de convivencia entre las partes”.*³²⁰

Asimismo, numerosos son los fallos en que explícitamente se denomina a esta figura como una excepción perentoria, la cual debe ser alegada por el cónyuge demandado cuando se vea afectado por el incumplimiento de la obligación de alimentos del demandante de divorcio, de modo que la institución se configura como una aplicación de los principios de protección al cónyuge más débil y de interés superior de los hijos:

*“(…) [E]l artículo 55 referido en la consideración precedente, establece una excepción perentoria que debe ser alegada por el cónyuge afectado, cuya finalidad es establecer la posibilidad de que la acción de divorcio sea rechazada, debido a la contumacia del cónyuge demandante al cumplimiento de sus obligaciones alimenticias, materializando así, principios transversales a toda la legislación de familia, como es el de protección al cónyuge más débil y el del interés superior de los hijos, castigando la infracción del deber de socorro”.*³²¹

³²⁰ Corte Suprema, Rol N° 9505-2011, 16 de marzo de 2012, considerando 4º. Véase también Corte Suprema, Rol N° 1233-2006, 30 de octubre de 2006, considerando 5º. En sentido semejante: Corte Suprema, Rol N° 3320-2006, 21 de noviembre de 2006, considerando 5º; Corte Suprema, Rol N° 6774-2008, 29 de enero de 2009, considerando 5º; Corte Suprema, Rol N° 2857-2010, 7 de junio de 2010, considerando 5; Corte Suprema, Rol N° 10039-2011, 2 de abril de 2012, considerando 5º; Corte Suprema, Rol N° 4056-2012, 8 de octubre de 2012, considerando 11º; Corte Suprema, Rol N° 9423-2012, 13 de mayo de 2013, considerando 4º.

³²¹ Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 317-2011, 13 de julio de 2011, considerando 4º, se basa en Corte Suprema, Rol N° 9757, 23 de febrero de 2010, considerando 5º y 6º. En sentido semejante: Corte Suprema, Rol N° 6774-2008, 29 de enero de 2009, considerando 5º y 6º; Corte Suprema, Rol N° 2857-2010, 7 de junio de 2010, considerando 5º y 6º; Corte Suprema, Rol N° 10039-2011, 2 de abril de 2012, considerando 6º; Corte Suprema, Rol N° 4056-2012, 8 de octubre de 2012, considerando 11º; Corte Suprema, Rol N° 5629-2012, 21 de diciembre de

Diversos autores estiman correctos los fallos en tal sentido,³²² estimando que su naturaleza de excepción perentoria se derivaría del requisito de solicitud de parte que señala el inciso tercero del artículo 55 LMC,³²³ de modo que otorgarle dicha naturaleza resulta más armónico con la norma que la consagra.³²⁴

Por otra parte, respecto de la posibilidad de entender la cláusula de dureza como un presupuesto procesal, esto es, como uno de “*aquellos elementos que condicionan o posibilitan el pronunciamiento de una válida sentencia de fondo*”,³²⁵ no existe un pronunciamiento acabado en doctrina de los fundamentos para considerarlo así o de los efectos que de ello derivarían, reduciéndose únicamente a manifestar esta opción sin mayores detalles.³²⁶ Asimismo, la jurisprudencia resulta confusa pues, no obstante fallar que se trata de una excepción perentoria, en las mismas sentencias señala el cumplimiento de la obligación de alimentos del demandante como un requisito o presupuesto de la acción de divorcio unilateral por cese de convivencia:

“Cuarto: Que para el divorcio por voluntad unilateral el legislador en el inciso tercero del artículo 55 de la ley N° 19.947, exige la concurrencia de los siguientes requisitos: a) el cese de la convivencia efectiva durante, a lo menos, tres años; b) que el demandante acredite, si lo exige el otro cónyuge, haber dado cumplimiento a su obligación de alimentos respecto del demandado y sus hijos comunes y c) que no se haya producido una reanudación de la vida en común de los cónyuges con ánimo de permanencia, pues en tal evento se interrumpe el cómputo del plazo legal.

Quinto: Que los presupuestos de las letras a) y c) no han sido desconocidos por la recurrente quien se limita a sostener que el demandante no pagó, pudiendo hacerlo, la pensión de alimentos decretada en su favor (...). La ley reconoce al contrayente demandado la posibilidad de enervar la acción de divorcio pidiendo al Juez que

2012, considerando 6º; Corte de Apelaciones de Chillán, Rol N° 59-2012, 19 de julio de 2012, considerando 4º y 5º; Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 569-2015, 27 de abril de 2016, considerando 4º. Sin perjuicio de lo anterior, existen fallos que solo la denominan excepción sin señalar su carácter particular, por ejemplo, Corte Suprema, Rol N° 4056-2012, 8 de octubre de 2012, considerando 12º, y Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 201-2012, 20 de agosto de 2012, considerando 19º. Existen también pronunciamientos en que se la estima una excepción anómala, a saber Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 166-2010, 6 de julio de 2010, considerando 5º, y Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 11-2012, 4 de abril de 2012, considerando 9º.

³²² QUINTANA, María, 2008. op. cit. p. 272. Véase también LEPÍN, Cristián, 2013. op. cit. p. 536. Asimismo, la estima una excepción perentoria RAMOS, René, 2010. op. cit. p. 110.

³²³ LEPÍN, Cristián, 2013. op. cit. p. 536. Véase también FUENZALIDA, Daniela, 2016. op. cit. p. 44; y BARRIENTOS, Javier, 2011. op. cit. p. 725.

³²⁴ LEPÍN, Cristián, 2013. op. cit. p. 536.

³²⁵ NÚÑEZ, René y CORTÉS, Mauricio, 2012. op. cit. p. 111.

³²⁶ LEPÍN, Cristián, 2013. op. cit. p. 536. Véase también TRONCOSO, Hernán, 2017. op. cit. p. 95.

verifique que el actor durante el cese de la convivencia no ha dado cumplimiento, reiterado, a su obligación en calidad de alimentante. De lo anterior se desprende que la excepción perentoria debe ser alegada por el cónyuge afectado (...).³²⁷

Considero que esto podría tratarse solo de una imprecisión del lenguaje al referirse a los elementos necesarios para que el divorcio sea efectivamente decretado conforme a los requisitos que establece la LMC, en circunstancias tales que ellos no corresponden a los presupuestos procesales que en general reconoce la doctrina en esta materia.³²⁸

Con todo, resulta problemático otorgar a la cláusula de dureza la naturaleza jurídica de presupuesto de la acción de divorcio, entendido como requisito para su ejercicio. En tal caso, en razón de su incumplimiento, el cónyuge que pretende demandar el divorcio podría verse privado de entablar su acción. Como se dijo, la finalidad de la cláusula es la materialización de los principios de protección al cónyuge más débil y de los hijos, mas no vedar para siempre al cónyuge incumplidor de la posibilidad de accionar de divorcio,³²⁹ por ello, la cláusula de dureza representa una defensa del cónyuge demandado ante la demanda del incumplidor. De este modo, si no es alegada por el demandado, se declarará el divorcio si se cumplen los demás requisitos –transcurso del plazo de tres años del cese de convivencia–,³³⁰ pues el cónyuge demandado podría no tener interés en que el otro pague la pensión de alimentos correspondiente,³³¹ caso en que no se requiere protección del cónyuge o de los hijos por no encontrarse en una situación que la requiera.

