



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado

**EL DIVORCIO EN EL DERECHO CHILENO: CRÍTICAS Y PROPUESTAS.**

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

**Autor: Matías Ponce Márquez**

**Profesor guía: Dr. Gabriel Hernández Paulsen**

**2018**



## ÍNDICE

<b>RESUMEN</b> .....	<b>1</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>3</b>
<b>1. APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN DEL DIVORCIO EN CHILE.</b> .....	<b>5</b>
1.1. Antecedentes de la ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil. ....	5
1.2. Contenido, principios y novedades de la ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil. ....	7
1.2.1. Principio de trascendencia social. ....	8
1.2.2. Principio de trascendencia individual. ....	10
1.2.3. Principio de protección. ....	11
1.2.3.1. Principio de protección del interés superior del niño. ....	11
1.2.3.2. Principio de protección al cónyuge más débil. ....	12
1.2.4. Principio de preservación de la vida en común. ....	13
1.2.5. Principio de continuidad en el ejercicio de los derechos y deberes que nacen de la filiación. ....	14
1.2.6. Principio de concentración y solución integral. ....	14
1.2.7. Principio de control jurisdiccional de los acuerdos adoptados por los cónyuges. ....	15
1.2.8. Principio de término gradual de la relación matrimonial. ....	15
1.3. Consideraciones generales en torno a la regulación del divorcio en Chile. ....	15
1.3.1. Situación previa a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil. ....	15
1.3.2. Discusión a propósito del divorcio. ....	16
1.3.2.1. Discusión general respecto del divorcio. ....	16
1.3.2.2. La familia protegida por el artículo 1º de la Constitución Política de la República. ....	17
1.3.2.3. El derecho al divorcio y el derecho a un matrimonio indisoluble. ....	18
1.3.3. El divorcio en la ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil. Definición y clasificaciones. ....	20
1.3.3.1. Definición de divorcio. ....	20
1.3.3.2. Clasificaciones generales del divorcio. ....	21
1.4. Elementos para una crítica a la regulación del divorcio. ....	22
1.4.1. Contractualización del derecho de las familias. ....	22
1.4.2. Constitucionalización del derecho de las familias. ....	23

1.4.3.	Incorporación de los Derechos Humanos al derecho de las familias.....	24
<b>2.</b>	<b>CRÍTICAS A LA REGULACIÓN DEL DIVORCIO SANCIÓN EN LA LEY N° 19.947 SOBRE MATRIMONIO CIVIL.....</b>	<b>27</b>
2.1.	Concepto de divorcio sanción y discusión en torno a su inclusión en nuestro ordenamiento.....	27
2.2.	El divorcio sanción en la ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil.....	28
2.3.	Críticas al divorcio sanción.....	30
2.3.1.	Críticas generales.....	30
2.3.1.1.	Las consecuencias negativas del divorcio sanción para el grupo familiar.....	30
2.3.1.2.	El problema de la culpa.....	32
2.3.1.3.	El atentado en contra de la dignidad y la privacidad.....	34
2.3.1.4.	Divorcio por culpa y compensación económica.....	34
2.3.2.	Críticas específicas a algunas causales.....	41
2.3.2.1.	Número 4 del inciso segundo del artículo 54 de la ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil: Conducta homosexual.....	41
2.3.2.2.	Número 5 del inciso segundo del artículo 54 de la ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil. Alcoholismo o drogadicción.....	44
<b>3.</b>	<b>CRÍTICAS A LA REGULACIÓN DEL DIVORCIO REMEDIO EN LA LEY N° 19.947 SOBRE MATRIMONIO CIVIL.....</b>	<b>47</b>
3.1.	Divorcio remedio o por cese de la convivencia en la ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil.	47
3.1.1.	Divorcio por cese de la convivencia solicitado por ambos cónyuges.....	48
3.1.2.	Divorcio por cese de la convivencia solicitado unilateralmente.....	50
3.2.	Críticas.....	53
3.2.1.	Crítica a la exigencia de transcurso del tiempo.....	53
3.2.2.	Problema de la limitación de los mecanismos probatorios del cese de la convivencia.....	55
3.2.3.	Crítica al tratamiento del acuerdo regulatorio en el contexto del divorcio.....	60
3.2.4.	Crítica a la exigencia de pago de pensión alimenticia en el divorcio unilateral por cese de la convivencia: La cláusula de dureza.....	63
3.2.5.	Crítica a la judicialización del divorcio por cese de la convivencia solicitado de mutuo acuerdo.....	66
<b>4.</b>	<b>APROXIMACIÓN A UNA REGULACIÓN ADECUADA DEL DIVORCIO.....</b>	<b>69</b>
4.1.	Tendencias comparadas.....	69

4.2.	Formas modernas de regulación del divorcio.....	70
4.2.1.	El divorcio desjudicializado o extrajudicial.....	71
4.2.2.	El divorcio sin expresión de causa o incausado. ....	72
4.3.	Estado del derecho comparado. ....	75
4.3.1.	Países con regulación restrictiva. ....	75
4.3.1.1.	Francia. ....	75
4.3.1.2.	Inglaterra. ....	78
4.3.2.	Países con divorcio liberalizado. ....	79
4.3.2.1.	Brasil. ....	79
4.3.2.2.	Suecia. ....	80
4.3.2.3.	España. ....	81
4.3.2.4.	Argentina. ....	82
<b>CONCLUSIONES.</b> ....		<b>85</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....		<b>87</b>



## **RESUMEN**

En este trabajo se realiza una revisión crítica de la regulación del divorcio en Chile contenida en la Ley N°19.947 sobre Matrimonio Civil. Para emprender dicha labor, se analiza la normativa indicada desde la perspectiva de la influencia que tienen actualmente el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos en el derecho de las familias y desde la óptica del desarrollo dogmático nacional y comparado. Finalmente, y con el fin de identificar elementos que permitan subsanar las falencias de nuestra legislación en la regulación de las disoluciones conyugales, se examinan diferentes modelos del derecho comparado en materia de divorcio.





## INTRODUCCIÓN

El divorcio con disolución de vínculo fue incorporado a nuestra legislación el 7 de mayo de 2004, con la promulgación de la ley N°19.947 que estableció la nueva Ley sobre Matrimonio Civil (en adelante, “LMC”). La regulación de dicha institución, fruto de un largo debate político y dogmático, representa el reconocimiento expreso del legislador de una realidad patente en la sociedad chilena, consistente en el hecho de que los proyectos matrimoniales pueden fracasar. En este escenario, la normativa aludida, entrega a los cónyuges la posibilidad de disolver el vínculo legal que los une, modificando así su estado civil de casado/a, al de divorciado/a

El nuevo estado civil de divorciado/a tiene importantes consecuencias, siendo una de ellas el permitir a los ex cónyuges rehacer sus vidas iniciando un nuevo proyecto en común con otra persona, sea o no a través del matrimonio. Esta posibilidad, existente desde hace tan poco tiempo en nuestro ordenamiento, representa un derecho ampliamente reconocido en casi la totalidad de las legislaciones occidentales.

No obstante el avance descrito, la regulación diseñada por nuestro legislador en materia de divorcio merece importantes críticas, las que serán abordadas en este trabajo. Dicha labor se llevará a cabo sirviéndose de una metodología comparativa, que permita contrastar los aspectos centrales del divorcio en Chile con algunas nociones propias del derecho constitucional, los postulados del derecho internacional de los derechos humanos y el tratamiento que el divorcio recibe actualmente en los sistemas comparados.

Primeramente, se expondrá el contenido general de la LMC y la regulación del divorcio contenida en esta ley, realizándose, junto a lo anterior, una aproximación a los elementos que sirven de base para formular una crítica a dicha normativa.

Posteriormente, se abordará la crítica de la regulación del divorcio en Chile, analizando separadamente el divorcio sanción y el divorcio por cese de la convivencia. Este tratamiento diferenciado resulta del todo necesario, ya que la fundamentación de cada una de las modalidades de divorcio recogidas en nuestra legislación hace que las críticas formuladas para cada caso varíen significativamente.

Finalmente, se dará cuenta de la tendencia que ha seguido el derecho comparado en la materia y se expondrán ciertos mecanismos que permitirían superar las críticas realizadas a la regulación del divorcio contenida en la LMC; a saber, el divorcio desjudicializado y el divorcio incausado. Para concluir, se describirán someramente las experiencias específicas de algunos países, revisión que

permitirá visualizar concretamente las soluciones que otros ordenamientos han planteado respecto del tema de las rupturas conyugales.

## 1. APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN DEL DIVORCIO EN CHILE.

En este capítulo se describirán los aspectos relevantes de la regulación del divorcio en Chile. Con dicho propósito, se analizarán las características generales de la LMC, los principios que la informan y la regulación concreta del divorcio contenida en aquella. Finalmente, se esbozarán los lineamientos sobre los que se trabajará para elaborar una crítica respecto de la regulación establecida por nuestro legislador en materia de divorcio.

### 1.1. Antecedentes de la ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil.

Antes de la promulgación de la LMC, el derecho de familia chileno se organizaba sobre un modelo único y tradicional de familia, lo que se traducía en una situación discriminatoria y desigual para sus miembros. Este orden de cosas se advierte claramente al examinar los principios que informaban dicha rama del derecho y que estructuraban la antigua ley de matrimonio civil de 1884; a saber: a) matrimonio religioso e indisoluble; b) incapacidad relativa de la mujer casada; c) administración unitaria y concentrada en el marido de la sociedad conyugal; d) patria potestad exclusiva y con poderes absolutos y e) filiación matrimonial ampliamente favorecida<sup>1</sup>.

Si bien la ley de matrimonio civil de 1884 abordó la tarea de secularizar la regulación de las familias, eliminando el matrimonio canónico y estableciendo un régimen único de matrimonio civil; la legislación civil chilena en la materia conservó un marcado sesgo conservador que se mantuvo durante más de un siglo. En efecto, en una época en que la iglesia católica era capaz de ejercer presiones más importantes que las que ejerce al día de hoy<sup>2</sup>, nuestro derecho observó importantes estructuras canónico patriarcales, como la incapacidad relativa de la mujer casada en sociedad conyugal, la potestad marital y la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos; lo que se manifestaba a través de normas de claro contenido discriminatorio hacia las mujeres en razón de su género y hacia ciertos hijos en razón de las circunstancias de su concepción. Asimismo, la indisolubilidad del matrimonio representaba una característica central de aquel modelo familiar<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Ramos, René. *Derecho de Familia*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tomo I, sexta edición actualizada, 2007, p. 17 – 21.

<sup>2</sup> Del Picó, Jorge. *Derecho Matrimonial Chileno. Antecedentes, principios informadores e instituciones fundamentales*. Santiago, Legal Publishing, 2010, p. 17.

<sup>3</sup> Del Picó, Jorge (2010), *op. cit.* p. 36. El autor sostiene que “[E]l código Civil y sus normas complementarias regulaban una realidad familiar de carácter rural y patriarcal cuyos pilares eran la indisolubilidad y la dispar consideración de ambos cónyuges en el matrimonio como estado, en donde la mujer se subordinaba al marido, le debía obediencia, y en donde este era reconocido como el administrador natural de los bienes comunes”.

En dicho contexto, durante los 120 años de vigencia de la antigua ley de matrimonio civil se presentaron sin éxito, diez proyectos de modificación<sup>4</sup> a una ley que se mostraba incapaz de dar cabida a los cambios que experimentaba el concepto de familia para la sociedad chilena<sup>5</sup>. No fue sino hasta el año 1995 que se ingresó el proyecto de ley que, casi diez años después de su presentación, logró sustituir a la anacrónica ley de matrimonio civil de 1884, convirtiéndose en la LMC vigente hasta la fecha.

Cabe recordar que la discusión de la LMC estuvo fuertemente influida por lo establecido en las bases de la institucionalidad de la Constitución Política de la República de 1980 (en adelante, “CPR”); específicamente, dado que en dicho capítulo se concibe a la familia como núcleo de la sociedad y se le asigna al Estado el rol de protegerla. Esta situación constituyó una de las principales herramientas utilizadas por sectores conservadores para defender la continuación de la antigua regulación del matrimonio civil. Sin embargo, otros preceptos de la misma carta fundamental aportaron razonamientos para rebatir el mantenimiento de aquel sistema, puntualizándose que el artículo 5° inciso 2° de la CPR establece como limitación a la soberanía nacional los derechos fundamentales consagrados en tratados internacionales<sup>6</sup>, restricción que permitió afirmar la necesidad de modernizar las instituciones del derecho de las familias en atención a las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos<sup>7</sup>.

El proceso de discusión de la LMC también se vio influido por la aprobación de la Ley N° 18.802 de 1989 y la ley 19.585 de 1998. La primera, puso término a la incapacidad relativa de la mujer casada en sociedad conyugal; y la segunda, derogó las normas civiles que distinguían a los hijos en consideración al contexto de su nacimiento<sup>8</sup>. En tal sentido, la doctrina nacional ha sostenido que la igualdad entre hombre y mujer y entre hijos, independientemente de su filiación; fueron los

---

<sup>4</sup> Gómez de la Torre, Maricruz. *Principios que informan la Ley de Matrimonio Civil*, en Revista Diké, Santiago, Universidad Alberto Hurtado, Volumen I, N° 1, 2009, p. 61.

<sup>5</sup> Para una revisión de la evolución social de la familia, ver: Mizrahi, Mauricio. *Familia, matrimonio y divorcio*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001, p. 61 – 70. El autor sostiene que fenómenos sociales vinculados a la inserción de la mujer al trabajo, la migración campo-ciudad y el desarrollo de un fuerte individualismo, contribuyeron a la crisis de la familia jerarquizada/patriarcal, sirviendo a la democratización de la misma. Asimismo, el papel prioritario de la persona humana en las legislaciones de post guerra, y la consiguiente extensión de la intimidad y la privacidad, llevan a una necesaria limitación del concepto de orden público en la regulación de la familia. Mauricio Tapia destaca igualmente la concentración de la población y la especialización de la economía como factores que hacen perder importancia a la familia matrimonial, dejando esta de ser un soporte orgánico y económico, además de la elevada competitividad del mercado laboral, que repercute en la postergación de la decisión de casarse al priorizarse los proyectos profesionales. Ver: Tapia, Mauricio. *Código Civil: 1855 – 2005. Evolución y perspectivas*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1° edición, 2005, pp. 103 – 104.

<sup>6</sup> Para una revisión de la jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos en el ordenamiento chileno, ver: Nash, Claudio. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*. Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2012, pp. 19 – 23.

<sup>7</sup> Del Picó, Jorge (2010). *op. cit.* pp. 29 – 30. Acerca del concepto de derecho de las familias: *supra* 1.2.1.

<sup>8</sup> Del Picó, Jorge (2010). *op. cit.* p. 31.

principios informadores de las reformas previas a la creación del nuevo sistema de derecho matrimonial<sup>9</sup>.

Así las cosas y luego de un largo debate político, dogmático y social; el 7 de mayo de 2004 se promulgó la LMC, incorporando la regulación del divorcio con disolución de vínculo a nuestro ordenamiento.

## **1.2. Contenido, principios y novedades de la ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil.**

El contexto de discusión de la LMC, caracterizado por diferencias de relevancia política, moral y dogmática, dio como resultado que dicha ley adoptará la fisonomía de una *ley de transacción*. En efecto, en la doctrina, una ley se considera de transacción o de compromiso cuando ella no observa una sola línea inspiradora y su diseño es el resultado de una negociación en la que las posiciones contrapuestas ceden mutuamente. En este tipo de normas, lo nuevo y lo antiguo pugnan, en el sentido de que en el mismo cuerpo normativo conviven; por un lado, ideas propias del conservadurismo religioso y, por el otro, nociones del pensamiento liberal.

Así, puede verse que la LMC constituye un ejemplo claro de la idea expresada en el párrafo precedente,<sup>10</sup> pues a pesar de que contribuyó a la adecuación de nuestro derecho a las exigencias que le planteaba la evolución del orden de las familias, persisten en su regulación contradicciones que no han logrado superarse<sup>11</sup>.

Dicho esto, y habida cuenta de que es la LMC la norma que regula el divorcio con disolución de vínculo en nuestro país, se hace necesario efectuar la revisión de su contenido. Esta labor se llevará a cabo a partir de los principios que informan dicha ley, los que, siguiendo a la doctrina especializada, se refieren al conjunto de proposiciones cuyo cumplimiento es considerado una exigencia de justicia; permitiendo un adecuado ejercicio de los derechos así como la resolución de los conflictos que se presenten entre estos<sup>12</sup>.