Existe jurisprudencia respecto de que no puede entenderse que el incumplimiento de la obligación de alimentos prive perpetuamente al cónyuge alimentante de ejercer la acción de divorcio, aún más si se cumplen en el caso particular los requisitos del inciso tercero del artículo 55 LMC relativos al cese de convivencia. Así se ha fallado:

“Por lo demás, el atraso en el pago de las pensiones alimenticias no puede privar al obligado que en definitiva cumple con ellas para solicitar el divorcio si se reúnen los demás requisitos legales, ya que de lo contrario, quien hubiere incurrido en un incumplimiento reiterado durante el cese de convivencia, pudiendo hacerlo, no podría

³²⁷ Corte Suprema, Rol N° 1233-2006, 30 de octubre de 2006, considerando 4º y 5º. Véase también: Corte Suprema, Rol N° 3320-2006, 21 de noviembre de 2006, considerando 4º y 5º; Corte Suprema, Rol N° 6774-2008, 29 de enero de 2009, considerando 4º y 5º; Corte Suprema, Rol N° 6527-2012, 26 de noviembre de 2012, considerando 4º y 5º.

³²⁸ Sobre los presupuestos procesales, véase NÚÑEZ, René y CORTÉS, Mauricio, 2012. op. cit. pp. 112 y ss.

³²⁹ FUENZALIDA, Daniela, 2016. op. cit. p. 49.

³³⁰ En este sentido KUNCAR, Andrés, 2009. op. cit. p. 179.

³³¹ Se describe un caso así en LEPÍN, Cristián, 2013. op. cit. p. 537.

*jamás solicitar o instar por el divorcio, no obstante el cese de la vida en común y la imposibilidad de reanudarla”.*³³²

En el mismo sentido, si el cónyuge alimentante da cumplimiento a su obligación previo a deducir su acción, fenece la posibilidad del otro cónyuge para enervarla.³³³

“Sexto: (...) Así, la interpretación que sostenga que habiendo incurrido el alimentante en la causal en estudio, se encuentra inhibido para siempre de pedir unilateralmente el divorcio por cese de convivencia debe ser desechada, toda vez que restringe en demasía la institución de término del matrimonio y desincentiva al obligado a pagar alimentos que se encuentra moroso a ponerse al día en sus deudas, todo lo cual es contrario a los principios antes referidos.

*Séptimo: Que de lo anterior se desprende que si el alimentante y demandante de divorcio por cese de convivencia –antes de la demanda y de que transcurra el término de tres años de cese de convivencia necesario–, satisface a través de un mecanismo legalmente admisible –como por ejemplo un avenimiento– una deuda alimenticia preexistente, aunque ésta hubiese sido reiterada, y no contrae nuevas deudas al respecto, hace desaparecer el impedimento legal para poner término al matrimonio previsto en el inciso tercero del artículo 55 de la Ley N°19.947”.*³³⁴

El cumplimiento de la obligación de alimentos es un requisito que habrá de verificarse por el juez para que sea acogida la demanda de divorcio solicitado unilateralmente, sin embargo, el incumplimiento es una circunstancia que debe ser alegada por el cónyuge demandado, presentando una naturaleza jurídica de excepción perentoria. En otras palabras, el cónyuge incumplidor podrá deducir la acción de divorcio no obstante su incumplimiento, pues la institución se ha consagrado mirando al interés del cónyuge demandado y de los hijos que podrían ver afectada su situación en razón de declararse el divorcio.

Si se negara al cónyuge incumplidor de alimentos la posibilidad de deducir la acción de divorcio unilateral por cese de convivencia, se afectaría su derecho fundamental de acción. Dicha garantía, también denominada derecho a la tutela judicial efectiva,³³⁵ “permite a todos los

³³² Corte de Santiago, 26.12.2006, RDJ, T. CIII (2006), sec. 2ª, 822 (823).

³³³ Sin perjuicio de ello, hay pronunciamiento en el sentido de que un cumplimiento tardío sí daría paso a la excepción en cuestión. En este sentido KUNCAR, Andrés, 2009. op. cit. p. 187.

³³⁴ Corte Suprema, Rol N° 719-2013, 5 de marzo de 2013, considerando 6º y 7º.

³³⁵ BORDALÍ, Andrés, 2000. El derecho fundamental de acción. Un intento de configuración en el orden constitucional chileno. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Santiago: Editorial Jurídica, vol. 97, no. 3, pp. 1-25. p. 1.

ciudadanos acceder y proveerse de la actividad jurisdiccional”,³³⁶ y se encuentra consagrada en el artículo 19 N°3 inciso 1° CPR.³³⁷ No obstante, se critica su tratamiento constitucional falto de rigor e insuficiente,³³⁸ viéndose complementado por lo estipulado en tratados internacionales suscritos por Chile –especialmente, en el artículo 10° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los artículos 8° y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos–.³³⁹

El derecho de acción se tiene respecto del Estado y es anterior al proceso,³⁴⁰ no debe ser confundido con la pretensión que corresponde a una declaración de voluntad dirigida a un sujeto pasivo que es consustancial al proceso.³⁴¹ Esta garantía supone que una persona con capacidad pueda solicitar la actividad jurisdiccional a través de un proceso legalmente instituido aun cuando no tenga derecho subjetivo o interés jurídico alguno pues estará ejerciendo su derecho fundamental de acción.³⁴² Además, no puede exigirse al actor que goce previamente de esas situaciones invocadas –que sea titular de un derecho subjetivo o interés jurídico– pues uno de los objetivos del proceso ciertamente es comprobar la existencia de tales situaciones.³⁴³ El derecho de acción implica que se dicte una resolución sobre el fondo del asunto sometido a la decisión del tribunal, sea o no favorable, cuando concurren los requisitos procesales para ello.³⁴⁴

En tales circunstancias, negar al cónyuge alimentante la posibilidad de ejercer la acción de divorcio por haber incumplido su obligación de alimentos por estimar que ello corresponde a un requisito de la acción de divorcio, configura una afectación a su derecho fundamental de acción al privarle del acceso a la actividad jurisdiccional necesario para obtener una resolución favorable a su pretensión de declaración de divorcio. Será en el proceso, y no previo a éste, donde deberá acreditarse el transcurso del plazo requerido para el cese de convivencia y el cumplimiento de su obligación legal de alimentos, elementos necesarios para que el actor obtenga una sentencia favorable, mas no para ejercer la acción pues se trata de una facultad de que goza en razón del derecho fundamental de acción de que es titular.

³³⁶ BORDALÍ, Andrés, 2003. op. cit. p. 257.

³³⁷ BORDALÍ, Andrés, 2000. op. cit. p. 3.

³³⁸ *Ibíd.* Véase también MARTÍNEZ, Patricio, 2012. El principio de inexcusabilidad y el derecho de acción desde la perspectiva del Estado Constitucional. *Revista Chilena de Derecho*. Santiago: Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 39, no. 1, pp. 113-147. p. 134.

³³⁹ BORDALÍ, Andrés, 2000. op. cit. p. 4.

³⁴⁰ *Ibíd.* p. 11.

³⁴¹ *Ibíd.* p. 12.

³⁴² *Ibíd.* p. 11.

³⁴³ *Ibíd.* p. 12.

³⁴⁴ *Ibíd.* p. 18. En el mismo sentido BORDALÍ, Andrés, 2003. op. cit. p. 256.

En conclusión, respecto de su naturaleza jurídica, antes que un presupuesto procesal de la acción, es más adecuado considerar la cláusula de dureza como una excepción perentoria de la que el cónyuge demandado de divorcio por cese de convivencia puede valerse para enervar la acción deducida en su contra cuando el cónyuge demandante no haya dado cumplimiento a su obligación de alimentos para con aquél o los hijos.

Determinada así la naturaleza jurídica de la cláusula de dureza, ello le concede ciertas características particulares a dicha institución, las cuales se analizan a continuación.

4. Efectos de su naturaleza jurídica de excepción perentoria

Las excepciones son uno de los medios de los que puede valerse el demandado para defenderse de una acción interpuesta en su contra con el fin de enervarla o destruirla.³⁴⁵ Particularmente, las excepciones perentorias “*son aquellas que miran al fondo del juicio y que tienen por objeto enervar la acción deducida*”,³⁴⁶ y tienen por finalidad destruir la acción desde su base.³⁴⁷ Este tipo de excepciones no son taxativas, al contrario, existen tantas cuantas sean las relaciones jurídicas entre las personas.³⁴⁸ En cuanto a sus características más relevantes, se revisarán en relación con su aplicación respecto de la cláusula de dureza.

4.1. Elementos esenciales o constitutivos

Las excepciones perentorias constan de ciertos elementos esenciales o constitutivos, a saber: (1) los sujetos, (2) el objeto, y (3) la causa.³⁴⁹ Los sujetos son uno activo –el demandado– y uno pasivo –el demandante–.³⁵⁰ El objeto corresponde a lo solicitado al tribunal mediante la excepción y la causa de la excepción es el fundamento inmediato de lo que se pide al tribunal a través de ella.³⁵¹

Sobre la cláusula de dureza, el sujeto activo es el cónyuge demandado de divorcio, y el pasivo corresponde al cónyuge demandante. El objeto de la excepción es la petición al tribunal de no

³⁴⁵ CASARINO, Mario, 2005(a). op. cit. p. 67. Véase también ORELLANA, Fernando, 2009. *Manual de Derecho Procesal*. Tomo II. 3ª ed. Santiago: Librotecnia. p. 45.

³⁴⁶ CASARINO, Mario, 2005(a). op. cit. p. 67. Véase también ORELLANA, Fernando, 2009. op. cit. p. 46.

³⁴⁷ CASARINO, Mario, 2005(a). op. cit. p. 68. Véase también ORELLANA, Fernando, 2009. op. cit. p. 46.

³⁴⁸ *Ibíd.*

³⁴⁹ CASARINO, Mario, 2005(a). op. cit. p. 68.

³⁵⁰ *Ibíd.*

³⁵¹ *Ibíd.*

acoger la acción de divorcio unilateral, mientras que la causa corresponde al incumplimiento reiterado e injustificado del cónyuge demandante de su obligación de alimentos para con el otro o los hijos durante el cese de convivencia.

4.2. Oportunidad

Por regla general, la oportunidad para oponer una excepción perentoria es en el escrito de contestación de la demanda.³⁵² Excepcionalmente, conforme al artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, ciertas excepciones perentorias pueden oponerse como dilatorias (transacción, cosa juzgada),³⁵³ y según el artículo 310 del mismo cuerpo normativo, algunas pueden oponerse en cualquier estado de la causa (prescripción, cosa juzgada, transacción, pago efectivo cuando se funde en un antecedente escrito),³⁵⁴ antes de la citación para oír sentencia en primera instancia o de la vista de la causa en segunda.

En consecuencia, como la cláusula de dureza tiene la naturaleza de una excepción perentoria cuya finalidad es destruir la acción deducida, conforme a la regla general, ella debe oponerse en la contestación de la demanda. En este sentido se ha fallado.³⁵⁵

Sin perjuicio de lo anterior, pueden encontrarse fallos que se refieren a la cláusula de dureza como una excepción anómala,³⁵⁶ sin embargo, sería incorrecto considerar que esa es su naturaleza jurídica por cuanto no se encuentra enumerada en los casos excepcionales de los artículos 304 y 310 del Código de Procedimiento Civil.

4.3. Carga de la prueba

Conforme al artículo 1698 del Código Civil (en adelante, "CC"),³⁵⁷ quien pretende excepcionarse de una acción interpuesta en su contra deberá probar la correspondiente

³⁵² *Ibíd.*

³⁵³ *Ibíd.*

³⁵⁴ *Ibíd.*

³⁵⁵ Corte Suprema, Rol N° 1233-2006, 30 de octubre de 2006, considerando 6° y 7°. Véase también Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 201-2012, 20 de agosto de 2012, considerando 22°.

³⁵⁶ En este sentido Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 166-2010, 6 de julio de 2010, considerando 5°; Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 11-2012, 4 de abril de 2012, considerando 9°. Por su parte QUINTANA, María, 2008. op. cit. p. 272, la estima una excepción perentoria que puede ser opuesta hasta antes de la vista de la causa en segunda instancia.