Corresponde destacar que la relevancia de los principios informadores dice relación con la orientación finalista que la LMC tiene en su desarrollo interno y, específicamente, con la obligación

---

<sup>9</sup> Galván, José. *El nuevo sistema matrimonial de la Ley N° 19.947*, en *El Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio* (Coordinador Álvaro Vidal), Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 11.

<sup>10</sup> Veloso, Paulina. *Algunas ideas generales sobre la Nueva Ley de Matrimonio Civil en materia de divorcio, Ley N° 19.947*, en *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005, p. 132; Tapia, Mauricio (2005). *op. cit.* pp. 405 – 406.

<sup>11</sup> Ramos, René. *op. cit.* p. 22.

<sup>12</sup> DWORKIN, Ronald. *“Los derechos en serio”*. Editorial Ariel, Barcelona, 2° Edición. (1989). p. 72.

del juez de familia de privilegiar en sus fallos los objetivos contemplados por el legislador a través de aquellos.<sup>13</sup>.

De tal suerte, y a efectos de lograr una comprensión global de la LMC, en los siguientes párrafos se procederá a identificar y analizar los principios que la informan.

### 1.2.1.Principio de trascendencia social.

El principio de trascendencia social<sup>14</sup> se encuentra contenido en el artículo 1º de la LMC, que establece que *“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”*.

Dicha norma no representa una novedad para nuestro ordenamiento, pues la CPR contiene una declaración de idéntico tenor en su artículo 1º inciso 2º. Asimismo, el artículo 1º de la LMC es coherente con lo recogido en diversos instrumentos internacionales, los que, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 5º inciso 2º de la CPR, se entienden pertenecientes a nuestro ordenamiento. Algunas de las normas relevantes a este respecto son el artículo 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>15</sup>, el artículo 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>16</sup> y el artículo 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>17</sup>.

La comprensión del contenido y alcance que la doctrina ha dado al principio de trascendencia social es bastante diversa. Como se verá (*infra* 1.3.2.), a partir de este principio y de las normas que lo sustentan, se ha desarrollado una importante discusión en orden a qué debe entenderse por familia, cuál es la protegida por el legislador y qué importancia tiene el matrimonio en el contexto de dichas interrogantes.

Conforme a lo expuesto, resulta claro cuán relevante es determinar cuándo un grupo de personas vinculadas entre sí pasan a formar una familia. Respecto de ello, es menester señalar que la LMC no entrega una definición de familia<sup>18</sup>, no obstante, a partir de sus normas es perfectamente posible concluir que una familia puede existir con prescindencia del matrimonio.

---

<sup>13</sup> Rodríguez, Pablo. *Ley de Matrimonio Civil*, en Curso de Actualización Jurídica, Nuevas Tendencias en el Derecho Civil, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, 2004, p. 10.

<sup>14</sup> Parte de la doctrina ha denominado a este principio “principio de protección de la familia”, incorporando en este los elementos que el legislador ha franqueado para resguardar la institución de la familia matrimonial. Ver: Gómez de la Torre, Maricruz. *op. cit.* pp. 63 – 64.

<sup>15</sup> *“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”*.

<sup>16</sup> *“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”*.

<sup>17</sup> *“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”*.

<sup>18</sup> El resto de nuestro ordenamiento jurídico no es más fértil en la búsqueda de una definición de familia. La definición contenida en el artículo 815 del Código Civil, a propósito del derecho de uso y habitación es, además de anacrónica, poco

La idea expresada en el párrafo precedente se confirma al analizar el tenor del artículo 1° de la LMC, que establece que “*El matrimonio es la base principal de la familia*”. Como bien se aprecia, y pese a que el legislador le otorga importancia al matrimonio definiéndolo como *la base principal de la familia*; es relevante destacar que no lo concibe como la única. En esta misma línea, el inciso final del artículo 3° establece que “*Asimismo, el juez resolverá las cuestiones atinentes a la nulidad, la separación o el divorcio, conciliándolas con los derechos y deberes provenientes de las relaciones de filiación y con la subsistencia de una vida familiar compatible con la ruptura o la vida separada de los cónyuges*”. Dicha disposición pone de relieve el hecho de que el legislador ha considerado de manera explícita que la familia persiste incluso luego de producirse la ruptura del vínculo conyugal.

Como es claro, las normas citadas dan cuenta de que no puede sostenerse que el legislador haya limitado el concepto de familia a uno circunscrito dentro de los márgenes del matrimonio.

Respecto del tema analizado, la doctrina ha puntualizado que, si bien, tanto al momento de la dictación del Código Civil (en adelante, “CC”), como al del establecimiento de la CPR<sup>19</sup>, se utilizó como modelo de familia aquella precedida por la celebración del matrimonio –vínculo sin el cual no llega a existir o deviene en una figura de segunda clase<sup>20</sup>–; resulta innegable que la realidad social y jurídica ha cambiado rápidamente en las últimas décadas y que ello ha impactado en el abandono de la noción tradicional de la familia, prefiriéndose actualmente una concepción moderna según la cual no existe necesidad de que sus integrantes se vinculen a través del matrimonio<sup>21</sup>. Similares reflexiones aporta la perspectiva sociológica en la materia, bajo cuyos postulados se entiende que la familia es el espacio en que se provee de educación y afecto a la persona en sus primeras etapas de desarrollo<sup>22</sup>, concepto que también genera un distanciamiento respecto del concepto tradicional y del lugar que entrega a la figura del matrimonio.

---

útil a este propósito. Por su parte, el Código Penal, en su artículo 411, señala que “*se entiende por familia todas las personas que tienen derecho a pedir alimentos al ofendido*”.

<sup>19</sup> Esta consideración no representó la intención de limitar la posibilidad del establecimiento de una ley de divorcio. De ello da cuenta la historia fidedigna de la ley, al consultarse por parte del Presidente de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile, previo a la aprobación del artículo 1° “*si habría inconveniente para aprobar la disposición, dejando constancia de que la Comisión no ha querido en forma alguna inmiscuirse en el problema de la indisolubilidad del matrimonio o intentar resolverlo*”. Actas de Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile, Sesión N° 191, Boletín Oficial. p. 30. Disponible en: [https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes\\_const\\_1980](https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980) Consultado el 2 de febrero de 2018.

<sup>20</sup> Figueroa, Gonzalo. *El Pacto de Convivencia. Una alternativa al pacto de Matrimonio*, en Estudios de Derecho Civil: Código y dogmática en el sesquicentenario de la promulgación del Código Civil, Santiago, Lexis Nexis, 2005, p. 431.

<sup>21</sup> Figueroa, Gonzalo. *op. cit.*, p. 432 – 433.

<sup>22</sup> Moscoso, Pía. *Sida y sus principales desafíos jurídicos en el Derecho de Familia chileno*, en Estudios de Derecho Civil: Código y dogmática en el sesquicentenario de la promulgación del Código Civil, Santiago, Lexis Nexis, 2005, p. 458.

El debilitamiento del rol preponderante del matrimonio como institución dentro del derecho de las familias ha sido entendido por parte de la doctrina como una señal de crisis<sup>23</sup>. Sin embargo, dicha situación no representa sino el debilitamiento de la concepción tradicional, observado en el hecho de que la familia matrimonial, monógama, patriarcal y biológica ha dejado de ser considerada el único modelo posible, para ser entendida sólo como un tipo de familia dentro de otras posibles, aceptables y merecedoras de protección y respeto<sup>24</sup>.

En definitiva, sostener que la LMC ha recogido el concepto moderno de familia resulta coherente con las exigencias que plantea al derecho la evolución social de nuestro país, que ha dejado en el pasado a la sociedad agrícola y doméstica que justificaba la regulación de una familia ligada exclusivamente al matrimonio<sup>25</sup>. Evidentemente, las modificaciones legales que se observan en nuestro ordenamiento hacia finales del siglo XX, reemplazan una visión normativa y unívoca de la familia por una visión más amplia y democrática, en la que los llamados a determinar su contenido son sus integrantes y no el legislador<sup>26</sup>. En consideración a ello, resulta más adecuado el concepto de *derecho de las familias* que el de *derecho de familia*, habida cuenta de los diversos modelos familiares, que son igualmente respetables y merecedores de protección<sup>27</sup>.

### 1.2.2. Principio de trascendencia individual.

El principio de trascendencia individual emana del artículo 2º de la LMC, que establece que “*La facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello*”. Así, el *ius connubii* representa un derecho fundamental de la persona humana<sup>28</sup>.

Este principio se ve reforzado por la acción popular para cautelar el ejercicio del *ius connubii*, consagrada por el inciso final del artículo 2º de la LMC, en cuanto dispone que “*El juez tomará, a petición de cualquier persona, todas las providencias que le parezcan convenientes para*

---

<sup>23</sup> En este sentido: Corral, Hernán. *El debilitamiento del matrimonio en el derecho de familia de los siglos XX – XXI*, en Revista de Derecho de Familia, vol. 3, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2011.

<sup>24</sup> Figueroa, Gonzalo. *op. cit.*, pp. 433 – 434.

<sup>25</sup> La doctrina llama la atención respecto de que, durante el siglo XX, se aprecia en Chile un aumento de las relaciones de convivencia entre hombre y mujer con ánimo de permanencia. De ahí se concluye que en la sociedad chilena coexisten no solo distintos tipos de familias –extensas, nucleares, monoparentales– sino también distintas maneras de formación de la misma –matrimoniales, no matrimoniales–. Ver: Barrientos, Javier y Novales, Aránzazu. *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*. Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2004, pp. 8 – 9; 22.

<sup>26</sup> Tapia, Mauricio (2005). *op. cit.*, p. 105.

<sup>27</sup> Tapia, Mauricio. *Del derecho de Familia al derecho de las Familias* en Estudios de Derecho Civil III, Santiago Editorial Legal Publishing, 2007, pp. 159 – 166. El autor se refiere al tema también en: Tapia, Mauricio. *Principios, reglas y sanciones del Derecho de las Familias*, en Responsabilidad y Familia (Coordinador Cristián Lepín), Santiago, Legal Publishing, 2014, p. 354.

<sup>28</sup> Isler, Erika. *Los principios en la Ley 19.947: Análisis y desarrollo*, en Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins, Santiago, 2009, p. 96.



*posibilitar el ejercicio legítimo de este derecho cuando, por acto de un particular o de una autoridad, sea negado o restringido arbitrariamente”.*

Conforme a lo indicado, a partir de la vigencia de la LMC se relativiza la exigencia de contar con la autorización de los ascendientes en el caso del matrimonio del menor de edad, contenida en el artículo 107 del CC, toda vez que, como señala el inciso final del artículo 2º de la LMC; no cabe negar o restringir arbitrariamente el ejercicio del *ius connubii*. De esta manera, la sanción de privación del cincuenta por ciento de los derechos hereditarios para el hijo menor de edad que contrae matrimonio sin autorización de sus ascendientes, establecida en los artículos 114 y 1208 del CC; procede solo en caso de que la negativa a la autorización haya sido debidamente fundamentada y que, pese a ello, aquel contraiga matrimonio<sup>29</sup>.

En definitiva, este principio refleja la preocupación del legislador por reconocer la primacía de la voluntad de la persona respecto de su decisión de contraer matrimonio.

### **1.2.3. Principio de protección.**

El principio de protección dice relación con el estatuto protector contenido en la LMC. De acuerdo a él, todos los conflictos relativos a las materias comprendidas en dicha ley, deben resolverse velando por el interés de los hijos y del cónyuge más débil.

Resulta más adecuado dar tratamiento separado a aquellos intereses como principios autónomos.

#### **1.2.3.1. Principio de protección del interés superior del niño.**

Cabe precisar que no existe en nuestro ordenamiento una definición de *interés superior del niño*<sup>30</sup>, no obstante, nuestro legislador lo ha consagrado como un principio de la LMC, al establecer en su artículo 3º inciso 1º que las materias de familia reguladas por la misma deben resolverse siempre protegiendo el interés superior de los hijos.

Sumado al mandato de orden general expuesto, la LMC obliga expresamente a velar por el interés superior del niño en los acuerdos que deben adoptar los cónyuges en el contexto de la separación judicial (artículo 27) y del divorcio solicitado conjuntamente (artículo 55). Asimismo, el artículo 85 de la LMC ordena al juez considerar especialmente el interés superior del niño y oír al

---

<sup>29</sup> Una revisión de este tema en: Tapia, Mauricio (2005). *op cit.* p. 123 - 132.

<sup>30</sup> Gómez de la Torre, Maricruz. *op. cit.*, p. 69

que esté en condiciones de formarse un juicio propio, en la tramitación de los juicios de nulidad, separación y divorcio.

El principio de protección del interés superior del niño es igualmente recogido en el artículo 222 del CC, el cual dispone que *“La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”*. Por su parte, el artículo 242 del mismo cuerpo normativo obliga al juez a tener una consideración primordial por el interés superior del niño al momento de adoptar sus resoluciones en los asuntos que versen sobre cuestiones relativas a los hijos.

En cuanto a la normativa internacional en la materia, resulta relevante el artículo 3° inciso 1° de la Convención de los Derechos del Niño de 1989<sup>31</sup> –ratificada por Chile al año siguiente–, el cual establece que *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

Ante la falta de una definición, el artículo citado en el párrafo anterior ha servido como orientación sobre las áreas de aplicación de este principio. En efecto, a partir de dicha norma, la doctrina ha concluido que el principio del interés superior del niño tiene una triple función: a) es una garantía para el niño, niña o adolescente; b) es una norma orientadora que obliga no solo a jueces y al legislador, sino que igualmente a instituciones públicas y privadas, sirviendo como mecanismo de interpretación y resolución de conflictos; y c) representa un límite para la autoridad y los padres en la toma de decisiones que afectan a los niños, niñas y adolescentes<sup>32</sup>.

#### 1.2.3.2. Principio de protección al cónyuge más débil.

El artículo 3° inciso 1° de la LMC dispone que, para resolver las cuestiones reguladas en la misma ley, se deberá cuidar siempre proteger el interés del cónyuge más débil.

Nuevamente, la LMC no ha explicitado que se comprende por *cónyuge más débil*. No obstante, parte de la doctrina ha estimado que debe entenderse por tal al cónyuge que se encuentra en una posición desmejorada desde el punto de vista económico, psíquico, emocional o fisiológico<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Cillero, Miguel. *El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño*, en Justicia y Derechos del Niño N° 1, Santiago, UNICEF, 1999, p. 53.

<sup>32</sup> Gómez de la Torre, Maricruz. *op. cit.*, p. 70.

<sup>33</sup> Rodríguez, Pablo. *op. cit.*, p. 11.

El principio de protección al cónyuge más débil recibe concreción en la LMC a través de los artículos 27 inciso 2°, 55 inciso 2° y 31 inciso 2°. En efecto, las normas citadas ordenan la presentación de un acuerdo completo y suficiente en los casos de solicitud conjunta de separación o de divorcio y permiten al juez revisar e incluso subsanar el acuerdo en caso de separación. Asimismo, una importante manifestación de este principio se observa en la incorporación de la compensación económica en la LMC, regulada a partir de su artículo 61. Resulta importante destacar que el legislador ha observado una especial preocupación en torno a aquella figura, estableciendo en el artículo 64 de la misma ley una obligación para el juez de informar al cónyuge su derecho a demandar la compensación económica cuando no la solicite en el respectivo juicio de nulidad o divorcio.

Cabe señalar que en consideración a las exigencias que plantea el principio de igualdad, algunos modelos comparados han preferido prescindir del principio de protección al cónyuge más débil. En estos ordenamientos cobra relevancia el principio de solidaridad como medio de resguardo ante las situaciones de desigualdad que pueden existir en la familia<sup>34</sup>.

#### **1.2.4. Principio de preservación de la vida en común.**

El principio de preservación de la vida en común es el resultado de la observancia de los principios de trascendencia social e individual<sup>35</sup> ya desarrollados y guarda relación con la subsistencia de la naturaleza indisoluble del matrimonio (artículo 102 del CC)<sup>36</sup>, con la identificación de este como la base principal de la familia (artículo 1° de la LMC) y con la concepción del *ius connubii* como un derecho fundamental (artículo 2° de la LMC).

La intención del legislador de velar por la preservación del matrimonio se materializa en el artículo 67 de la LMC, que establece la obligación que tiene el juez de llamar a conciliación a los cónyuges en los juicios de divorcio y separación, instándolos a mantener el vínculo conyugal, y en el artículo 69 de la misma ley, que faculta al juez para proponer bases para la conciliación. La

---

<sup>34</sup> Lepín, Cristián. *El principio de protección del cónyuge más débil en el moderno derecho de familia* en Revista Chilena de Derecho, vol. 40 N° 2, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2013, p. 520.

<sup>35</sup> Gómez de la Torre, Maricruz. *op. cit.*, pp. 64 – 67.

<sup>36</sup> Para algunos autores de esto se siguen consecuencias en relación con el régimen de terminación de la vida en común. En dicho sentido: Corral, Hernán. *Sentido y alcance de la definición de Matrimonio del artículo 102 del Código Civil, después de la introducción del divorcio vincular por la Ley 19.947, de 2004*, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 36 N° 1, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2009, pp. 51 – 76. El autor entiende que la separación debe preferir al divorcio, no procediendo este una vez decretada aquella por tener esta una naturaleza alternativa y no transicional. Corral, Hernán. *¿Puede ser la separación personal una alternativa al divorcio? Un análisis de la reciente ley chilena de matrimonio civil*, en Gaceta Jurídica N° 320, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2007.

concretización de la referida idea se expresa también a través de las normas de la LMC sobre mediación y de los plazos de cese de la convivencia que exige para el divorcio<sup>37</sup>.

#### **1.2.5. Principio de continuidad en el ejercicio de los derechos y deberes que nacen de la filiación.**

El principio de continuidad en el ejercicio de los derechos y deberes que nacen de la filiación tiene como consecuencia que, en el contexto de la ruptura conyugal, sea por nulidad, separación o divorcio, el juez debe conciliar su decisión con el ejercicio de los deberes y derechos provenientes de la filiación y con la subsistencia de la vida familiar (*supra* 1.2.1.).

Sin perjuicio de las dificultades que plantea este principio –toda vez que la ruptura conyugal supone en general cierto nivel de conflicto en la familia–, representa un mandato de relevancia, en la medida que expresa cómo el legislador ha reconocido que la vida familiar persiste con posterioridad a la ruptura conyugal.

#### **1.2.6. Principio de concentración y solución integral.**

Como reconocimiento al principio de concentración y solución integral, el legislador ha establecido que todos los conflictos que se susciten en el contexto de la vida familiar, cualquiera sea la causa, deben ser conocidos por un juez especialista y en un mismo procedimiento.

Los fundamentos de lo expuesto se encuentran en la economía procesal, en la necesidad de dar una solución integral a los conflictos de la familia y en la inconveniencia de que las partes concurren a distintos juicios, dado el desgaste emocional que generalmente conllevan, sumado a la necesidad de prevenir los daños que puede ocasionar la dispersión de las materias tratadas por la LMC y la consiguiente posibilidad de decisiones contradictorias<sup>38</sup>.

De tal manera, el principio de concentración y solución integral se ve reflejado en los artículos 21, 23, 24, 27, 31, 55 y 89 de la LMC y se encuentra en concordancia con los principios de acumulación necesaria, concentración y colaboración, establecidos en los artículos 11, 14 y 17, respectivamente, de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia (en adelante, “LTF”)<sup>39</sup>.

Sin perjuicio de los fines que se busca resguardar por medio de este principio, de su aplicación puede resultar una demora indebida en el otorgamiento del divorcio (*infra* 3.2.3.).

---

<sup>37</sup> Rodríguez, Pablo. *op. cit.*, pp. 11 – 12.

<sup>38</sup> Rodríguez, Pablo. *op. cit.*, p. 12.

<sup>39</sup> Un análisis desde la perspectiva procesal en: Jara, Eduardo. *Derecho Procesal de Familia. Principios formativos, reglas generales, procedimiento ordinario*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1° Edición, 2011, pp. 32 -33.

### **1.2.7. Principio de control jurisdiccional de los acuerdos adoptados por los cónyuges.**

En virtud del principio de control jurisdiccional de los acuerdos adoptados por los cónyuges, la LMC confiere al juez la facultad de revisar los acuerdos presentados por los cónyuges con ocasión de la ruptura conyugal (*supra* 1.2.3.). Dicha atribución se enmarca en las facultades de oficio que la LTF le otorga al juez de familia, ordenándole además resolver las cuestiones sometidas a su conocimiento conforme a la sana crítica (*infra* 3.2.3.).

### **1.2.8. Principio de término gradual de la relación matrimonial.**

La LMC establece un sistema gradual de término de la relación conyugal, principio que se concretiza a través de la exigencia del cese de la convivencia para el caso del divorcio remedio y la existencia de la separación judicial, que regula la situación de los cónyuges que han cesado en su vida en común sin disolver el matrimonio<sup>40</sup>.

Habiendo realizado la revisión de LMC en general, a través de la exposición y análisis de sus principios informadores, corresponde ahora referirse a la regulación del divorcio en nuestro país.

## **1.3. Consideraciones generales en torno a la regulación del divorcio en Chile.**

### **1.3.1. Situación previa a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil.**

La principal innovación de la LMC es la incorporación del divorcio con disolución de vínculo a nuestro ordenamiento<sup>41</sup>. Si bien la ley de matrimonio civil de 1884 contemplaba una institución denominada divorcio, esta representaba solo una manera de suspender la vida en común de los cónyuges<sup>42</sup>, similar a lo que ocurre hoy con la separación judicial<sup>43</sup>.

Ante la ausencia de un mecanismo de disolución del vínculo conyugal en nuestra legislación, se desarrolló la práctica de las *nulidades fraudulentas*<sup>44</sup>, consistente en terminar el matrimonio a través de la nulidad por la incompetencia del oficial del Servicio de Registro Civil e Identificación (en adelante, “RC”), que ejercía una competencia limitada al territorio. En este contexto, para que el

---

<sup>40</sup> Rodríguez, Pablo. *op. cit.*, p. 13.

<sup>41</sup> En esta línea, entre otros: Court, Eduardo. *Nueva Ley de Matrimonio Civil. Ley 19.947 de 2004. Analizada y Comentada*. Santiago, Editorial Legis, 2004, p. 1; Del Picó, Jorge (2010). *op. cit.*, p. 407; Ramos, René. *op. cit.*, p. 101. Illanes, Alejandra. *El divorcio (I). Sistema adoptado por la legislación chilena. Divorcio Sanción* en *El Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio* (Coordinador Álvaro Vidal), Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 161.

<sup>42</sup> Art. 19. *El divorcio no disuelve el matrimonio, sino que suspende la vida común de los cónyuges.*

Art. 20. *El divorcio es temporal o perpetuo. La duración del divorcio temporal no pasará de cinco años.*

<sup>43</sup> Court, Eduardo. *op. cit.* p. 80.

<sup>44</sup> Samtleben, Jürgen. *Matrimonio y divorcio en la Nueva Ley de Matrimonio Civil chilena* en *Revista de Derecho de Concepción*, N° 221 – 222, año LXXV (En – Dic, 2007), Concepción, 2007, p. 30.

matrimonio se anulara, bastaba que dos testigos afirmaran ante un tribunal que los cónyuges no residían en la circunscripción en que se desempeñaba el oficial ante el cual estos habían contraído el vínculo.

Sin perjuicio de que esta fórmula terminó siendo aceptada por los tribunales y la sociedad, el mecanismo era claramente fraudulento y provocaba un grave daño a las instituciones<sup>45</sup>. Adicionalmente, dejaba en completa desprotección y desregulación la situación de los miembros de la familia con posterioridad a la ruptura conyugal<sup>46</sup>.

### **1.3.2. Discusión a propósito del divorcio.**

#### **1.3.2.1. Discusión general respecto del divorcio.**

La incorporación del divorcio al derecho chileno no fue un asunto pacífico y su discusión se caracterizó por importantes debates basados en las distintas visiones filosóficas, religiosas, jurídicas y políticas sobre el tema.

Entre los argumentos en contra de la incorporación del divorcio vincular, tres se presentaban como los más reiterados<sup>47</sup>. En primer lugar, se sostenía que su sola incorporación representaría un atentado en contra de la familia, al privar al matrimonio de la indisolubilidad que le era connatural, situación que incentivaría las rupturas conyugales. En segundo lugar, se planteaba que la posibilidad de disolver el vínculo conyugal afectaría el interés de los hijos y su derecho a vivir en una familia unida por el matrimonio. Finalmente, se atribuía al divorcio un estigma de abuso y de falta de solidaridad, haciéndolo coincidente con el abandono de la familia por parte del cónyuge que lo solicita. Estos argumentos se sintetizaban en la idea de que la desprotección jurídica de la indisolubilidad del matrimonio atentaba contra la estabilidad de la familia, la que perdía importancia como institución de orden público frente a la primacía otorgada al ámbito de los derechos individuales<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> Ramos, René. *op. cit.* p. 103.

<sup>46</sup> Tapia, Mauricio (2005). *op. cit.* p. 108.

<sup>47</sup> No se considerarán para esta exposición aquellos argumentos que sostienen que el divorcio vincular aumenta las tasas de suicidio y de delincuencia juvenil, por carecer de base fáctica, en nuestra opinión. En esta línea: Ugarte, José. *¿Por qué una ley de civil de divorcio es injusta?*, en Matrimonio Civil y Divorcio, Cuadernos de extensión jurídica, Santiago, Universidad de Los Andes, 2005, pp. 195 – 217. Tampoco se considerarán aquellos relativos a la incompatibilidad de la institución con el derecho natural. En esta línea: Orrego, Cristóbal. *Criterios ético-jurídicos sobre la aplicabilidad de la ley de divorcio por parte de abogados y jueces: El Problema de la cooperación al mal.* en Matrimonio Civil y Divorcio, Cuadernos de extensión jurídica, Santiago, Universidad de Los Andes, 2005, pp. 219 – 238.

<sup>48</sup> Del Picó, Jorge (2010). *op. cit.* pp. 408 – 409.

Como respuesta a lo anterior, se ha planteado que no es el divorcio lo que destruye la vida matrimonial, sino más bien las desavenencias conyugales y las crisis no resueltas producidas con antelación a la ruptura. Conforme a ello, el divorcio representa una herramienta necesaria que el ordenamiento jurídico debe franquear a las parejas que no han tenido fortuna en su matrimonio, para que regularicen su situación de quiebre, toda vez que no puede obligarse a las personas a permanecer unidas por un estado civil que rechazan. La idea expresada encuentra aun mayor justificación si se considera que el fundamento de la tesis que niega la posibilidad de la disolución del vínculo matrimonial tiene un trasfondo religioso; circunstancia que iría en contra de la libertad religiosa garantizada en la CPR<sup>49</sup>. Similares reflexiones refutan los argumentos que dicen relación con la afectación del interés de los hijos, pues no resulta claro cómo la continuación forzada de un matrimonio en el que los padres se tienen rencor y odiosidad protege el interés de los menores de edad involucrados. Finalmente, en cuanto a la intención de estigmatizar al divorcio como una forma de abandono violenta y desprovista de solidaridad, corresponde indicar que es un desafío para el legislador establecer los mecanismos que propendan a una regulación justa y equilibrada de las relaciones futuras de la familia (*infra* 4.2.). En esta línea se encuentra el artículo 3° de la LMC.

#### 1.3.2.2. La familia protegida por el artículo 1° de la Constitución Política de la República.

Dicho lo anterior, corresponde detenerse en las apreciaciones doctrinarias que suscitó el contenido de la CPR en relación con la protección de la familia y la posibilidad de introducir el divorcio vincular en nuestro ordenamiento. El *quid* del asunto reside en si la protección que otorga la carta fundamental a la familia, a partir de su artículo 1°, está limitada a la familia matrimonial –y por ende, la introducción de una herramienta de disolución del vínculo conyugal representaría un atentado directo contra la familia–, o si abarca una comprensión más amplia.

Parte de la doctrina sostiene que el concepto de familia contenido en la CPR se refiere a aquella edificada sobre el matrimonio. Los argumentos que se esgrimen para esto son: a) que la CPR no precisa la referencia a la familia matrimonial por ser obvia; b) que los textos internacionales en ninguna parte hablan de la familia como una realidad abierta, sino que la tratan, en concordancia con la CPR, como una institución esencial fundada en la naturaleza humana y estrechamente ligada al matrimonio; y c) que estimar lo contrario sería absurdo, pues asignaría al Estado el deber de fortalecer y propender a las uniones de hecho<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Del Picó, Jorge (2010). *op. cit.*, p. 410.

<sup>50</sup> Corral, Hernán. *Familia y Derecho* en Colección Jurídica, Santiago, Universidad de Los Andes, 1994, pp. 29 – 30.

En sentido contrario, existen autores que plantean que el deber del Estado es dar protección tanto a la familia matrimonial como a la no matrimonial<sup>51</sup>. En esta línea se ofrece una interesante argumentación en base a los tratados internacionales, la cual señala que el texto del inciso 2° del artículo 1° de la CPR fue tomado de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuerpo normativo cuyo artículo 16 N° 3 dispone que “*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*”

De la simple lectura de la norma citada se advierte que el concepto de familia ha sido concebido con absoluta prescindencia de la celebración del matrimonio. Esta línea argumentativa se reafirma al considerar que dicha disposición debe ser entendida teniendo en cuenta los artículos 2° y 7° del mismo cuerpo normativo, que proscriben toda forma de discriminación. Conforme a lo apuntado, no corresponde que se entregue una protección de menor rango a quienes eligen una forma distinta al matrimonio para organizar su familia.

La idea expuesta se ratifica al examinar el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su N° 1 contempla una declaración del mismo tenor a la contenida en el artículo 16 N° 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos ya citado. Seguidamente, el mismo artículo 17, en su N° 5, contiene la declaración de igualdad de todos los hijos con independencia de si nacieron dentro o fuera del matrimonio, lo que hace evidente el hecho de que la familia que esta norma ordena proteger no se limita a la matrimonial<sup>52</sup>.

De tal manera, la forma más adecuada de entender la protección que debe otorgar el Estado a la familia a partir de la CPR es aquella que no la limita a la familia matrimonial, extendiéndola a un concepto más amplio. Así, el divorcio no atenta contra la familia al posibilitar la disolución del vínculo conyugal, sino que permite a sus miembros continuar sus vidas de la manera que consideran más adecuada una vez producida la ruptura del proyecto común.

#### 1.3.2.3. El derecho al divorcio y el derecho a un matrimonio indisoluble.

Resulta interesante revisar la postura de aquellos autores que sostienen que la exclusión de un matrimonio indisoluble –configurado a través de la renuncia anticipada a la acción de divorcio–, atentaría contra la concepción de la familia matrimonial. En efecto, quienes secundan esta idea consideran que el legislador habría vulnerado la libertad de las personas que creen que la vía para

---

<sup>51</sup> En este sentido: Figueroa, Gonzalo. *Persona, Pareja y Familia*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995, pp. 70 – 72.

<sup>52</sup> Peña, Carlos. *¿Hay razones constitucionales fuertes en favor de un estatuto igualitario?* en *Instituciones Modernas de Derecho Civil: Homenaje al Profesor Fernando Fueyo*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1996, pp. 154 – 157.



alcanzar la mayor realización personal es el matrimonio indisoluble. Desde ahí que estiman transgredidos los artículos 1° y 5°, inciso 5°, de la CPR<sup>53</sup>.

Para esta parte de la doctrina, debe rechazarse la idea de un derecho al divorcio, siendo necesario, para que el ordenamiento jurídico alcance coherencia, otorgar a los cónyuges la posibilidad de pactar al momento de celebración del matrimonio la renuncia al ejercicio de la acción para la terminación del vínculo conyugal. Para arribar a dicha conclusión se sostuvo que era contrario al principio de autonomía de la voluntad no permitirle a los contrayentes celebrar un matrimonio en el que se excluyera a priori la posibilidad de divorciarse<sup>54</sup>. A partir de esto, se planteó que la única manera de conciliar la introducción del divorcio a nuestro ordenamiento y la permanencia del carácter indisoluble del matrimonio, contenida en el artículo 102 del CC, era la inclusión de un estatuto doble de matrimonio, consistente en la existencia de un matrimonio con disolución de vínculo y uno sin disolución de vínculo<sup>55</sup>.

A los argumentos expuestos debe replicarse, en primer lugar, que nuestra legislación en ningún caso propende al divorcio; al contrario, la LMC otorga protección al matrimonio, cuestión que se ve expresada en las normas que ordenan al juez propiciar la reconciliación entre los cónyuges, en aquellas que establecen la existencia de instancias de conciliación y mediación<sup>56</sup> y en los estrictos requisitos para acceder al divorcio. Asimismo, debe tenerse en cuenta que el legislador, al regular la separación legal, ha establecido un mecanismo para las parejas que por convencimiento personal quieran mantener su vínculo matrimonial pese a la ruptura conyugal<sup>57</sup>.