³⁵⁷ Art. 1698 inciso 1° CC: "*Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta*".

excepción.³⁵⁸ Con todo, atendiendo más bien a la naturaleza de las proposiciones de las partes, se señala que incumbe probar a quien sostenga una proposición contraria al estado normal de las cosas, o bien, que tienda a modificar o a destruir una situación adquirida.³⁵⁹ Por su parte, no hay en la LTF u otro cuerpo normativo especial una regla general de carga de la prueba para los procesos en materia de Familia,³⁶⁰ aplicándose pues el artículo 1698 CC.³⁶¹

Respecto de la cláusula de dureza, la doctrina se basa en lo dicho por la jurisprudencia,³⁶² señalándose que el cónyuge demandado que opone la excepción deberá probar la existencia de la obligación de alimentos del demandante, y sobre éste recae la carga de la prueba del cumplimiento de la referida obligación. Se ha fallado lo siguiente:

“Quinto: (...) Se trata, pues, de una excepción perentoria que debe ser alegada por el cónyuge afectado, quien deberá justificar la existencia de la obligación declarada en su favor, o en beneficio de los hijos comunes, pero el peso de la prueba del pago, por aplicación de la regla general del artículo 1698 del Código Civil corresponderá al deudor de dicha obligación. (...)

Décimo: (...) los jueces del fondo incurrieron en falta al alterar la carga de la prueba e imponerle a la cónyuge demandada la obligación de acreditar los supuestos del instituto en estudio, cuestión que, como se ha señalado, no es procedente a la luz de las normas y principios generales en materia probatoria, según los cuales, acreditada la existencia de una obligación, en este caso, alimenticia, el deudor ha debido demostrar su pago o, en su defecto, los motivos que puedan justificar su actuar de acuerdo a la ley”.³⁶³

³⁵⁸ CASARINO, Mario, 2009. *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil*. Tomo IV. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 47.

³⁵⁹ *Ibíd.*

³⁶⁰ NÚÑEZ, René y CORTÉS, Mauricio, 2012. op. cit. p. 236.

³⁶¹ *Ibíd.*

³⁶² Véase LEPÍN, Cristián, 2013. op. cit. p. 538; KUNCAR, Andrés, 2009. op. cit. p. 190; y QUINTANA, María, 2008. op. cit. p. 269. Por su parte RAMOS, René, 2010. op. cit. p. 110, estima que el demandado debe probar la existencia de la obligación y el incumplimiento reiterado, mientras que el demandante debe probar que su incumplimiento no resulta injustificado, esto es, que no estaba en condiciones de pagar.

³⁶³ Corte Suprema, Rol N° 9757-2009, 23 de febrero de 2010, considerando 5° y 10°. En sentido semejante: Corte Suprema, Rol N° 1233-2006, 30 de octubre de 2006, considerando 5°; Corte Suprema, Rol N° 3320-2006, 21 de noviembre de 2006, considerando 5°; Corte Suprema, Rol N° 6774-2008, 29 de enero de 2009, considerando 5°; Corte Suprema, Rol N° 2857-2010, 7 de junio de 2010, considerando 5°; Corte Suprema, Rol N° 6527-2012, 26 de noviembre de 2012, considerando 5°; Corte Suprema, Rol N° 6053-2013, 30 de enero de 2014, sentencia de reemplazo, considerando 2°; Corte de Apelaciones de Chillán, Rol N° 59-2012, 19 de julio de 2012, considerando 7°; Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 569-2015, 27 de abril de 2016, considerando 5°.

No obstante la posición mayoritaria recién descrita, se ha entendido también que por tratarse de una excepción, la carga de la prueba correspondería al demandado.³⁶⁴

4.4. Cosa juzgada de la resolución que acoge la excepción

Conforme a las reglas generales aplicadas supletoriamente en materia de Familia, la sentencia definitiva debe contener los elementos del artículo 170 CPC,³⁶⁵ debiendo pronunciarse sobre las excepciones opuestas, en este caso, la cláusula de dureza que deduce el cónyuge demandado de divorcio.

No es unánime si el pronunciamiento en la sentencia definitiva sobre las excepciones opuestas por el demandado produce cosa juzgada,³⁶⁶ pues no es claro que ello corresponda a una declaración sobre el fondo del asunto.³⁶⁷ Empero, en doctrina se considera que la resolución que acoge la excepción por incumplimiento de la obligación de alimentos del cónyuge demandante no produce cosa juzgada y éste podrá demandar nuevamente cumpliendo los requisitos legales –nuevos cese de convivencia y plazo de tres años, y cumplimiento de la obligación de alimentos respecto del otro cónyuge y los hijos–.³⁶⁸

Existen fallos en el sentido recién propuesto,³⁶⁹ sin embargo, la jurisprudencia es variada en este punto, encontrándose pronunciamientos en otros sentidos, por ejemplo, distinguiéndose entre la cosa juzgada material o substancial y la formal, las cuales pueden diferenciarse atendiendo al grado de permanencia de los dispuesto por el fallo.³⁷⁰ La primera corresponde a la “*decisión jurisdiccional inmutable e irreversible*”,³⁷¹ tanto en el mismo juicio como en uno

³⁶⁴ TRONCOSO, Hernán, 2017. op. cit. p. 95, el autor señala: “*Si se tratase de una excepción el peso de la prueba correspondería al demandando, en cambio si se trata de un presupuesto procesal la prueba, en conformidad al artículo 1698 C.C., incumbe al actor*”. En Corte Suprema, Rol N° 6053-2013, 30 de enero de 2014, sentencia de reemplazo, puede leerse un voto en contra de la Ministra Egnem y el Ministro suplente Pfeiffer: “*Que el expreso tenor del inciso tercero del artículo 55 de la Ley N° 19.947 da cuenta que, a solicitud de la parte demandada es al juez a quien se impone la carga de verificar que el demandado de divorcio no ha dado cumplimiento a la obligación de alimentos con las modalidades allí expresadas, esto es, de manera reiterada y estando en condiciones de hacerlo, por lo que no se está en presencia de una situación de suyo tan excepcional que impusiera al demandante la obligación de fundamentar y además probar una excepción que opone su contraparte*”.

³⁶⁵ NÚÑEZ, René y CORTÉS, Mauricio, 2012. op. cit. p. 354.

³⁶⁶ ROMERO, Alejandro, 2002. op. cit. p. 22.

³⁶⁷ *Ibíd.* pp. 22-23. Por su parte NÚÑEZ, René y CORTÉS, Mauricio, 2012. op. cit. p. 323, plantean que la alegación de excepciones de fondo o perentorias “*supone la incorporación de hechos nuevos ya sean impositivos, extintivos o excluyentes que atacan la pretensión en sí misma o sus efectos por lo que, de dárseles lugar, la sentencia a dictar sería de fondo con efectos de cosa juzgada*”.

³⁶⁸ RAMOS, René, 2010. op. cit. p. 111, acoge su postura KUNCAR, Andrés, 2009. op. cit. p. 193.

³⁶⁹ Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 996-2006, 3 de julio de 2006, considerando 4º.

³⁷⁰ PEREIRA, Hugo, 1997. op. cit. p. 102.