Respecto de la posible limitación de la autonomía de la voluntad que supondría rechazar el pacto de renuncia a la acción de divorcio, corresponde indicar que tal comprensión es limitada y debe necesariamente contrastarse con una idea de la autonomía de la voluntad vinculada con el principio de la libre determinación de la personalidad, que se extrae del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos (*infra* 1.4.2. y 1.4.3.). Así considerada, la autonomía de la

---

<sup>53</sup> Barrientos, Javier y Novales, Aránzazu. *op. cit.*, pp. 356 -357

<sup>54</sup> Corral, Hernán. *Separación, nulidad y divorcio. Análisis desde los principios y las reglas de la Ley de Matrimonio Civil*. Santiago, Editorial Legal Publishing, 2011, p. 21. Guzmán, Alejandro. *El Derecho Privado Constitucional de Chile*. Valparaíso, Ediciones Universitarias, 2001, pp. 263-264.

<sup>55</sup> Corral, Hernán (2009). *op. cit.*, pp. 60 – 61.

<sup>56</sup> Del Picó, Jorge (2010). *op. cit.*, p. 97.

<sup>57</sup> Del Picó, Jorge. *La Ley de Matrimonio Civil de 2004: apuntes preliminares para una evaluación necesaria*, en Revista de Derecho de Familia, Vol. III, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2014, p. 90.

persona adopta aspectos más complejos y no resulta obvia la posibilidad de disponer sobre la disolubilidad del matrimonio al momento de su celebración y para toda la vida<sup>58</sup>.

Finalmente, en cuanto al argumento relativo a la definición del artículo 102 del CC, basta señalar que el legislador mantuvo la indisolubilidad del matrimonio como regla general, regulando el divorcio como una situación excepcional, sin que haya buscado establecer un régimen de matrimonio sin divorcio<sup>59</sup>.

### 1.3.3.El divorcio en la ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil. Definición y clasificaciones.

Como se ha indicado, con la dictación de la LMC se incorporó a nuestra legislación el divorcio con disolución de vínculo. A continuación, con el objeto de identificar las tipologías presentes en dicho cuerpo normativo, se revisarán brevemente el concepto de divorcio y sus clasificaciones.

#### 1.3.3.1. Definición de divorcio

Es preciso comenzar señalando que nuestro ordenamiento no contempla una definición de divorcio, limitándose a la identificación de sus consecuencias en el artículo 53 de la LMC.

No obstante, el término ha sido definido por la doctrina, que lo ha entendido como *“una causa de término del vínculo matrimonial, que tiene su origen en una declaración judicial, y que permite a los que un día fueron cónyuges, volver a contraer libremente un nuevo matrimonio, igualmente válido ante el Derecho que el anteriormente celebrado”*<sup>60</sup>. Lo propio ha hecho la jurisprudencia de nuestros tribunales, indicando la Corte Suprema que el divorcio es *“la causal de término del matrimonio válidamente celebrado, que declara el Juez, a petición de uno o ambos cónyuges, cumpliendo previamente los requisitos que lo autorizan, o en ciertos casos, transcurrido que sea el plazo establecido por la ley”*<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> Sobre este punto, Aída Kemelmajer ha expuesto lúcidamente los argumentos que llaman a rechazar la idea de un pacto de indisolubilidad del matrimonio. Kemelmajer, Aída. *La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino* en Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia: Una mirada crítica y contemporánea, Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2014, pp. 19 – 20.

<sup>59</sup> Historia de la Ley N°19.947. Biblioteca del Congreso Nacional, 2004, p. 633; Primer Informe de la Comisión de Constitución del Senado, p. 1991. Disponible en: [www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/606/4/HL19947.pdf](http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/606/4/HL19947.pdf) Consultado el 16 de diciembre de 2017.

<sup>60</sup> Del Picó, Jorge (2010). *op. cit.*, p. 404. Una definición levemente distinta plantea Juan Andrés Orrego, que estima que el divorcio es *“la causal de término del matrimonio válidamente celebrado, que declara el juez, a petición de uno o de ambos cónyuges, cumpliendo previamente los requisitos que lo autorizan y en ciertos casos, transcurrido que sea el plazo previsto en la ley”*. Orrego, Juan. *Temas de Derecho de Familia*. Santiago, Editorial Metropolitana, 2007, p. 304. Para una enumeración de los efectos del divorcio, ver: Ramos, René. *op. cit.*, pp. 114 – 115.

<sup>61</sup> Corte Suprema, 30 de enero de 2007, Rol N° 96 – 2007.

### 1.3.3.2. Clasificaciones generales del divorcio

Para entender la forma de la regulación del divorcio en la LMC, es necesario dar cuenta de una primera clasificación que distingue entre divorcio sin expresión de causa y con expresión de causa<sup>62</sup>. En el primer caso, para terminar el matrimonio es suficiente la sola voluntad de divorciarse, traducida en la solicitud de uno o ambos cónyuges, sin que sea necesario invocar ni acreditar motivo alguno; en el segundo, se exige explicitar y probar la razón que justifica la disolución del vínculo conyugal. La LMC adoptó este último sistema<sup>63</sup>.

Hecho lo anterior, corresponde referirse a la clasificación más usual, que distingue entre divorcio por culpa o sanción, divorcio consensual y divorcio por cese de la convivencia o remedio<sup>64</sup>.

El divorcio sanción responde a la concepción del divorcio basado en la realización, por uno de los cónyuges, de un acto que atente contra de los deberes conyugales o en contra de la familia<sup>65</sup>, lo que faculta al otro para solicitar la terminación del vínculo matrimonial.

Por su parte, el divorcio consensual es aquel que permite a los cónyuges la posibilidad de arribar al divorcio por mutuo acuerdo. Las formas que adopta varían en cuanto a la exigencia de declaración judicial; en algunos países la gestión es necesaria<sup>66</sup>, mientras que en otros los cónyuges pueden actuar como partes de un contrato, dispensándoseles de la intervención de los tribunales de justicia<sup>67</sup>.

Finalmente, el divorcio remedio es aquel que descansa en la idea de una vida en común que se ha vuelto intolerable, esto es, sobre una ruptura conyugal ya producida y constatada a partir del hecho objetivo del cese de la convivencia<sup>68</sup>. La referida figura opera sin necesidad de esgrimir las causas subjetivas que provocaron la separación de los cónyuges.

De la revisión de los artículos 53 y siguientes de la LMC, en los que se contiene la regulación del divorcio, es posible concluir la existencia de un régimen de divorcio causado bajo las modalidades de divorcio por culpa y divorcio remedio. Ahora bien, en cuanto al divorcio consensual, parece más adecuado rechazar su existencia en nuestro ordenamiento, pues pese a contemplarse la posibilidad de

---

<sup>62</sup> Mizrahi, Mauricio (2001). *op. cit.* p. 192.

<sup>63</sup> Del Picó, Jorge (2010). *op. cit.* p. 406.

<sup>64</sup> Barrientos, Javier y Novales, Aránzazu. *op. cit.* p. 358.

<sup>65</sup> Del Picó, Jorge (2010). *op. cit.* p. 406.

<sup>66</sup> En este sentido: Barrientos, Javier y Novales, Aránzazu. *op. cit.* p. 359.

<sup>67</sup> En este sentido: Del Picó, Jorge (2010). *op. cit.* p. 406.

<sup>68</sup> Luis Diez-Picazo y Antonio Gullón han llamado a este divorcio “divorcio por frustración”. Diez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*. Madrid, Editorial Tecnos, décima edición, 2006, p. 105.

que los cónyuges soliciten conjuntamente la terminación del matrimonio –en cuyo caso el plazo de cese de la convivencia se reduce en relación con el divorcio remedio unilateral–, es el cese de la convivencia el elemento fundamental para el otorgamiento del divorcio, no bastando la sola voluntad de los cónyuges<sup>69</sup>. Esta idea es coherente con la historia fidedigna de la ley, al señalarse durante la tramitación del respectivo proyecto en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado que “*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, 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*”<sup>70</sup>.

En resumen, nuestro sistema es uno de divorcio con expresión de causa, dentro del cual se incluye el divorcio por culpa y el divorcio remedio como mecanismos de terminación del vínculo matrimonial. Se abordará la regulación específica de dichas modalidades al momento de realizar las respectivas críticas.

#### **1.4. Elementos para una crítica a la regulación del divorcio.**

Para finalizar este capítulo, corresponde realizar una aproximación a los elementos que permitirán elaborar la crítica a la regulación del divorcio que se expondrá en los capítulos II y III. Los mismos servirán como parámetro para evaluar las formas de divorcio que se consideran más adecuadas, según se revisará en el capítulo IV.

##### **1.4.1. Contractualización del derecho de las familias.**

Un primer enfoque que debe revisarse es el que se ha denominado *contractualización del derecho de las familias*. Con esta idea se da cuenta de la ampliación del principio de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la regulación de la familia<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> Esta posición es sostenida, entre otros, por: Court, Mauricio. *op. cit.* p. 83; Del Picó, Jorge (2010). *op. cit.* p. 428; Tapia, Mauricio (2005). *op. cit.* pp. 405. Esto difiere de lo que ocurre desde hace tiempo en legislaciones de Europa del Este y Japón, donde se ha dado temprana recepción al divorcio consensual. Ver: Ramírez, Mario. *Comentarios sobre el Proyecto de Ley de Matrimonio Civil* en Nuevas Tendencias del Derecho (Coord. María Martinic), Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2004, p. 58. O más recientemente, en legislaciones de nuestra región, como Ecuador, Brasil y Argentina. Con todo, y como sostienen Barrientos y Novales, lo anterior no quiere decir que se le deba restar toda importancia a la voluntad común de las partes. Esta, en efecto, tiene relevancia respecto de la acción y además influirá en el tiempo de cese de convivencia efectivo exigido. Barrientos, Javier y Novales, Aránzazu. *op. cit.* p. 382. La insuficiencia de la sola voluntad de los cónyuges, es reafirmada por nuestros Tribunales Superiores de Justicia. Ver: Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de junio de 2006, Rol N° 3590 – 2006; Corte Suprema, Cuarta Sala, 25 de octubre de 2019, Rol N° 5827 – 2009.

<sup>70</sup> Boletín N°1759-28 de 9 de julio de 2003. Citado en: Pardo de Carvallo, Inés. *El Divorcio (II). Divorcio de común acuerdo. Divorcio unilateral. Acción de divorcio. Efectos*, en El Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio (Coordinador Álvaro Vidal), Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 180.

<sup>71</sup> Parte de la doctrina ha entendido que el principio de mínima intervención del Estado está vinculado al tema de la extensión de la autonomía de la voluntad en el derecho de las familias, así como a la influencia de los derechos fundamentales. Este

Ahora bien, no resulta acertado extender, sin más, los principios y reglas del derecho civil patrimonial al derecho de las familias, principalmente porque este atiende a relaciones que presentan singularidades importantes que no existen en aquel, como son la vinculación afectiva o biológica. Mientras los intercambios económicos persiguen el provecho individual, las relaciones familiares se caracterizan por sus vínculos de cooperación y colaboración<sup>72</sup>.

Dicho lo anterior, la contractualización del derecho de las familias representa una orientación que propone otorgar una mayor importancia a la que tradicionalmente se da a los acuerdos de voluntades en esta área del derecho<sup>73</sup>. En tal sentido, es posible observar una tendencia a renunciar a la definición de un modelo de familia y, junto con esto, el reconocimiento de una creciente libertad a sus integrantes para seguir sus propias inclinaciones<sup>74</sup>. Con todo, lo anterior no involucra desconocer que en el interior del grupo familiar existen relaciones de desigualdad, lo que exige establecer mecanismos que permitan verificar que el despliegue de la autonomía o autorregulación no genere perjuicios para aquellos de sus miembros que se encuentran en posiciones menos favorecidas<sup>75</sup>.

#### **1.4.2. Constitucionalización del derecho de las familias.**

Vinculado al tema de la extensión de la autonomía de la voluntad se encuentra el proceso de *constitucionalización del derecho de las familias*. Esta noción se refiere al hecho de que los derechos fundamentales regulados en el derecho constitucional se convierten en elementos relevantes a la hora de evaluar las normas que reglamentan la vida familiar y, conforme a ello, los catálogos de derechos ya no son entendidos solo como limitaciones al ejercicio del poder estatal, sino que sirven también para analizar las relaciones que se dan entre privados.

Este proceso ha contribuido a integrar al derecho de las familias lógicas distintas a las que tradicionalmente orientaban el trabajo de la disciplina. La relevancia de dicha evolución se observa

---

principio, de escaso desarrollo en nuestra doctrina, se entiende como la proscripción de la intervención del Estado en la familia contra la voluntad de sus miembros, salvo casos de excepcional gravedad. Si bien el Estado tiene la obligación de desarrollar planes de protección e intervención, estos solo deben desplegarse en los casos en que la familia no pueda resolver por sí misma las situaciones complejas que atravesase –los casos típicos son la violencia intrafamiliar y la vulneración de los derechos de niños, niñas o adolescentes–. En este sentido: Pinochet, Ruperto. *El principio de mínima intervención del Estado en los asuntos familiares en los sistemas normativos chilenos y español*, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XLIV, Valparaíso, 1º semestre de 2015, pp. 69 – 96; Lepín, Cristián. *Los nuevos principios del derecho de familia*, en Revista Chilena de Derecho Privado, N° 23, Santiago, Fundación Fernando Fueyo, 2014, pp. 47 – 49. Este principio no será usado como uno de los elementos centrales en la crítica a la regulación del divorcio en nuestro país, en atención a que su elaboración se vincula con la limitación en el despliegue de acciones por parte del Estado. Ejemplo de ello es la aplicación o no de una medida de internación de un menor de edad, siendo esta una medida de excepcionalidad según el principio de mínima intervención del Estado.

<sup>72</sup> Tapia, Mauricio (2014). *op. cit.*, pp. 356 – 357.

<sup>73</sup> Kemelmajer, Aída. *op. cit.*, pp. 5 – 6. Como indica la autora, la terminología para referirse a este fenómeno no es unívoca. Se ha conceptualizado también como “auto-regulación” o “poder de los cónyuges de regular autónomamente sus intereses”.

<sup>74</sup> Kemelmajer, Aída. *op. cit.*, p. 16.

<sup>75</sup> Kemelmajer, Aída. *op. cit.*, p. 43.

en el hecho de que las constituciones de los países de nuestro continente han ido paulatinamente incorporando disposiciones sustantivas que se ocupan de regular el rol de la familia, las relaciones entre sus miembros y la vinculación entre la familia y la sociedad civil<sup>76</sup>.

Lo anterior ha significado un cambio en las técnicas de protección hacia la familia, que se ha materializado a través de los siguientes fenómenos: a) el distanciamiento entre los conceptos de matrimonio y familia; b) el desmantelamiento del modelo canónico patriarcal; y c) la liberalización del divorcio. Esto último se traduce en una consideración marginal a la inclusión de causales subjetivas para la disolución del vínculo conyugal y en un robustecimiento del derecho al divorcio sobre la base de la voluntad individual<sup>77</sup>.

### **1.4.3. Incorporación de los Derechos Humanos al derecho de las familias.**

Íntimamente relacionado con lo descrito en el punto anterior se encuentra el tema de la incorporación al derecho de las familias de elementos propios del derecho internacional de los derechos humanos. Esta rama de la disciplina jurídica fue considerada inicialmente como exclusiva del derecho público, en cuanto se entendía que solo le resultaba exigible al Estado como límite en su accionar; sin embargo, con el tiempo comenzó a extenderse a todas las ramas del derecho, adoptando un rol inspirador en la creación, no creación e interpretación de normas<sup>78</sup>. En esta línea, en el marco de los Estados democráticos de derecho, los principios que deben tenerse en cuenta en relación con el derecho de las familias son el respeto a la diversidad, la igualdad y no discriminación, el derecho a la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad<sup>79</sup>.

Especial relevancia tiene el último de los principios mencionados: el principio de libre desarrollo de la personalidad. El derecho de las familias debe proteger la libertad de los cónyuges considerados individualmente y no solo propender a su acuerdo. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado respecto de este principio que *“el concepto de libertad y la posibilidad de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan*

---

<sup>76</sup> Zúniga, Yanira y Turner, Susan. *Sistematización comparativa de la regulación de la familia en las Constituciones Latinoamericanas*, en Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 20 – N° 2, Antofagasta, 2013, pp. 271 – 272.

<sup>77</sup> Zúniga, Yanira y Turner, Susan. *op. cit.*, p. 278.

<sup>78</sup> Hernández, Gabriel. *Familia y Derechos Humanos en el ordenamiento chileno*, en Revista de Derecho de Familia, Vol. III, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2016, p. 14.

<sup>79</sup> Hernández, Gabriel. *Ética y derecho de familia en el Estado Democrático de Derecho*, en Revista del Magister y Doctorado en Derecho, N° 2, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2008, pp. 43 – 44.

*sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana*”<sup>80</sup>.

Corresponde señalar que la LMC presenta tensiones a la vista de los elementos que se han expuesto<sup>81</sup>. Los próximos capítulos se destinan a poner en relieve dichas tensiones en el ámbito de la regulación del divorcio.