³⁷¹ ROMERO, Alejandro, 2002. op. cit. p. 29.

posterior,³⁷² mientras que la segunda implica que la decisión judicial tampoco puede modificarse en el mismo juicio pero sí es susceptible de revisión posterior.³⁷³ En relación a la excepción perentoria en estudio, se ha fallado:

“(…) [R]esulta claro que en la sentencia aludida no se resolvió el fondo del asunto, esto es, no existió un pronunciamiento sobre el fondo del derecho indubitado entre las partes, no se rindió prueba alguna a dicho respecto, en consecuencia produjo cosa juzgada formal, no pudo producir cosa juzgada material, en términos de impedir que sea renovada la acción en otro juicio y en cualquier tiempo”.³⁷⁴

Como se señaló antes, la cláusula de dureza es una aplicación de los principios de protección al cónyuge más débil y del interés superior de los hijos, su finalidad no es castigar para siempre al cónyuge alimentante que ha faltado a su obligación de alimentos,³⁷⁵ por lo cual resulta más armónico con el objetivo de la norma el último pronunciamiento citado.³⁷⁶

5. Proyecto legislativo: Boletín N° 6545-18

Ante las conflictivas interrogantes que se han planteado en razón de la redacción del inciso tercero del artículo 55 LMC, surgió en la Cámara de Diputados una moción para su modificación en el siguiente sentido:

“Habrá también lugar al divorcio cuando éste sea solicitado por uno de los cónyuges, quien deberá acreditar un cese efectivo de la convivencia de, a lo menos, tres años. En este caso, el cónyuge demandado podrá oponerse al divorcio, acreditando que el cónyuge demandante, durante el cese de la convivencia, no ha dado cumplimiento, reiterado, a su obligación de alimentos, sea respecto de su persona, o bien respecto de los hijos comunes, pudiendo hacerlo. Para que proceda la excepción, deberá tratarse de alimentos decretados por sentencia judicial, o aprobados judicialmente, y el cónyuge demandado deberá acreditar el haber solicitado, al menos en una ocasión, en contra del cónyuge deudor, la aplicación de alguna de las medidas de apremio

³⁷² *Ibíd.*, pp. 29-30.

³⁷³ *Ibíd.*

³⁷⁴ Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 830-2009, 24 de diciembre de 2009, considerando 3°.

³⁷⁵ FUENZALIDA, Daniela, 2016. op. cit. p. 49.

³⁷⁶ *Ibíd.*

señaladas en la Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias”.³⁷⁷

Con la pretendida reforma, quedaría saldada la discusión en torno a la naturaleza jurídica de la institución en estudio, pues la norma expresamente la calificaría como una excepción, además de señalarse claramente sus requisitos y a quién corresponde la carga de la prueba de tales presupuestos.

Sin embargo, el Proyecto de Ley ingresado en junio de 2009 se encuentra actualmente archivado, por lo que no se vislumbra una pronta modificación en el sentido propuesto.

6. Conclusión

Conforme al inciso tercero del artículo 55 LMC, el divorcio por cese de convivencia puede ser solicitado unilateralmente por alguno de los cónyuges, para lo cual se exige el cese de convivencia de ellos por al menos tres años. Además, la norma en comento señala que, a solicitud del cónyuge demandado de divorcio, el juez verificará que el demandante haya dado cumplimiento a su obligación de alimentos respecto del otro cónyuge y de los hijos comunes. Este último elemento se ha denominado cláusula de dureza.

La cláusula de dureza que contempla nuestra legislación se inspira en la norma comparada conocida como cláusula de rigor, pero es más reducida que ésta, limitándose al incumplimiento de la obligación de alimentos, decisión del legislador que se fundamenta en el espacio de discrecionalidad y subjetividad que entrega la extensa cláusula extranjera.

Los esfuerzos por introducir esta figura en el ordenamiento nacional se explican en que ella se configura como una expresión de importantes principios en materia de familia, particularmente el principio de protección del cónyuge más débil y de interés superior de los hijos.

Al consagrarse la cláusula de dureza en el artículo 55 LMC, se reconoce al juez la posibilidad de rechazar la demanda de divorcio unilateral cuando verifique que el cónyuge demandante no ha dado cumplimiento a su obligación de alimentos para con el otro cónyuge o los hijos. En razón de ello, los requisitos copulativos de procedencia de la cláusula de dureza ante una demanda de divorcio por cese de convivencia unilateralmente solicitado son la solicitud de parte –del cónyuge demandado–, que exista una obligación de alimentos, que dicha obligación

³⁷⁷ Proyecto de Ley, 4 de junio de 2009. op. cit. p. 3.

haya sido incumplida por el alimentante durante el cese de convivencia, de forma reiterada e injustificada.

Por la redacción de la norma referida, han surgido diversas problemáticas relativas a la cláusula de dureza. En lo que aquí importa, se ha cuestionado si su naturaleza jurídica corresponde a la de una excepción perentoria o un presupuesto de la acción de divorcio.

Atendiendo a la literalidad de la norma, ya que se exige solicitud de parte, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han pronunciado en el sentido de que corresponde a una excepción perentoria, siendo ésta la posición dominante y, asimismo, la más armónica con el texto legal. Por lo demás, estimar que se trata de un presupuesto procesal podría llegar a privar al cónyuge alimentante incumplidor de la posibilidad de ejercer la acción de divorcio, aspecto que la jurisprudencia ha señalado como incorrecto, aún más si se destaca que el fin de la cláusula es la protección del cónyuge demandado y de los hijos ante los efectos de la declaración de divorcio, mas no prohibir a toda costa al alimentante de accionar si se ha dado cumplimiento a los requisitos del inciso tercero del artículo 55 LMC –esto es, cese de convivencia por el plazo de a lo menos tres años–.

Por su naturaleza de excepción perentoria, la oportunidad para oponerla es la contestación de la demanda. Respecto de la carga de la prueba, la postura mayoritaria señala que recae sobre el demandado probar la existencia de la obligación de alimentos, pero incumbe al cónyuge demandante acreditar su cumplimiento –o justificar su incumplimiento–. Sobre la sentencia que acoge la excepción, parece más adecuado estimar que ella solo produce cosa juzgada formal, por lo que puede renovarse la acción en cualquier tiempo, pues, como se señaló, la cláusula de dureza no tiene como objetivo privar para siempre al alimentante de ejercer la acción de divorcio, por lo demás, ello afectaría el derecho fundamental de acción de ese individuo.

Es patente que la redacción del inciso tercero del artículo 55 LMC da paso a distintas problemáticas en torno a la institución en estudio, por ello, en 2009 ingresó una moción para su modificación a fin de zanjar el debate. Sin embargo, lamentablemente, el Proyecto de Ley se encuentra archivado al día de hoy. Persiste entonces la labor de la doctrina y la jurisprudencia de aclarar y uniformar la aplicación de la cláusula de dureza.