---

<sup>80</sup> Artavia Murillo contra Costa Rica, 28 de noviembre de 2012, [Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=235](http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235)], consultado el 22 de septiembre de 2018.

<sup>81</sup> Una revisión general de estas tensiones en: Nash, Claudio y Núñez, Constanza. *Ley de Matrimonio Civil y Derechos Humanos: Una década después*, en Revista de Derecho y Familia, Vol. N° 3, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2014, pp. 51 – 81.





## **2. CRÍTICAS A LA REGULACIÓN DEL DIVORCIO SANCIÓN EN LA LEY N° 19.947 SOBRE MATRIMONIO CIVIL.**

Como se ha señalado y en coherencia con su carácter de ley de transacción (*supra* 1.2.), la LMC ha dado recepción tanto al divorcio sanción como al divorcio remedio<sup>82</sup>, sin perjuicio de que estos sistemas representan formas opuestas de regular las rupturas conyugales<sup>83</sup>. Se dedicará este capítulo a revisar la forma en que se ha normado el divorcio sanción en nuestro ordenamiento, las posiciones doctrinales en torno a este régimen y las críticas que pueden formularse a dicha regulación.

### **2.1. Concepto de divorcio sanción y discusión en torno a su inclusión en nuestro ordenamiento.**

En el sistema de divorcio sanción, el divorcio representa un reproche del cónyuge diligente en contra del que se ha distanciado gravemente del cumplimiento de sus deberes matrimoniales o para con los hijos.

Parte de la doctrina defiende la inclusión del divorcio sanción como mecanismo de disolución del matrimonio, sosteniendo los siguientes argumentos: a) permite proteger al cónyuge inocente y entregarle la posibilidad de sentir que se ha hecho justicia al declararse que fue el otro el que tuvo un comportamiento reprochable, lo que resulta importante en el plano psicológico; b) permite que el cónyuge culpable no se aproveche de su propia culpa, demandando el divorcio remedio; c) exime al cónyuge afectado de esperar los plazos exigidos para el divorcio remedio; d) otorga mayor consistencia jurídica a los deberes matrimoniales<sup>84</sup>.

Con todo, la posición expuesta resulta controvertible. En primer término, pues la protección que debe entregar el ordenamiento jurídico a los cónyuges dice relación con velar para que el término del matrimonio no les genere condiciones negativas hacia el futuro, y no con poner a su disposición un divorcio en el que, además de haber vivido circunstancias complejas, tengan que esgrimir las y probarlas, con la consecuente exposición que ello supone. En segundo término, es cuestionable el beneficio de buscar la recuperación psicológica del cónyuge que pasó por una ruptura matrimonial atribuyendo la culpa de la situación al otro. Como se verá (*infra* 2.3.1.1.), dicha conducta solo trae consecuencias negativas para la familia.

---

<sup>82</sup> Pese a las críticas que durante la tramitación del proyecto recibiera la incorporación del divorcio sanción. Para Jorge del Picó, dicha situación se justifica por la búsqueda de superar dificultades para la aprobación parlamentaria de la LMC. Del Picó, Jorge (2010). *op. cit.*, p. 417.

<sup>83</sup> Ramos Pazo, René. *op. cit.*, p. 105.

<sup>84</sup> Corral, Hernán (2011). *op. cit.*, pp. 209 – 210.

Seguidamente, tampoco resulta acertado sostener que una forma objetiva de divorcio representa una manera de evadir culpas. Por el contrario, ella contribuye a que, en situaciones en que no se observan faltas de la entidad que supone el divorcio sanción, los cónyuges puedan igualmente acceder al divorcio. Con todo, cabe precisar desde ya que la idea de culpabilidad en el divorcio resulta inadecuada para dar cuenta de la realidad de las rupturas matrimoniales (*infra* 2.3.1.2.),

Respecto del argumento de permitir al cónyuge afectado soslayar el plazo del divorcio remedio, parece un despropósito presentarlo como un beneficio pues supone que, si una persona quiere divorciarse, debe mirar como un favor el que la ruptura se haya producido por una violación grave de los deberes matrimoniales, ya que esto le permitirá gestionar el trámite con mayor celeridad. Es paradójico instar a que el cónyuge considere como un bien el hecho de haber atravesado situaciones de especial gravedad en su relación matrimonial. Sumado a esto, como se revisará (*infra* 3.2.1.), la exigencia de un plazo para el divorcio remedio es criticable, lo que hace desaparecer este supuesto carácter beneficioso del divorcio sanción.

Por último, en cuanto a la necesidad de dar mayor consistencia a los deberes matrimoniales, debe puntualizarse que la evolución del concepto de familia ha puesto énfasis en la característica esencialmente moral de aquellos, lo que llama a desestimar la intención de elevarlos a obligaciones cuyo incumplimiento acarrea consecuencias jurídicas<sup>85</sup>. En efecto, los deberes conyugales tienen una juridicidad restringida y prima en ellos la faceta moral por sobre la jurídica<sup>86</sup>.

## **2.2. El divorcio sanción en la ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil.**

La regulación del divorcio sanción se encuentra contenida en el artículo 54 de la LMC, norma que contempla una causal subjetiva genérica –artículo 54 inciso 1° de la LMC– y una serie de hipótesis específicas, que explicitan circunstancias en las que se entiende que se ha incurrido en dicha causal genérica –artículo 54 inciso 2° de la LMC–.

En efecto, el inciso 1° del artículo 54 dispone que:

*“El divorcio podrá ser demandando 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*

---

<sup>85</sup> En esta línea. Barros, Enrique. *La Ley Civil ante las Ruptura Matrimoniales* en Estudios Públicos, N° 85, Santiago, verano de 2002, pp. 7 – 8; Herrera, Marisa. *El lugar de la Justicia en la ruptura matrimonial según la legislación que se acerca. Bases para leer el régimen de divorcio incausado*, en Derecho de las familias, Infancia y Adolescencia: Una mirada crítica y contemporánea, Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2014, pp. 295 – 297.

<sup>86</sup> Hernández, Gabriel. *Las consecuencias de la infracción de deberes matrimoniales no dan lugar a indemnización*, en Revista Chilena de Derecho Privado, N° 27, Santiago, Fundación Fernando Fueyo, 2016, pp. 103 – 104.

*matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común”.*

Para que el divorcio sea otorgado por esta causal, se requiere la concurrencia copulativa de tres elementos: a) una falta imputable al otro cónyuge; b) que la falta constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones que se tienen con los hijos; y c) que la falta grave torne intolerable la vida en común, por lo que el divorcio podrá decretarse solamente cuando la ruptura sea definitiva e irreversible<sup>87</sup>.

Por su parte, el inciso 2º del artículo 54 de la LMC, que contiene las hipótesis específicas de divorcio sanción, establece lo siguiente:

*“Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos:*

*1º. - Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos;*

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

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

*4º.- Conducta homosexual;*

*5º.- Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos, y;*

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

Lo relevante de la enumeración citada es que las causales en ella contenidas constituyen ejemplos entregados por el propio legislador en los que se presume que se han cumplido las exigencias de la causal genérica<sup>88</sup>. No obstante, cada una contempla requisitos en cuanto a la acreditación de su

---

<sup>87</sup> Court, Eduardo. *op. cit.*, p. 82.

<sup>88</sup> En este sentido: Court, Eduardo. *op. cit.*, p. 83; Del Picó, Jorge (2010). *op. cit.*, p. 419.

ocurrencia, que emanan de su contenido y extensión y que aparecen más o menos claros del tenor de su redacción<sup>89</sup>.

Las causales para demandar el divorcio han sido clasificadas por la doctrina según su contenido y naturaleza. Así, se reconocen causas criminológicas, caracterizadas por conductas constitutivas de eventuales delitos, como son las de los números 1, 3 y 6 del inciso 2° del artículo 54 de la LMC; se distinguen también causas culposas, esto es, que comprenden comportamientos que se distancian de un patrón de conducta debido en el marco de la relación conyugal, como son las comprendidas en el número 2 de la misma norma; y finalmente, se aprecian causas que apuntan a condiciones biológicas, físicas o psicológicas de los cónyuges, comprendidas en los números 4 y 5 del artículo revisado. Se advierte así el carácter punitivo de la comprensión del divorcio en esta tipología<sup>90</sup>.

### **2.3. Críticas al divorcio sanción.**

Conforme a lo expuesto, corresponde realizar el examen de las críticas al divorcio sanción, las que serán organizadas según se trate de juicios dirigidos a dicha modalidad considerada en general, o bien, sean planteados respecto de una causal específica.

#### **2.3.1. Críticas generales.**

Regular el divorcio sobre el supuesto de la culpabilidad de uno de los cónyuges es una materia que ha dado lugar a un fecundo debate. En este contexto, el divorcio sanción concebido como modalidad, puede ser sujeto de importantes críticas generales, las cuales serán planteadas indistintamente, ya respecto de la causal genérica, ya respecto de cada una de las causales específicas contempladas en el artículo 54 de la LMC.

##### **2.3.1.1. Las consecuencias negativas del divorcio sanción para el grupo familiar.**

Una primera crítica dice relación con las consecuencias negativas que provoca la realización de un juicio en el que se expondrán públicamente hechos de la intimidad familiar. Respecto de esto, la doctrina ha sostenido que el divorcio fundado en causales subjetivas transforma el juicio en una guerra entre los cónyuges, teniendo como consecuencia efectos nocivos para la familia<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> Para una revisión pormenorizada de las exigencias de cada hipótesis, ver: Barrientos, Javier y Novales, Aránzazu. *op. cit.*, pp. 368 – 380. Una revisión del contenido material en: Del Picó, Jorge (2010). *op. cit.*, pp. 420 – 426.

<sup>90</sup> Court, Eduardo. *op. cit.* pp. 83 – 87; Troncoso, Hernán. *Derecho de Familia*. Santiago, Editorial Thomson Reuters, decimoquinta edición actualizada, 2014, pp. 87 – 88.

<sup>91</sup> Del Picó (2010). *op. cit.*, p. 418; *Primer informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento*. Segundo trámite constitución – Senado, pp. 669 – 671. Boletín N° 1759-18. [Disponible en: <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>]. Consultado el 22 de diciembre de 2017.

Entre las razones para sostener dicho argumento se señala, por una parte, la alta probabilidad de que la sentencia de divorcio adolezca de arbitrariedad, dadas las dificultades que enfrenta el juez para conocer con exactitud la realidad matrimonial; por otra parte, se enfatiza en el hecho de que el divorcio sanción contamina aun más la relación entre los ex cónyuges que atravesaron una crisis familiar.

El carácter perjudicial de esta modalidad de divorcio resulta especialmente complejo en aquellas legislaciones en las que la determinación de un culpable repercute en la pérdida o en la disminución de derechos, como pasa en nuestro ordenamiento en relación con la compensación económica. En tanto exista un incentivo para atribuir culpabilidad y un interés del acusado por defenderse imputando al otro cónyuge conductas igualmente sancionables, el procedimiento tenderá a convertirse en fuente de un nuevo conflicto entre ambos cónyuges. A las anteriores circunstancias se agrega la vulneración a la intimidad de la pareja, al dedicarse el juez a indagar en los motivos de índole personal que llevaron a la ruptura.

Adicionalmente, la nociva interacción procesal de los cónyuges involucra a los hijos, que se ven seriamente afectados por el elevado nivel de conflictividad parental y por la divulgación de las causales del divorcio. Como es natural, esto atenta en contra de la continuidad de la relación coparental, al eliminarse las bases de una adecuada relación de cooperación entre los ex cónyuges<sup>92</sup>.

Para las críticas planteadas se tienen como antecedentes relevantes los principios de reconocimiento de la autonomía personal –cada persona tiene derecho a elegir su plan de vida y no puede ser obligada a continuar en un matrimonio que no quiere mantener–, el de dignidad de la persona, el de intimidad y el de protección de los hijos y del cónyuge más débil<sup>93</sup>.

Finalmente, y conforme a lo expuesto, corresponde resaltar la relevancia de las consecuencias negativas que ocasiona el regular la disolución del matrimonio bajo la modalidad de divorcio sanción, toda vez que el legislador, a partir del inciso final del artículo 3º de la LMC, ha ordenado al juez resolver las cuestiones relativas al divorcio conciliándolas con la subsistencia de una vida familiar compatible con la ruptura. Es apreciable la contradicción en la que ha caído el legislador, en cuanto le impone al juez una actitud conciliadora con el objeto de resguardar la vida familiar posterior a la terminación del matrimonio, al mismo tiempo que establece un mecanismo de divorcio que, en concreto, supone la atribución de actitudes culposas entre los cónyuges, dificultando en consecuencia enormemente el mandato impuesto. En definitiva, cuesta imaginar una vida familiar armónica luego

---

<sup>92</sup> Mizrahi, Mauricio (2001). *op. cit.*, pp. 199 – 201.

<sup>93</sup> *Primer informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. op. cit.*, pp. 668 – 669.

de un proceso de divorcio sanción, en el que cada cónyuge estará dedicado a ventilar las faltas o deslices del otro.

### 2.3.1.2. El problema de la culpa.

Parte de la doctrina ha llamado la atención a propósito de lo complejo que resulta atribuir la culpa del quiebre matrimonial a uno de los cónyuges<sup>94</sup>.

Esta consideración no estuvo ausente en la discusión legislativa de la LMC. En dicho contexto, se indicó lo poco recomendable del establecimiento de causales de divorcio fundadas en la culpa, en cuanto involucran encargar al juez la inabordable tarea de juzgar la intimidad y las responsabilidades recíprocas de cada uno de los cónyuges<sup>95</sup>.

Corresponde indicar que la realidad de la familia está representada por una dinámica que atraviesa distintas fases, construidas tanto por las relaciones colectivas como por los cambios personales que vive cada uno de sus miembros. En efecto, la familia es una estructura sujeta a profundos cambios y sometida a importantes riesgos<sup>96</sup>, los que en ocasiones se traducen en el surgimiento de crisis, que cuando se afianzan en el tiempo, derivan en la ruptura entre los cónyuges.

Considerada la dinámica familiar, es notorio que la noción de culpabilidad pierde fuerza, en la medida de que la interacción de los cónyuges configura un contexto en que su relación se alimenta y retroalimenta constantemente. De esta manera, resulta en extremo complejo ubicar el hecho específico que gatilló la crisis conyugal conducente a la ruptura<sup>97</sup> y, por ende, atribuir la culpa de la misma a uno de los cónyuges, en tanto la relación matrimonial está constituida por un número indeterminado de hechos, respecto de los cuales ambos cónyuges son responsables<sup>98</sup>. Así, y como ha indicado la doctrina, la determinación de un único culpable en el divorcio es siempre falsa<sup>99</sup>.

---

<sup>94</sup> Del Picó, Jorge (2010). *op. cit.*, p. 417; Tapia, Mauricio. *Nulidad y divorcio en el proyecto de nueva Ley de Matrimonio civil*, en Revista Estudios Públicos, n°86 (otoño), Santiago, 2002, pp. 233 – 239.

<sup>95</sup> *Primer informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento*. Segundo trámite constitución – Senado. *op. cit.*, p. 171.

<sup>96</sup> Herrera, Marisa. *op. cit.*, p. 278.

<sup>97</sup> Mizrahi, Mauricio (2001). *op. cit.*, 196 – 197.

<sup>98</sup> Herrera, Marisa. *op. cit.*, p. 279.

<sup>99</sup> Mizrahi, Mauricio. *op. cit.*, p. 198.

Sumado a lo anterior, es necesario mencionar que existe un problema serio de dificultad probatoria para los cónyuges, que se origina en la naturaleza y forma en que se despliegan los incumplimientos que se reprochan en el contexto del divorcio sanción<sup>100</sup>.

Los problemas indicados derivan en una alta probabilidad de que el juez arribe a sentencias que afecten los principios de justicia y equidad. La improbable determinación, con un grado razonable de certeza, de un único responsable del fracaso conyugal, repercutirá en una sentencia probablemente arbitraria<sup>101</sup>.

La complejidad que presenta la culpa como criterio de imputación para el divorcio ha sido también explicitada por la jurisprudencia, señalando la Corte de Apelaciones de Santiago, en una sentencia de un juicio de divorcio por culpa, que la prueba aportada no era suficiente para dar por establecida la causal invocada, al no ser posible determinar si los eventos de violencia que se habían hecho constar en el juicio eran de exclusiva responsabilidad del cónyuge demandado, o si este a su vez fue víctima igualmente de maltrato físico y psicológico o de algún otro incumplimiento de los deberes conyugales. El tribunal concluyó que el matrimonio atravesó una crisis severa, en la que se sucedieron actos de violencia; pero que no fue posible discernir cuáles eran las causas que dieron lugar a dicho conflicto y si fue provocado por un único cónyuge<sup>102</sup>.

Un último asunto a considerar en relación con la culpa de la ruptura conyugal, dice relación con el nivel de diligencia exigible a los cónyuges para poder discernir la desviación entre la conducta desplegada y la debida. En este punto se ha discutido sobre la abstracción con que se debe construir el patrón de conducta del cónyuge o si, por el contrario, se debe producir uno concreto y definido que considere las particularidades de cada sujeto, sus características personales y sus creencias. Del mismo modo, hay discusión en torno a si debe responderse de un estándar mayor o menor de diligencia<sup>103</sup>.

Corresponde señalar que resulta concluyente que nuestro legislador ha estimado que el cónyuge culpable responde solamente de aquellos actos que se distancien gravemente de los deberes conyugales, lo que se aprecia a partir del tenor de los artículos 26 y 54 de la LMC, que hablan de *violación grave* y de *transgresión grave y reiterada*, respectivamente. En tal sentido se ha pronunciado la doctrina, indicándose que no siempre procede el divorcio –ni la separación judicial–

---

<sup>100</sup> Un análisis de la especial dificultad que reviste la prueba de la infidelidad en: Hunter, Iván. *La prueba de la infidelidad en el divorcio culposo: un caso de dificultad probatoria explicada con un caso real*, en Revista de Derecho de Familia, Vol. III, N° 7, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2015, pp. 83 – 108.

<sup>101</sup> Mizrahi, Mauricio (2001). *op. cit.* p. 196.

<sup>102</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de julio de 2010, Rol N° 36 – 2010.

<sup>103</sup> Otarola, Yasna. *op. cit.* p. 104 – 105.

por infracción a los deberes conyugales. En efecto, el ordenamiento jurídico ha estimado jurídicamente irrelevantes algunas infracciones contra aquellos, dejando entregado el asunto a la voluntad y a la moral de los cónyuges<sup>104</sup>.

#### 2.3.1.3. El atentado en contra de la dignidad y la privacidad.

El divorcio sanción es contrario a la dignidad humana y atenta en contra de la intimidad de los cónyuges. La precedente afirmación se justifica al considerar que las sanciones que emanan de la culpa solo formalmente encuentran fundamento en el incumplimiento de alguno de los deberes matrimoniales. En el fondo, se sanciona el haber fallado en el compromiso asumido por los cónyuges de amar para toda la vida. Razonar de esta manera lleva a establecer que los cónyuges comprometen el amor con consecuencias similares a las del ámbito de las obligaciones del derecho civil patrimonial: la infracción a dicha promesa afectiva obliga al cónyuge culpable a responder por el incumplimiento<sup>105</sup>.

Según se anticipó, esta forma de divorcio se ejerce en desmedro del respeto y la consideración a los derechos fundamentales de dignidad e intimidad de los cónyuges, pues supone forzar a la persona a ventilar su vida privada frente a un poder del Estado, únicamente por haber fallado en un compromiso sentimental, lo que no representa una justificación razonable para aquello<sup>106</sup>. Es por esto que, de *lege ferenda* corresponde señalar que el divorcio sanción debe abolirse en consideración a una adecuada valoración de la dignidad y de la privacidad, lo que va en la línea de la constitucionalización del derecho de las familias y del respeto al derecho internacional de los derechos humanos.

#### 2.3.1.4. Divorcio por culpa y compensación económica.

Los efectos que tiene la declaración del divorcio sanción respecto del cónyuge que es beneficiario de la compensación económica están contenidos en el inciso segundo del artículo 62 de la LMC, que establece:

*“Si se decretare el divorcio en virtud del artículo 54, el juez podrá denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal, o disminuir prudencialmente su monto.”*

---

<sup>104</sup> Hernández, Gabriel (2016). *op. cit.*, p. 107.

<sup>105</sup> Mizrahi, Mauricio (2001). *op. cit.*, pp. 202 – 203.

<sup>106</sup> Mizrahi, Mauricio (2001). *op. cit.*, p. 194.



Para desarrollar las razones por las que se considera que la norma transcrita es contraria a los propósitos que persigue la compensación económica, es necesario exponer someramente sus fundamentos, naturaleza jurídica y requisitos.

**a) Fundamento, naturaleza jurídica y requisitos de la compensación económica.**

Desentrañar los fundamentos y la naturaleza jurídica de la compensación económica resulta complicado en razón de la vaguedad de las normas que le dan forma, vale decir, los artículos 61 y 62 de la LMC. Lo anterior se explica en atención al carácter de transacción del establecimiento de aquella figura en nuestro ordenamiento<sup>107</sup>.

En este contexto, en relación con el fundamento de la compensación económica, la doctrina ha sostenido distintos argumentos, entre los que se encuentran: a) la existencia de un desequilibrio económico entre los cónyuges; b) la necesidad o la carencia de medios para afrontar la subsistencia futura de uno de los cónyuges; c) el trabajo realizado por uno de los cónyuges en favor de la familia común; d) el costo de la pérdida de oportunidad laboral; y e) la indemnización de los perjuicios ocasionados por el divorcio<sup>108</sup>.

Existen autores que han identificado el fundamento de la compensación económica en la realidad de la vida familiar, que supone la postergación de algunos proyectos individuales por la dedicación a las necesidades de la familia. En efecto, es usual que se observen situaciones de desequilibrio en la realización de las labores del hogar, las que -teóricamente- deben ser desarrolladas por igual entre los cónyuges. Dichas asimetrías resultan justificadas durante la vigencia del matrimonio, pues existe la voluntad de aportar a la comunidad de vida que se ha formado; no obstante una vez decretado el divorcio, el sacrificio personal del cónyuge que se dedicó al cuidado de la familia pierde su fundamento, pues desaparece el proyecto en común que lo sustentaba<sup>109</sup>.

La compensación económica, explicada de acuerdo a la posición expuesta en el párrafo anterior, confiere el debido reconocimiento al trabajo consistente en el cuidado de los hijos y del hogar común<sup>110</sup>, concluyéndose en este sentido que el fundamento central de la institución se

---

<sup>107</sup> González, Joel. *La Compensación Económica en el divorcio y la nulidad matrimonial*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012, p. 16. El autor considera que la justificación se encuentra en la conjugación de los principios de autosuficiencia y de solidaridad posteriores al divorcio.

<sup>108</sup> Barrientos, Javier, y Novales, Aránzazu. *op. cit.*, pp. 404 – 410.

<sup>109</sup> Pizarro, Carlos y Vidal, Álvaro. *La compensación económica por divorcio o nulidad matrimonial*. Santiago, Editorial Legal Publishing, 2010, pp. 14 – 16.

<sup>110</sup> Barrientos, Javier, y Novales, Aránzazu. *op. cit.*, pp. 418 – 419. Para los autores, este trabajo por su sola naturaleza debe ser remunerado, por tanto, estiman que debió compensarse con independencia de si por este se dejó de ganar o no.

encuentra en su carácter resarcitorio de las consecuencias que de dichas labores pueden derivarse para uno de los cónyuges.

En cuanto a la determinación de la naturaleza jurídica de la compensación económica, pueden observarse importantes diferencias tanto en la jurisprudencia<sup>111</sup> como en la doctrina<sup>112</sup>. En líneas generales, las posiciones doctrinales más importantes le reconocen un carácter alimenticio, la identifican con una indemnización de perjuicios o la entienden como una institución *sui generis*<sup>113</sup>.

En lo que atañe a la naturaleza alimenticia de la compensación económica, la premisa central bajo la cual se desarrolla dicha posición dice relación con la subsistencia de los efectos derivados del deber de socorro del matrimonio luego de decretado el divorcio. Con todo, esta línea argumentativa ha sido criticada por cuanto la historia fidedigna de la ley otorgó a la compensación económica una función resarcitoria y dado que, a diferencia de los alimentos, no admite revisión, procediendo incluso si el cónyuge beneficiario no carece de medios para la subsistencia, además de ser eminentemente temporal<sup>114</sup>.

Con matices, la mayor parte de la doctrina atribuye una naturaleza indemnizatoria a la compensación económica<sup>115</sup>. Desde ya, cabe hacer notar que dicha posición debe enfrentar la dificultad de asimilar aquella institución con la responsabilidad civil, en circunstancias que carece de algunos elementos estructurantes de la misma, como son el daño y la culpa. Esta dificultad llevó a algunos autores a identificar la compensación económica con el enriquecimiento sin causa; no obstante, las exigencias de causalidad que supone el enriquecimiento sin causa son complejas de

---

<sup>111</sup> Una aproximación al problema de la naturaleza de la compensación económica para nuestros tribunales en: Veloso, Paulina. *Tratado de Jurisprudencia y Doctrina. Derecho de Familia*. Santiago, Editorial Thomson Reuters, Tomo I, 2011, pp. 103 – 108.

<sup>112</sup> Una revisión exhaustiva de esta materia en: Pizarro, Carlos y Vidal, Álvaro. *op. cit.*, pp. 18 – 39. El problema de la naturaleza jurídica se complejiza si se sostiene que tanto el artículo 61 como el artículo 62 de la LMC contienen hipótesis de procedencia de la compensación económica. Esta es la posición de Hernán Corral, quien considera que la compensación económica es procedente, no verificándose los supuestos del artículo 61, si uno de los cónyuges se encuentra en alguna de las circunstancias descritas por el inciso primero del artículo 62. Corral, Hernán (2011). *op. cit.*, pp. 93 – 100. Por su parte, Eduardo Court muestra una posición coherente con la consideración de varios supuestos de procedencia, en cuanto sostiene que la naturaleza jurídica de esta muda de la indemnización de perjuicios a una naturaleza asistencial dependiendo del motivo por el que se otorgue. Court, Eduardo. *op. cit.*, pp. 98 – 99. Este trabajo no se hará cargo de esta posición, por ser minoritaria, en tanto la doctrina en general ha estimado que los supuestos de procedencia están contenidos en el artículo 61, cumpliendo el artículo 62 la doble función de determinación de existencia del menoscabo y determinación del monto de la compensación. Lo indicado está bien explicado en: Turner, Susan. *Las circunstancias del artículo 62 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil: Naturaleza y función en Compensación económica*, Doctrinas Esenciales, segunda edición (Dir. Cristián Lepín), Santiago, Editorial Legal Publishing, 2016, pp. 34 – 56.

<sup>113</sup> Existen formulaciones que le atribuyen una naturaleza asistencial. En este sentido: Guerrero, José. *Menoscabo y compensación económica: justificación de una visión asistencial*, en Revista de Derecho, Vol. 21, N° 2, Valdivia, 2008, pp. 197 - 229. En esta perspectiva, el cónyuge más débil tiene el derecho a que se le otorgue una pensión para soportar las consecuencias del divorcio –incluso cuando no se dedicó al trabajo del hogar o no podía desarrollar trabajo alguno–.

<sup>114</sup> Barcia, Rodrigo y Riveros, Carolina. *El carácter extrapatrimonial de la compensación económica*, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 38, N° 2, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2011, p. 254.

<sup>115</sup> González, Joel. *op. cit.*, pp. 17 – 22.

abordar en consideración a la forma en que se consagró la compensación económica en nuestro derecho<sup>116</sup>.

Por último, una vertiente doctrinal sostiene que la compensación económica responde a lo que se denomina en España *indemnización por sacrificio o indemnización por afectación lícita de derechos*<sup>117</sup>. Esta posición, sin embargo, es objeto de importantes críticas, por cuanto funciona bajo un supuesto que contraría la solidaridad familiar y aplica a una figura del derecho de las familias nociones propias de otras disciplinas del derecho, siendo ejemplo de aquel tipo de indemnizaciones el pago realizado por una expropiación o la imposición de una servidumbre legal.

Con todo, corresponde entender a la compensación económica como una figura *sui generis* y con naturaleza propia, pues solo presenta cierta similitud con instituciones conocidas del derecho civil, como son los alimentos, la indemnización de perjuicios o el enriquecimiento sin causa<sup>118</sup>. Esta es la conclusión a la que ha arribado parte de la doctrina a partir del estudio de la historia fidedigna de la LMC<sup>119</sup>, al constatar en ella la inquietud del legislador por el futuro del cónyuge más débil y la preocupación por el eventual menoscabo que puede producirle el no desarrollo de una actividad remunerada con ocasión de la dedicación a la familia. Fueron los argumentos descritos los que impulsaron al legislador a reconocer al cónyuge más débil un derecho compensatorio, que no es de naturaleza alimenticia ni indemnizatoria<sup>120</sup>.

En definitiva, la figura tiene una naturaleza *sui generis* eminentemente compensatoria, determinada fundamentalmente por la necesidad de compensar el menoscabo que provoque al cónyuge más débil la dedicación a la familia y la consiguiente postergación personal<sup>121</sup>. La perspectiva expuesta, permite una aproximación adecuada a una figura propia del derecho de las familias y que, en tal sentido, se construye sobre principios y reglas que se distancian del derecho patrimonial. Buscar su naturaleza jurídica en dicha sede deformaría la institución<sup>122</sup>, lo que resultaría negativo en consideración a que la determinación de la naturaleza jurídica sirve para dar contenido a las expresiones o conceptos de textura abierta, contribuye a la interpretación de las normas y es útil en la aplicación del derecho supletorio<sup>123</sup>.

---

<sup>116</sup> Barcia, Rodrigo y Riveros, Carolina. *op. cit.*, p. 257.

<sup>117</sup> Corral, Hernán (2011). *op. cit.*, p. 94.

<sup>118</sup> En este sentido: Veloso, Paulina (2011). *op. cit.* p. 102; Pizarro, Carlos y Vidal, Álvaro. *op. cit.*, p. 39.

<sup>119</sup> La conclusión resulta particularmente apropiada en este caso, en atención a la oscuridad con que aparece consagrada la figura de la compensación económica y lo que dispone la regla de interpretación del inciso segundo del artículo 19 del CC.

<sup>120</sup> Pizarro, Carlos y Vidal, Álvaro. *op. cit.*, pp. 24 – 25.

<sup>121</sup> Del Picó, Jorge (2010). *op. cit.* pp. 441 – 442.

<sup>122</sup> Barcia, Rodrigo y Riveros, Carolina. *op. cit.*, p. 250.

<sup>123</sup> Corral, Hernán (2011). *op. cit.* pp. 91 – 92.

En cuanto a los requisitos de procedencia de la compensación económica, estos se encuentran contenidos en el artículo 61 de la LMC y son: a) que uno de los cónyuges, durante el matrimonio, se dedique al cuidado de los hijos o del hogar común; b) el no desarrollo de una actividad económica remunerada o su desarrollo en menor medida de lo que podía y quería el cónyuge que se dedicó al cuidado de la familia; c) el menoscabo económico derivado de la falta total o parcial de una actividad remunerada; y c) la terminación del matrimonio por divorcio o nulidad. Así, concurriendo copulativamente los requisitos expuestos, tendrá aplicación el artículo 62 de la LMC, con una doble función; determinar la existencia del menoscabo económico y luego fijar la cuantía de la compensación económica<sup>124</sup>.

Finalmente, corresponde destacar que de todos los requisitos de procedencia indicados, el menoscabo económico es el elemento central y esencial de la compensación económica<sup>125</sup>. Aquel no se encuentra definido por la LMC y su delimitación ha sido objeto de discusión<sup>126</sup>, no obstante, es posible concluir que está caracterizado por un detrimento económico producto de la postergación personal en beneficio de la familia y, en ese sentido, cubre lo que el cónyuge debió ganar y el costo de oportunidad laboral por tal concepto<sup>127</sup>.

#### **b) Crítica al inciso segundo del artículo 62 de la Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil.**

Lo expresado en los párrafos anteriores da cuenta de que la compensación económica es una figura de carácter objetivo y de contenido económico<sup>128</sup>. Lo primero repercute en el hecho de que procede al margen de la culpa, tanto del beneficiario como del deudor<sup>129</sup>.

En este sentido, el inciso 2° del artículo 62 resulta criticable, toda vez que introduce elementos culpabilísticos a una institución de contenido puramente objetivo. En efecto, la tendencia en el derecho comparado es a prescindir de criterios de imputabilidad en la regulación de la compensación económica<sup>130</sup>. Así las cosas, es igualmente criticable el inciso 1° de la norma, en lo tocante a la

---

<sup>124</sup> Turner, Susan. *La compensación económica en la Nueva Ley de Matrimonio civil: tres cuestiones dogmáticas*, en *Compensación económica, Doctrinas Esenciales*, segunda edición (Dir. Cristián Lepín), Santiago, Editorial Legal Publishing, 2016, p. 26.