CONCLUSIONES FINALES

Se revisaron tres cuestiones procesales pendientes de una solución unánimemente aceptada en relación al divorcio por cese de convivencia: (1) la limitación probatoria impuesta a los matrimonios celebrados con posterioridad a la entrada en vigencia de la LMC, para acreditar el cese de su convivencia, conforme a los artículos 22, 25 y 2º transitorio inciso tercero; (2) la naturaleza jurídica del divorcio solicitado de común acuerdo, particularmente, si se trata de un acto judicial contencioso o no contencioso; y (3) la naturaleza jurídica de la denominada cláusula de dureza, esto es, si ella corresponde a una excepción perentoria o a un presupuesto procesal de la acción de divorcio.

Sobre la limitación probatoria, ella afecta solo a los matrimonios celebrados con posterioridad a la entrada en vigencia de la LMC, y consiste en la taxatividad de medios de que los cónyuges pueden valerse para acreditar su cese de convivencia, esto es, demostrar que ha transcurrido el plazo exigido por la ley para que se acceda a la solicitud de divorcio. De todos modos, los Tribunales le han dado una interpretación distinta, la cual no obstante desconocer el texto legal y la intención del legislador, resulta útil a la pretensión de las partes, a quienes se permite el uso de todo medio probatorio para demostrar la causal invocada, es decir, el hecho objetivo del cese.

La limitación, que se extrae del tenor literal de la ley y es clara a la luz de la historia fidedigna de su establecimiento, encuentra su fundamento en la intención del legislador de evitar fraudes a la norma. Sin perjuicio de ello, esta limitación pugna con el principio de libertad probatoria consagrado en materia de Familia y afecta el ejercicio del derecho a la prueba de que gozan las partes, siendo esta garantía un elemento del derecho a un debido proceso que no debería ser disminuida en razón de otros valores sin rango constitucional. Por lo demás, la taxatividad de medios de prueba representa un obstáculo para los fines del procedimiento, especialmente en lo que atinge a la averiguación de la verdad de los hechos.

Respecto de la naturaleza jurídica del divorcio solicitado de común acuerdo, en doctrina se ha propuesto que él se adapta a la naturaleza de un acto judicial no contencioso, lo que es patente si se atiende a la ausencia de conflicto entre partes y al llamado de la ley para la intervención del juez. Sin embargo, ignorando dichos elementos, la jurisprudencia ha insistido en atribuirle una naturaleza contradictoria. Toca al legislador adecuar las normas que lo regulan en la LMC para reconocer su verdadera naturaleza y evitar ciertos conflictos, como los que derivan de la carencia de cosa juzgada.

Tramitar el divorcio de común acuerdo acorde a las reglas aplicables a los asuntos no contenciosos lo transformaría en un procedimiento más expedito y beneficioso para los matrimonios interesados en solicitarlo mancomunadamente. En esta línea, urge dar un mayor reconocimiento a la voluntad de los cónyuges como la causa que motiva finalmente la solicitud de divorcio.

Por último, en cuanto a la naturaleza jurídica de la denominada cláusula de dureza, se trata de una excepción perentoria, naturaleza que resulta más armónica con el texto legal que establece la solicitud de parte respecto de dicha institución, así lo reconoce tanto la doctrina como la jurisprudencia. Por lo demás, estimarla un presupuesto procesal de la acción de divorcio, entendiéndola como un requisito para su ejercicio, podría significar privar al cónyuge alimentante incumplidor de ejercer tal acción. Empero, la cláusula no tiene como finalidad castigar al demandante, sino brindar protección a los individuos más débiles de la familia frente a los efectos perjudiciales de la declaración del divorcio, esto es, el otro cónyuge y los hijos comunes. Asimismo, lo anterior implicaría afectar el derecho fundamental de acción del alimentante al imposibilitarlo de proveerse de la actividad jurisdiccional con el fin de obtener una sentencia favorable a su pretensión de que sea declarado el divorcio.

Sin perjuicio de la existencia de Proyectos legislativos orientados a resolver estas cuestiones, ellos se encuentran actualmente sin urgencia o archivados, por lo que el debate al respecto aún no queda zanjado.

BIBLIOGRAFÍA

1. Libros y revistas

- 1) ANDERSON, Terence, SCHUM, David y TWINING, William, 2015. *Análisis de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- 2) BARRIENTOS, Javier y NOVALES, Aránzazu, 2004. *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno. Ley Nº 19.947: Celebración del Matrimonio, Separación, Divorcio y Nulidad*. 2ª ed. Santiago: LexisNexis.
- 3) BARRIENTOS, Javier, 2011. *Derecho de las Personas. El Derecho Matrimonial*. Santiago: Legal Publishing Chile.
- 4) BENFELD, Johann, 2018. Sobre el carácter normativo y tendencialmente vinculante de las reglas de la sana crítica en la ponderación de la prueba judicial. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Valparaíso: Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. 50, pp. 159-185.
- 5) BORDALÍ, Andrés, 2000. El derecho fundamental de acción. Un intento de configuración en el orden constitucional chileno. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Santiago: Editorial Jurídica, vol. 97, no. 3, pp. 1-25.
- 6) BORDALÍ, Andrés, 2003. El Debido Proceso Civil. En: FERRADA, Juan, et al. *La constitucionalización del Derecho chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 251-295.
- 7) CASARINO, Mario, 2005(a). *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil*. Tomo III. 6ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- 8) CASARINO, Mario, 2005(b). *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil*. Tomo VI. 5ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- 9) CASARINO, Mario, 2009. *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil*. Tomo IV. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- 10) CASARINO, Mario, 2011. *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Orgánico*. Tomo I. 6ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- 11) COLOMBO, Juan, 2006. *El Debido Proceso Constitucional. La Jurisdicción sin proceso es solo un ideal de Justicia*. Santiago: Tribunal Constitucional.
- 12) COURT, Eduardo, 2004. *Nueva Ley de Matrimonio Civil. Ley 19.947 de 2004 analizada y comentada*. Santiago: Legis.
- 13) DEL PICÓ, Jorge, 2015. *Derecho Matrimonial Chileno*. 2ª ed. Santiago: Thomson Reuters.

- 14) ESTÉVEZ, José, 1956. Sobre el concepto de "Naturaleza Jurídica". *Anuario de filosofía del derecho*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, vol. 4, pp. 159-182.
- 15) FERRER, Javier, 2011. Del matrimonio canónico como modelo al matrimonio civil deconstruido: la evolución de la legislación española. *Revista Ius et Praxis*. Talca: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Talca, vol. 17, no. 2, pp. 391-418.
- 16) FUENTES, Claudio, 2011. La persistencia de la prueba legal en la judicatura de familia. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Coquimbo: Facultad de Derecho Universidad Católica del Norte, vol. 18, no. 1, pp. 119-145.
- 17) FUENTES, Claudio, 2013. Comentarios de Jurisprudencia. Derecho Procesal Civil. *Revista Chilena de Derecho Privado*. Santiago: Fundación Fernando Fueyo Laneri, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, no. 20, pp. 285-294.
- 18) FUENZALIDA, Daniela, 2016. Estudio de la denominada "cláusula de dureza" en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista de Derecho de Familia*. Santiago: Thomson Reuters, vol. 2, no. 10, pp. 37-50.
- 19) GASCÓN, Marina, 2010. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons.
- 20) HUNTER, Iván, 2012. La aplicación judicial del derecho y la motivación de la sentencia en el PCPC. *Cuadernos de Extensión Jurídica*. Santiago: Facultad de Derecho Universidad de los Andes, vol. 23, pp. 149-172.
- 21) HUNTER, Iván, 2017. Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: ¿Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil?. *Revista Ius et Praxis*. Talca: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Talca, vol. 23, no. 1, pp. 247-272.
- 22) KEMELMAJER, Aida, 2014. La eliminación del divorcio contencioso en el proyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina y su incidencia en el Derecho de Daños. En: LEPIN, Cristián, et al. *Responsabilidad Civil y Familia*. Santiago: Legal Publishing Chile, pp. 195-221.
- 23) KUNCAR, Andrés, 2009. El divorcio unilateral ante el incumplimiento de la obligación alimenticia. En: PIZARRO, Carlos, et al. *Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Olmué, 2008*. Santiago: Legal Publishing Chile, pp. 173-193.
- 24) LATHROP, Fabiola, 2017. Constitucionalización y Jurisprudencia Constitucional en el Derecho de Familia chileno. *Estudios Constitucionales*. Talca: Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, vol. 15, no. 1, pp. 329-372.

- 25) LEPÍN, Cristián, 2013. El principio de protección del cónyuge más débil en el moderno derecho de familia. *Revista Chilena de Derecho*. Santiago: Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 40, no. 2, pp. 513-548.
- 26) LEPIN, Cristián, 2014. Responsabilidad civil en las relaciones de familia. En: LEPIN, Cristián, et al. *Responsabilidad Civil y Familia*. Santiago: Legal Publishing Chile, pp. 397-438.
- 27) LEPÍN, Cristián, 2017. *Derecho Familiar Chileno*. Santiago: Legal Publishing Chile.
- 28) LEPÍN, Cristián y LAMA, Belén, 2019. *Divorcio. Análisis crítico de la Jurisprudencia Nacional*. Santiago: Rubicón Editores.
- 29) LILLO, Lenin, 2012. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- 30) MARTÍNEZ, Patricio, 2012. El principio de inexcusabilidad y el derecho de acción desde la perspectiva del Estado Constitucional. *Revista Chilena de Derecho*. Santiago: Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 39, no. 1, pp. 113-147.
- 31) MATURANA, Cristián, 2004. Algunos aspectos procesales de la Nueva Ley de Matrimonio Civil. Charla efectuada el Martes 1 de Junio de 2004. En: DOMÍNGUEZ, Carmen, et al. *Nueva Ley de Matrimonio Civil, Ley Nº 19.947. Charlas efectuadas el Lunes 31 de Mayo y Martes 1 de Junio de 2004*. Santiago: Colegio de Abogados de Chile A.G., pp. 73-112.
- 32) MATURANA, Cristián, 2014. La terminación del matrimonio de común acuerdo: Una institución en la búsqueda de su identidad procesal. *Revista de Derecho de Familia*. Santiago: Thomson Reuters, vol. 3, no. 3, pp. 21-50.
- 33) MENESES, Claudio, 2008. Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil. *Revista Ius et Praxis*. Talca: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Talca, vol. 14, no. 2, pp. 43-86.
- 34) MONTERO, Raúl, 2017. *Necesidad de establecer un estándar de prueba en el nuevo proceso civil chileno*. Santiago: Librotecnia.
- 35) NASH, Claudio y NÚÑEZ, Constanza, 2015. *Derechos Humanos y Juicio Penal en Chile*. Santiago: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública.
- 36) NOGUEIRA, Humberto, 1997. *Dogmática Constitucional*. Talca: Editorial Universidad de Talca.
- 37) NOGUEIRA, Humberto, 2003. La constitucionalización del proceso: el acceso a la jurisdicción, tutela judicial efectiva o debido proceso. En: FERRADA, Juan, et al. *La constitucionalización del Derecho chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 169-207.

- 38) NÚÑEZ, René y CORTÉS, Mauricio, 2012. *Derecho Procesal de Familia*. Santiago: Legal Publishing Chile.
- 39) ORELLANA, Fernando, 2009. *Manual de Derecho Procesal*. Tomo II. 3ª ed. Santiago: Librotecnia.
- 40) PEÑA, Carlos, 2004. Seminario Nueva Ley de Matrimonio Civil. Charla efectuada el Martes 1 de Junio de 2004. En: DOMÍNGUEZ, Carmen, et al. *Nueva Ley de Matrimonio Civil, Ley Nº 19.947. Charlas efectuadas el Lunes 31 de Mayo y Martes 1 de Junio de 2004*. Santiago: Colegio de Abogados de Chile A.G., pp. 57-72.
- 41) PEREIRA, Hugo, 1997. *La cosa juzgada en el proceso civil*. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur.
- 42) PICÓ I JUNOY, Joan, 1996. *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil*. Barcelona: José María Bosch.
- 43) QUINTANA, María, 2008. Aplicación jurisprudencial de las nuevas causales de terminación del matrimonio. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Valparaíso: Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. 31, pp. 267-288.
- 44) RAMOS, René, 2010. *Derecho de Familia*. 7ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- 45) ROCA, Encarna, 2007. La evolución del Derecho de familia en España. En: GUZMÁN, Alejandro. *El Código Civil de Chile (1855-2005) Trabajos expuestos en el Congreso Internacional celebrado para conmemorar su promulgación (Santiago, 3-6 de octubre de 2005)*. Santiago: LexisNexis, pp. 741-760.
- 46) ROMERO, Alejandro, 2002. *La cosa juzgada en el proceso civil chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- 47) ROMERO, Alejandro, 2009. *Curso de Derecho Procesal Civil. Los presupuestos procesales relativos al órgano jurisdiccional*. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- 48) ROMERO, Alejandro, 2011. *Curso de Derecho Procesal Civil. Los presupuestos procesales relativos a las partes*. Tomo III. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- 49) SILVA, Rodrigo, 2014. *Manual de Tribunales de Familia*. 5ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- 50) TAPIA, Mauricio, 2014. Principios, reglas y sanciones del Derecho de las Familias. En: LEPIN, Cristián, et al. *Responsabilidad Civil y Familia*. Santiago: Legal Publishing Chile, pp. 353-363.
- 51) TARUFFO, Michele, 2005. *La prueba de los hechos*. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta.
- 52) TARUFFO, Michele, 2008. *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons.