<sup>125</sup> Pizarro, Carlos y Vidal, Álvaro. *op. cit.*, p. 54; Barrientos, Javier y Novales, Aránzazu. *op. cit.*, p. 425; González, Joel. *op. cit.*, p. 32.

<sup>126</sup> Para un tratamiento sistemático de la materia, ver: González, Joel. *op. cit.*, pp. 32 – 40. Pizarro, Carlos y Vidal, Álvaro. *op. cit.*, pp. 54 – 63.

<sup>127</sup> Barrientos, Javier y Novales, Aránzazu. *op. cit.*, pp. 425 – 426.

<sup>128</sup> Del Picó, Jorge (2010). *op. cit.* p. 441.

<sup>129</sup> En este sentido ver: Barrientos, Javier y Novales, Aránzazu. *op. cit.*, pp. 419 – 420; Pizarro, Carlos y Vidal, Álvaro. *op. cit.*, p. 31.

<sup>130</sup> Barcia, Rodrigo y Riveros, Carolina. *op. cit.*, p. 270.

inclusión de la buena fe como criterio de determinación de la existencia del menoscabo económico y de cuantificación de la compensación económica.

La incorporación de elementos subjetivos a la compensación económica, en la forma dispuesta por el inciso 2° del artículo 62 en relación con el artículo 54, ambos de la LMC<sup>131</sup>, aparece fuera de lugar si se tiene en consideración que el propósito de dicha figura es compensar al cónyuge beneficiario el menoscabo económico que le produjo el dedicarse al hogar común y al cuidado de los hijos. En tal sentido, el elemento central del menoscabo está representado por una situación completamente objetiva y no por el cumplimiento de algún deber matrimonial, sin que pueda entenderse la figura estudiada como un premio a la buena voluntad y nobleza del cónyuge beneficiario<sup>132</sup>.

De igual manera, el inciso 2° del artículo 62 es criticable por cuanto entra en contradicción con el principio de la protección al cónyuge más débil. En concreto, dicha norma permite rechazar o reducir el mecanismo compensatorio que tiene el cónyuge en una posición desmedrada, fundamentando tal disminución en el incumplimiento de deberes conyugales, los que tienen una dimensión más ética que jurídica<sup>133</sup>.

A mayor abundamiento, esta cláusula representa un incentivo perverso para quienes estén reuñentes al pago de la compensación económica; fomentando así un uso estratégico del divorcio sanción<sup>134</sup>.

Con todo, la norma criticada ha sido defendida por parte de la doctrina, que entiende que la disminución del monto atribuible a la compensación económica encuentra justificación en el aforismo de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo –debiendo primar este principio por sobre el de protección al cónyuge más débil–, agregando al anterior argumento la consideración a que la culpa no es extraña al derecho de las familias, pues existen conductas que pueden abordarse desde dicho criterio de imputación y conforme a esto ser sancionadas con penas civiles<sup>135</sup>.

---

<sup>131</sup> No se desconoce que resulta interesante la discusión sobre la situación que sucede cuando uno de los cónyuges comete atentados de una entidad importante contra el otro. Un ejemplo de esto es el B.G.B alemán, que a partir de su artículo 1759 permite reducir o excluir la compensación cuando su otorgamiento constituya una grave injusticia, entregando criterios que ilustran esto, como es la existencia de una infracción penal. No obstante, esa no es la hipótesis de la LMC, permitiendo esta ley reducir o negar la compensación en situaciones tan distintas como el atentado contra la vida o una infidelidad.

<sup>132</sup> Un ejemplo de dicha postura es el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, que regula la compensación económica con absoluta prescindencia de componentes subjetivos en su procedencia y determinación en los artículos 441 y 442.

<sup>133</sup> Hernández, Gabriel (2016). *op. cit.*, pp. 103 – 104.

<sup>134</sup> Veloso, Paulina (2011). *op. cit.*, p. 135.

<sup>135</sup> Ver: Corral, Hernán. *Divorcio por culpa y compensación económica*, en *Compensación Económica, Doctrinas Esenciales*, segunda edición (Dir. Cristián Lepín), Santiago, Editorial Legal Publishing, 2016, pp. 414 – 415.

Con respecto a la aplicación del principio de que nadie puede beneficiarse de su propio dolo, ha de puntualizarse que esta idea descansa en la comprensión de la compensación económica como una indemnización por afectación lícita de un derecho<sup>136</sup>, posición para la que es la pérdida del estatuto protector del matrimonio lo que justifica en definitiva el otorgamiento del mecanismo resarcitorio. De acuerdo a esta línea argumentativa, no puede beneficiarse de su propio dolo y recibir compensación económica quien da lugar al divorcio. Dicho orden de cosas implica incluso el rechazo de la compensación económica respecto de quien demanda unilateralmente el divorcio, ya que vulneraría la naturaleza de una institución concebida como una obligación del cónyuge que pone término al estatuto protector del matrimonio y perjudica lícitamente a su ex cónyuge<sup>137</sup>

La tesis expuesta es controvertible, pues la figura de la compensación económica no procede siempre a consecuencia del divorcio<sup>138</sup>, sino que se requiere la existencia del menoscabo económico para su otorgamiento. Así, se ve que la terminación del matrimonio no hace más que manifestar su motivo de procedencia, esto es, el menoscabo económico que ha producido al cónyuge beneficiario la postergación personal debido a la dedicación al hogar común o al cuidado de los hijos. En ese sentido, el cónyuge beneficiario no busca divorciarse dolosamente con el objeto de obtener un beneficio, sino que, ocurrida la ruptura, se manifiestan circunstancias deficitarias que el derecho debe corregir, porque una disposición contraria sería injusta.

Por su parte, corresponde igualmente desestimar el argumento sobre la existencia de normas punitivas dentro del derecho de las familias, pues tal idea apunta a los artículos 1768 (referido a la sociedad conyugal) y 1792-18 (referido al régimen de participación en los gananciales), normas que contienen hipótesis de ocultación de bienes con miras a aumentar el patrimonio personal. En consecuencia, resulta claro que las materias tratadas en dichos artículos difieren enormemente de la institución de la compensación económica, lo que no hace extensible la lógica de aquellas sanciones a esta figura.

En definitiva, se concluye que la norma criticada da cuenta de una de las consecuencias negativas de la recepción del divorcio sanción en nuestro ordenamiento, pues incorpora

---

<sup>136</sup> Corral, Hernán (2011). *op. cit.*, p. 94.

<sup>137</sup> Corral, Hernán (2011). *op. cit.*, p. 100. “*Es lo que sucedería si es la misma mujer que se ha dedicado al hogar la que demanda el unilateralmente el divorcio y pide para si una compensación de las pérdidas que el mismo divorcio le producirá. En tal caso, bien podrá el juez denegar la compensación ya que nadie puede aprovecharse de sus propios actos. Y si ella prefiere extinguir el efecto del matrimonio no puede pretender que se la compense por su pérdida.*” Esta cita explícita lo criticable de esta posición, que llevaría al cónyuge que quiere divorciarse a tener que seguir casado en atención a su falta de sustento económico una vez producido el divorcio, aun cuando la situación se justifique en su postergación personal por el cuidado de la familia.

<sup>138</sup> En este sentido: Pizarro, Carlos y Vidal, Álvaro. *op. cit.*, p. 49; Veloso, Paulina (2011). *op. cit.*, p. 99.

consideraciones de índole subjetiva a una figura con fundamento, naturaleza jurídica y requisitos de carácter eminentemente objetivos.

### 2.3.2. Críticas específicas a algunas causales.

A continuación, se expondrán las causales de divorcio enumeradas en el inciso 2° del artículo 54, cuya incorporación entre las hipótesis de divorcio por culpa se estima especialmente criticable.

#### 2.3.2.1. Número 4 del inciso segundo del artículo 54 de la ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil: Conducta homosexual.

El numeral 4 del inciso 2° del artículo 54 de la LMC contempla la posibilidad de solicitar el divorcio sanción por “*Conducta homosexual*”. La inclusión de esta causal como una hipótesis de divorcio culpable es una novedad tanto en nuestro derecho, pues no estaba considerada en la ley de matrimonio civil de 1884; como en relación con los sistemas comparados, dado que no aparece mencionada como causal en el derecho italiano, francés, ni español, por ejemplo.

Desde ya, es posible puntualizar algunas complejidades dogmáticas a las que ha dado lugar la causal en revisión. En efecto, en el entendido de que existe consenso respecto de que no se sanciona la homosexualidad, sino su manifestación mediante actos externos y objetivos, la superficialidad con que ha sido redactada la norma presenta problemas<sup>139</sup>. En primer lugar, la alusión genérica a la conducta homosexual podría ser interpretada derechamente como la exteriorización de comportamientos afectivos o de cercanía que no se relacionen con la ocurrencia de relaciones sexuales extramatrimoniales<sup>140</sup>; de tal manera, la falta de un significado preciso de la expresión *conducta* deja entregado su sentido a la jurisprudencia, lo que puede derivar en una comprensión que se aleje de la idea de un comportamiento grave, de carácter permanente y no esporádico<sup>141</sup>.

Seguidamente, la exigencia general del divorcio sanción de que la falta resulte imputable al otro cónyuge, plantea interrogantes respecto a lo adecuado de establecer una atribución de responsabilidad por la conducta homosexual, sin considerar los orígenes diversos que puede tener la

---

<sup>139</sup> Barrientos, Javier y Novales, Aránzazu. *op. cit.*, pp. 372 – 373.

<sup>140</sup> Del Picó, Jorge (2010). *op. cit.*, p. 423. Cabe destacar que se ha ido consolidando en la jurisprudencia de nuestros tribunales ordinarios la idea de que la violación al deber de fidelidad no se realiza únicamente a partir del adulterio, sino también a partir de otros hechos de grave significación. Ver: Barrientos, Javier. *Código de Familia. Colección privada. Normativa y Jurisprudencia sistematizada, concordada y sistematizada*. Santiago, Editorial Thomson Reuters, quinta edición, 2017, pp. 326 – 328.

<sup>141</sup> Barrientos, Javier y Novales, Aránzazu. *op. cit.*, p 376. Los autores señalan que también sería conducta homosexual el travestismo.

misma y que, cabe señalar, en ningún caso pueden imputarse a título culposo a quien ha asumido tal alternativa sexual.

En consideración a lo anterior, parte de la doctrina ha estimado que dicha causal es innecesaria y discriminatoria, por encontrarse contenida en el número 2 del inciso 2° del artículo 54 de la LMC, al ser toda conducta sexual extramatrimonial reprochable como una forma de infidelidad, sin que sea relevante distinguir si esta se realiza con personas del mismo o de distinto sexo<sup>142</sup>.

Conforme a lo expuesto, es preciso concluir que la norma revisada entra en contradicción con la debida protección a los derechos fundamentales de dignidad e igualdad consagrados en nuestro ordenamiento jurídico a partir del artículo 1° de la CPR<sup>143</sup>, y asimismo, presenta deficiencias respecto de las exigencias planteadas por el derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, resulta especialmente relevante el artículo 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que dispone que:

*“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.*

Por su parte, también la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se ha preocupado de esta idea, estableciendo en su artículo II que:

*“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”*<sup>144</sup>.

En consecuencia, en la medida que nuestro derecho considera a la infidelidad como una conducta reprochable, la aplicación del principio de igualdad y no discriminación conduce necesariamente a sancionarla sin consideración a la orientación sexual que tiene la persona que la ejecuta.

---

<sup>142</sup> Del Picó, Jorge (2010). *op. cit.*, p. 423.

<sup>143</sup> Una revisión del tratamiento del principio de igualdad en el derecho constitucional chileno, a propósito de la regulación de familia, en: Nash, Claudio y Núñez, Constanza. *op. cit.*, pp. 61 – 63.

<sup>144</sup> Si bien no aparece expresamente comprendida la orientación sexual en dichas normas, su inclusión dentro de estas, que describen situaciones que representan categorías sospechosas, ha sido tratado en: Bayefsky, Anne. *El principio de igualdad o no discriminación en el Derecho Internacional* en Human Rights Law Journal, Vol. 11, N° 1-2, 1990, pp. 20 – 21. [Disponible en: <file:///C:/Users/MPM/Desktop/Orientación%20sexual%20.pdf>], visitado el día 17 de febrero de 2018. Asimismo, Gabriel Hernández concluye que la orientación sexual puede entenderse comprendida dentro de los factores “sexo o cualquier otra condición social”. Hernández, Gabriel. *op. cit.*, (2016) p. 25.



Asimismo, la diferencia entre la infidelidad homosexual y heterosexual que realiza nuestro legislador carece de objetividad y razonabilidad y es, por ende, discriminatoria. En efecto, una diferencia es objetiva si se ha construido sobre criterios no sujetos a interpretación ni juicio y se aplica por igual a todos aquellos que se encuentren en las mismas circunstancias; y es razonable si los factores esgrimidos para su establecimiento son legítimos en el marco del Estado democrático de derecho<sup>145</sup>. En el caso señalado, puede apreciarse cómo la diferenciación comentada no resulta objetiva, toda vez que considerar diferentes a la infidelidad homosexual y la heterosexual representa un juicio de valor subjetivo. Tampoco presenta los grados de razonabilidad requeridos, en atención a que el Estado democrático de derecho ordena respetar la diversidad.

El tema revisado ha sido abordado por el Tribunal Constitucional, a partir del conocimiento del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la norma comentada. En sentencia de fecha 30 de diciembre de 2014, dicho tribunal rechazó por seis votos contra cuatro un requerimiento sobre esta materia, sosteniendo argumentos cuestionables.

En efecto, en dicha sentencia los ministros consideran que *“esa regulación separada no da cuenta de una mera redundancia carente de razonabilidad, puesto que el legislador pudo concebir que la causal contemplada en el citado N° 4 configura una conducta objetiva con especie propia, distinta de la infidelidad”*<sup>146</sup>. Seguidamente, el fallo discurre brevemente sobre la eventualidad de que nuestro legislador haya considerado que la infidelidad homosexual es más grave que la heterosexual, en la medida que atenta en contra de la finalidad de procreación del matrimonio.

Así, resulta claro que los ministros han recurrido a la idea de que lo establecido por el legislador es por sí mismo razonable, pues la sentencia sostiene que no hay falta de razonabilidad en la norma cuya declaración de inaplicabilidad se solicita, toda vez que el legislador estimó que la conducta homosexual representa una causal subjetiva de divorcio distinta de la infidelidad. De tal suerte, se omite en el fallo comentado un juicio más profundo de razonabilidad, situación especialmente grave si se considera que la idea de que la igualdad es satisfecha por el solo hecho de regular una materia a través de la ley fue abandonada con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. En consecuencia, resulta pertinente recordar que, desde entonces, se considera al problema de la igualdad no como un tema meramente formal, sino que como un asunto sustantivo que depende del contenido que se dé a la ley, siendo evidente el cambio del paradigma a este respecto, transitándose

---

<sup>145</sup> Hernández, Gabriel (2016). *op cit*, pp. 24 – 25.

<sup>146</sup> Tribunal Constitucional, sentencia de 30 de diciembre de 2014, Rol N° 2681 – 14 – INA.

desde una igualdad garantizada mediante la ley a una igualdad garantizada por la ley y en la ley<sup>147</sup>. Así, la idea de que la norma legal puede tener un contenido discriminatorio ha llevado al establecimiento de un *test de proporcionalidad* para efectos de verificar la razonabilidad de las diferencias en ella establecidas<sup>148</sup>.

No obstante el rechazo del requerimiento, resulta interesante el contenido del voto de minoría, en atención a que en él se aplica un test de proporcionalidad sobre la causal del número 4 del artículo 54 de la LMC, y se concluye que *“Resulta evidente que la causal del artículo 54, numeral 2º, de la Ley N° 19.947 supera con creces la protección de este bien jurídico”*. Seguidamente, se precisa que los intereses en juego son de rango constitucional, siendo estos el principio de no discriminación y la interdicción de la arbitrariedad por parte del legislador. A continuación, los ministros indican *“Que el estándar de igualdad se ve triplemente lesionado. Primero, porque la defensa de la dimensión heterosexual del matrimonio importaría tener un exigente estándar para la infidelidad heterosexual (“yacer”) y una elástica, ambigua e interpretable ‘conducta homosexual’ para identificar una infracción grave a los deberes del matrimonio. Segunda razón de desigualdad, por construir una causal de divorcio culpable que afecta discriminatoriamente a una categoría de personas por actos que no permiten juzgar con nitidez que lo culpabilizado son sus acciones y no su condición. Tercero, porque de tal evento se deducen consecuencias civiles, procesales y económicas en su contra que vulneran la regla básica de igualdad que debe satisfacer el legislador en la identificación de causales de divorcio aplicables con isonomía a ambos”*<sup>149</sup>.