- 53) TARUFFO, Michele, 2010. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons.
- 54) TRONCOSO, Hernán, 2017. *Derecho de Familia*. 16ª ed. Santiago: Legal Publishing Chile.

2. Jurisprudencia

2.1. Tribunal Constitucional

- 1) Tribunal Constitucional, Rol N° 2207-12-INA, 26 de marzo de 2013.

2.2. Corte Suprema

- 1) C.S., 14.10.1997, RDJ, T. XCIV (1997), sec. 1ª, 110.
- 2) C.S., 3.7.2002, RDJ, T. XCIX (2002), sec. 1ª, 127.
- 3) C.S., 16.5.2006, RDJ, T. CIII (2006), sec. 1ª, 131.
- 4) Corte Suprema, Rol N° 1233-2006, 30 de octubre de 2006.
- 5) Corte Suprema, Rol N° 3320-2006, 21 de noviembre de 2006.
- 6) Corte Suprema, Rol N° 6774-2008, 29 de enero de 2009.
- 7) Corte Suprema, Rol N° 9757, 23 de febrero de 2010.
- 8) Corte Suprema, Rol N° 2857-2010, 7 de junio de 2010.
- 9) Corte Suprema, Rol N° 4535-2010, 16 de agosto de 2010.
- 10) Corte Suprema, Rol N° 9505-2011, 16 de marzo de 2012.
- 11) Corte Suprema, Rol N° 10039-2011, 2 de abril de 2012.
- 12) Corte Suprema, Rol N° 5199-2011, 11 de junio de 2012.
- 13) Corte Suprema, Rol N° 4129-2012, 1 de octubre de 2012.
- 14) Corte Suprema, Rol N° 4056-2012, 8 de octubre de 2012.
- 15) Corte Suprema, Rol N° 6527-2012, 26 de noviembre de 2012.
- 16) Corte Suprema, Rol N° 5629-2012, 21 de diciembre de 2012.
- 17) Corte Suprema, Rol N° 719-2013, 5 de marzo de 2013.
- 18) Corte Suprema, Rol N° 9423-2012, 13 de mayo de 2013.
- 19) Corte Suprema, Rol N° 5468-2013, 28 de enero de 2014.
- 20) Corte Suprema, Rol N° 6053-2013, 30 de enero de 2014.
- 21) Corte Suprema, Rol N° 31183-2016, 7 de septiembre de 2016.

2.3. Corte de Apelaciones

- 1) Corte de Presidente Aguirre Cerda, 11.8.2000, RDJ, T. XCVII (2000), sec. 2ª, 51.

- 2) Corte de Santiago, 5.4.2006, RDJ, T. CIII (2006), sec. 2ª, 213.
- 3) Corte de Santiago, 26.12.2006, RDJ, T. CIII (2006), sec. 2ª, 822.
- 4) Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 501-2008, 6 de enero de 2009.
- 5) Corte de Apelaciones de Chillán, Rol N° 59-2012, 19 de julio de 2012.
- 6) Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 4936-2005, 25 de enero de 2006.
- 7) Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 4707-2005, 13 de marzo de 2006.
- 8) Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 3544-2005, 16 de mayo de 2006.
- 9) Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 996-2006, 3 de julio de 2006.
- 10) Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 2220-2016, 6 de septiembre de 2006.
- 11) Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 317-2011, 13 de julio de 2011.
- 12) Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 141-2012, 15 de mayo de 2012.
- 13) Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 201-2012, 20 de agosto de 2012.
- 14) Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 569-2015, 27 de abril de 2016.
- 15) Corte de Apelaciones de La Serena, Rol N° 1279-2006, 3 de noviembre de 2006.
- 16) Corte de Apelaciones de La Serena, Rol N° 1762-2006, 23 de enero de 2007.
- 17) Corte de Apelaciones de La Serena, Rol N° 173-2012, 9 de noviembre de 2012.
- 18) Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 11-2012, 4 de abril de 2012.
- 19) Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol N° 21-2010, 7 de mayo de 2010.
- 20) Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 830-2009, 24 de diciembre de 2009.
- 21) Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 551-2010, 18 de noviembre de 2010.
- 22) Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 109-2013, 12 de abril de 2013.
- 23) Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 624-2016, 11 de octubre de 2016.
- 24) Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 8080-2005, 30 de enero de 2006.
- 25) Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 3590-2006, 19 de junio de 2006.
- 26) Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 5597-2006, 28 de septiembre de 2006.
- 27) Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 9743-2006, 25 de enero de 2007.
- 28) Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 10627-2006, 14 de marzo de 2007.
- 29) Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 803-2014, 6 de junio de 2014.
- 30) Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1504-2005, 5 de septiembre de 2005.
- 31) Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 28-2006, 17 de mayo de 2006.
- 32) Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 789-2008, 9 de septiembre de 2008.
- 33) Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 2-2010, 21 de enero de 2010.
- 34) Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 63-2010, 20 de mayo de 2010.
- 35) Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 170-2010, 22 de noviembre de 2010.

- 36) Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 102-2011, 14 de junio de 2011.
- 37) Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 159-2011, 17 de agosto de 2011.
- 38) Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 161-2011, 26 de agosto de 2011
- 39) Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 234-2011, 14 de noviembre de 2011.
- 40) Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 272-2012, 14 de febrero de 2012.
- 41) Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 38-2012, 20 de marzo de 2012.
- 42) Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 72-2012, 29 de mayo de 2012.
- 43) Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 166-2010, 6 de julio de 2010.

3. Otros

- 1) Historia de la Ley N° 19.947, 17 de mayo de 2004. *Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil.* Boletín N° 1759-18 [en línea]. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/5731/> [consulta: 30 de junio de 2019].
- 2) Proyecto de Ley, 4 de junio de 2009. *Modifica el artículo 55 inciso 3 de la Ley de Matrimonio Civil, en lo relativo a la causal para oponerse al divorcio unilateral.* Boletín 6545-18 [en línea]. Disponible en: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=6545-18 [consulta: 30 de junio de 2019].
- 3) Proyecto de Ley, 20 de diciembre de 2012. *Modifica Ley N° 19.947, sobre matrimonio civil, con el objeto de facilitar el trámite de divorcio de común acuerdo.* Boletín 8752-07 [en línea]. Disponible en: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=8752-07 [consulta: 30 de junio de 2019].