De las reflexiones expuestas se advierte que es el voto de minoría el que aborda de manera correcta el problema planteado, arribando al razonamiento adecuado, en el sentido de que la norma consultada no resiste un juicio de razonabilidad y objetividad y, por tanto, atenta en contra de los derechos fundamentales y las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos.

### 2.3.2.2. Número 5 del inciso segundo del artículo 54 de la ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil. Alcoholismo o drogadicción.

La causal del artículo 54 número 5 de la LMC contempla la posibilidad de solicitar el divorcio sanción por *“Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre los cónyuges y los hijos”*.

---

<sup>147</sup> Nogueira, Humberto. *El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas*, en Revista AFDUDC (10), Universidad de la Coruña, 2006, p. 804 – 805.

<sup>148</sup> Nogueira, Humberto. *op. cit.*, pp. 812 – 813.

<sup>149</sup> Tribunal Constitucional, sentencia de 30 de diciembre de 2014, Rol N° 2681 – 14 – INA. Considerandos 36º, 37º y 38º.

La doctrina ha considerado cuestionable la inclusión de dicha causal dentro de las hipótesis de divorcio sanción, en el entendido de que tanto el alcoholismo como la drogadicción son consideradas patologías físico-psíquico-sociales por la Organización Mundial de la Salud, por lo que imputar culpabilidad por aquellas resulta contrario al principio de solidaridad y al derecho fundamental de dignidad de la persona<sup>150</sup>.

De conformidad con lo expuesto, en caso de demandarse el divorcio sanción por la causal revisada, el cónyuge imputado podría defenderse atribuyendo abandono al requirente y alegando, por tanto, la correspondiente infracción al deber de ayuda y socorro en estado de necesidad<sup>151</sup>.

---

<sup>150</sup> Court, Mauricio. *op. cit.*, p. 86.

<sup>151</sup> Del Picó, Jorge (2010). *op. cit.*, p 422.



### 3. CRÍTICAS A LA REGULACIÓN DEL DIVORCIO REMEDIO EN LA LEY N° 19.947 SOBRE MATRIMONIO CIVIL.

Hacia finales de la década de 1960, el mecanismo de divorcio sanción comenzó a ceder lugar frente a una forma de regular el divorcio que suponía su otorgamiento sujeto a condiciones objetivas, no siendo ya necesario atribuir culpas al otro cónyuge<sup>152</sup>. Fue el legislador inglés uno de los primeros en adoptar el divorcio objetivo, a través del establecimiento de una causa única de divorcio determinada por la *irretrievable breakdown of marriage*<sup>153</sup>. Esta modalidad de divorcio se conoce como divorcio remedio o por cese de la convivencia.

Lo que corresponde demostrar a los cónyuges en la hipótesis del divorcio remedio es la ruptura irremediable de la vida en común, a través de mecanismos objetivos, los que generalmente recaerán en la prueba del cese de la convivencia por el tiempo determinado que exija la correspondiente ley.

La LMC ha dado recepción a esta forma de divorcio, lo que se analizará en el presente capítulo, exponiéndose la forma de regulación adoptada por nuestro legislador y las críticas que a ella corresponden.

#### 3.1. Divorcio remedio o por cese de la convivencia en la ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil.

El divorcio remedio se encuentra regulado en el artículo 55 de la LMC. Esta norma contempla dos tipos de divorcio remedio o por cese de la convivencia. Por un lado, regula el divorcio remedio solicitado por ambos cónyuges, y por el otro, el divorcio remedio solicitado unilateralmente.

Como se ha dicho (*supra* 1.3.3.), corresponde distanciarse de la posición doctrinal que tradicionalmente ha sostenido que existe en nuestro ordenamiento lo que se denomina *divorcio consensual*. Por esta razón, revisaremos el divorcio solicitado conjuntamente y el divorcio unilateral como formas de divorcio remedio, esto es, aquel en que lo central es la prueba del cese de la convivencia.

Habiendo precisado lo anterior, corresponde indicar que la incorporación del divorcio remedio en nuestro ordenamiento representa el reconocimiento por parte del legislador a la tendencia

---

<sup>152</sup> Antokolskaia, Masha. *Dissolution of marriage in westernised countries* en Routledge Handbook of Family Law and Policy (Ed. John Eekellar and Rib George), Nueva York, Editorial Routledge, 2014, p. 76.

<sup>153</sup> Otarola, Yasna. *op. cit.*, p. 100; Ramos, René. *op. cit.*, p. 106. Ahora bien, como se verá en el último capítulo, la situación del divorcio en el derecho inglés no es pacífica, y el desarrollo de esta causal objetiva en la práctica se ve dificultado por el establecimiento de causales que deben probarse para hacer procedente el quiebre irremediable de la vida en común (*infra* 4.3.1.2).

observada en el derecho comparado de dotar de una causal objetiva a la regulación de las rupturas conyugales. Así, esta forma de regular el divorcio permite soslayar las consecuencias negativas de exponer públicamente las razones que subyacen a la terminación del matrimonio. Efectivamente, en sede de divorcio remedio, no es necesario acreditar al juez la existencia de conducta culposa alguna por parte de uno de los cónyuges, siendo suficiente la acreditación de una causal objetiva, consistente en el cese de la convivencia entre los cónyuges durante un periodo de tiempo determinado.

Queda claro así que el fundamento del divorcio remedio dice relación con reconocer la ruptura conyugal cuando se verifica un cierto lapso de tiempo de cese de la convivencia, al permitir este antecedente contar con un importante grado de certeza respecto del fracaso matrimonial<sup>154</sup>.

Ahora bien, la LMC no ha precisado mayormente qué debe entenderse por cese de la convivencia. Con todo, del texto de dicha ley puede inferirse que aquel requisito está constituido por un elemento fáctico, representado por la separación de hecho, y por otro cercano a un *animus*, consistente en la decisión de poner término a la comunidad de vida que supone el matrimonio. Este último elemento es esencial, por cuanto la separación de hecho o de cuerpos no es contraria a la existencia de un ánimo de mantener una vida en común por parte de los cónyuges<sup>155</sup>.

Según se verá, los requisitos para solicitar esta modalidad de divorcio varían dependiendo de si es solicitado por ambos cónyuges o solo por uno de ellos.

### **3.1.1. Divorcio por cese de la convivencia solicitado por ambos cónyuges.**

El divorcio por cese de la convivencia solicitado conjuntamente es regulado en los incisos primero y segundo del artículo 55 de la LMC, que disponen lo siguiente:

*“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*

---

<sup>154</sup> Del Picó, Jorge (2010). *op. cit.* 427.

<sup>155</sup> Veloso, Paulina (2011). *op. cit.* p. 43.

*menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita”*

A partir de la norma citada, pueden identificarse los siguientes requisitos para la procedencia del divorcio solicitado por ambos cónyuges:

**a) Solicitud conjunta de los cónyuges.**

El *común acuerdo* de los cónyuges al que alude la LMC se refiere al ejercicio de la acción de divorcio<sup>156</sup>, manifestado a través de una demanda (o presentación) conjunta<sup>157</sup>.

**b) Cese de la convivencia por un lapso mayor de un año.**

El cese de la convivencia es el elemento objetivo que los cónyuges deben probar ante el juez para que proceda a decretar el divorcio. Esto demanda que los cónyuges acrediten que ha terminado efectivamente la vida en común, y no solo que viven separados<sup>158</sup>.

Es necesario tener presente que el legislador ha limitado considerablemente la prueba a través de la que puede acreditarse el cese de la convivencia, estableciendo en el inciso cuarto del artículo 55 de la LMC que el período de tiempo transcurrido entre aquel hecho y la presentación de la solicitud de divorcio, solo podrá probarse por alguno de los instrumentos comprendidos en los artículos 22 y 25 de la misma ley.

En lo relativo al divorcio solicitado conjuntamente, la referencia normativa indicada en el párrafo anterior debe entenderse hecha al artículo 22 de la LMC, en virtud del cual se entenderá que el cese de la convivencia no se ha producido con anterioridad a la fecha que figure en el acuerdo que conste por escrito, ya sea mediante escritura pública o acta extendida y protocolizada ante notario público, mediante acta extendida ante un oficial del RC, o bien, mediante transacción aprobada judicialmente. Parte de la doctrina sostiene que recibe igualmente aplicación el artículo 25 de la LMC, dando también fecha cierta al cese de la convivencia la notificación de la demanda para regular las relaciones mutuas (hipótesis en que los cónyuges han estado separados de hecho antes de solicitar el divorcio) y la notificación de la voluntad unilateral de poner término a la convivencia<sup>159</sup>.

Sumado a lo anterior y de conformidad con el inciso final del artículo 55 de la LMC, el cese de la convivencia debe ser ininterrumpido, dado que la reanudación de la vida en común detiene el

---

<sup>156</sup> Ramos, René. *op. cit.*, p. 108.

<sup>157</sup> Barrientos, Javier y Novales, Aránzazu *op. cit.*, p. 383.

<sup>158</sup> Del Picó, Jorge (2010). *op. cit.* p. 429.

<sup>159</sup> Barrientos, Javier y Novales, Aránzazu *op. cit.*, pp. 385 – 386.

cómputo del plazo exigido. Con todo, encuentros fugaces, furtivos y secretos no son suficientes para generar una interrupción del cese de la convivencia<sup>160</sup>.

**c) Presentación de un acuerdo regulador de las relaciones mutuas de los cónyuges y respecto de sus hijos.**

La exigencia de acompañar un acuerdo regulatorio se encuentra consagrada en el inciso segundo del artículo 55 de la LMC. De acuerdo a dicha norma, el pacto debe ser completo y suficiente, señalando la misma disposición cuándo se entenderá que cumple con estos requisitos.

De conformidad con lo señalado, el acuerdo será completo si regula todas las materias que indica el artículo 21 de la LMC. Así, de no existir hijos en el matrimonio, cumplirá tal exigencia si reglamenta todas y cada una de las relaciones mutuas entre los cónyuges, especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de administración de los bienes. En caso de que el matrimonio tenga hijos, el acuerdo debe comprender también el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá el padre o la madre que no los tenga bajo su cuidado. Por su parte, la suficiencia del acuerdo exige que se resguarde el interés superior de los hijos, se procure aminorar el menoscabo económico que pueda causar la ruptura y se establezcan relaciones equitativas hacia el futuro entre los cónyuges.

**3.1.2. Divorcio por cese de la convivencia solicitado unilateralmente.**

El inciso tercero del artículo 55 de la LMC faculta a cualquiera de los cónyuges para solicitar el divorcio prescindiendo de la voluntad del otro, exigiéndose en dicho escenario un cese de la convivencia por un plazo no menor a tres años. La norma citada es del siguiente tenor:

*“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”*

El divorcio remedio solicitado unilateralmente ha sido asimilado por parte de la doctrina al llamado *divorcio repudio*<sup>161</sup>. Desde ya cabe señalar que no corresponde seguir dicha tendencia, en primer término porque el divorcio unilateral presenta una diferencia capital con el divorcio repudio

---

<sup>160</sup> Del Picó, Jorge (2010). op. cit. p. 429.

<sup>161</sup> En esta línea se encuentra Hernán Corral, quien lo denomina, derechamente, como divorcio repudio cuando habla del divorcio por cese de la convivencia solicitado unilateralmente. Corral, Hernán (2011). op. cit, pp. 15 – 17.



que impide equiparar ambas modalidades: este último solo correspondía al marido, quien era el único que tenía derecho a divorciarse en dicho sistema, conservando un derecho arbitrario para repudiar a la mujer<sup>162</sup>; en segundo término, dado que la postura examinada entiende al divorcio como una acción deliberadamente malintencionada, realizada con el propósito y el resultado de dañar al otro cónyuge. Para esta doctrina, cualquier acción que pretenda la disolución del matrimonio es vista como una acción de abandono y desconocimiento. No hay en tal lectura un sentido de realidad y solidaridad con aquellas personas que han visto fracasar su proyecto de vida en común y acceden al divorcio como un mecanismo que les permite resolver aquella situación<sup>163</sup>.

Dicho lo anterior, existen dos importantes motivos para considerar un avance la incorporación a nuestro ordenamiento del divorcio por cese de la convivencia solicitado unilateralmente. En primer lugar, permite disminuir los efectos dañinos que supone la exposición pública de los motivos subjetivos de la ruptura. Así, el cónyuge que, pese a tener clara la procedencia de una causal subjetiva de divorcio, desea evitar la exposición y el correlativo daño a sus hijos y a su propia dignidad, podrá evitar las consecuencias negativas del divorcio sanción. En segundo lugar, representa una herramienta para aquel cónyuge al que le ha sido negado el acceso al divorcio solicitado de mutuo acuerdo, ya sea por motivos de carácter económico o por razones religiosas, entre otras<sup>164</sup>.

En lo tocante a los requisitos de procedencia del divorcio remedio solicitado unilateralmente, la doctrina ha identificado los siguientes<sup>165</sup>:

**a) Cese efectivo de la convivencia conyugal.**

El término *cese efectivo de la convivencia*, hace referencia a un *animus separationis* caracterizado por la falta de  *affectio* entre los cónyuges, entendiéndose por tal la voluntad de formar la comunidad de vida que supone el matrimonio. De subsistir la  *affectio*, la separación de cuerpos entre los cónyuges no cumplirá con el requisito exigido; por el contrario, de faltar dicho componente y aun

---

<sup>162</sup> Troncoso, Hernán. *op. cit.* pp. 88.

<sup>163</sup> Más allá de la razón que lleve a una persona a solicitar el divorcio, parece importante preguntarse si corresponde al Estado, a través de los tribunales de justicia, realizar juicios morales sobre la forma en que los ciudadanos quieren vivir su vida privada. Es evidente que la respuesta a esta pregunta sitúa al agente en uno u otro lado respecto a la necesidad de un divorcio más o menos expedito y sencillo. Este trabajo plantea que la autoridad pública debe tener mecanismos que le permitan aminorar los resultados negativos de la ruptura para la familia, mas no enjuiciar los motivos que subyacen a la solicitud de divorcio. En esta posición: Herrera, Marisa. *op. cit.* p. 305. En el extremo contrario se encuentra Hernán Corral, quien sostiene que en el caso del divorcio por cese de la convivencia el juez no puede limitarse a constatar la existencia de los requisitos exigidos por la ley, sino que debe interesarse por los motivos de la demanda de divorcio, debiendo investigar si el ejercicio de la acción no ha procedido de mala fe o en hipótesis de abuso del derecho, en cuyo caso el juez estará obligado a desestimar la acción pese a comprobarse la causal de la ley. Corral, Hernán (2009). *op. cit.* p. 65.

<sup>164</sup> Del Picó, Jorge (2010). *op. cit.* p. 431.

<sup>165</sup> BARRIENTOS y NOVALES. *op. cit.* pp. 390 – 394.

respecto de cónyuges que viven juntos, podrá acreditarse el cese efectivo de la voluntad de formar la comunidad de vida que supone el matrimonio.

**b) Plazo mínimo de tres años del cese efectivo de la convivencia conyugal.**

Para la solicitud unilateral del divorcio remedio, la LMC exige un período de tres años de cese efectivo de la convivencia, plazo significativamente mayor al exigido en caso de que la disolución del vínculo matrimonial sea solicitada conjuntamente. Lo indicado permite demostrar que, si bien la voluntad no es el elemento a partir del cual se decreta el divorcio, sí tiene incidencia en la materia.

En lo tocante a la prueba del cese de la convivencia, la fecha cierta será la que conste en los instrumentos de los artículos 22 y 25 de la LMC. Para la doctrina, la referencia a las normas señaladas equivale a decir que la fecha cierta del cese de la convivencia será la de la notificación de la demanda que uno de los cónyuges inicie contra el otro por alguna de las materias que indica el artículo 23, a saber: alimentos, bien familiar, cuidado personal o cualquier otra materia concerniente a las relaciones mutuas entre los cónyuges o a sus relaciones con los hijos<sup>166</sup>.

Cabe destacar que igualmente se exige que el lapso de tiempo requerido no sea interrumpido por la reanudación de la vida en común (*supra* 3.1.1. letra b).

**c) Cumplimiento del solicitante de su obligación de alimentos respecto del cónyuge y los hijos.**

Finalmente, el inciso tercero del artículo 55 de la LMC contempla la exigencia para el solicitante del divorcio remedio unilateral de dar cumplimiento a la obligación de alimentos que asista al otro cónyuge o a los hijos.

Esta exigencia ha sido formulada como una excepción por el legislador, en tanto la norma citada establece que procederá el divorcio a partir de la solicitud unilateral si se comprueban los requisitos señalados en las letras a) y b) ya tratados, salvo en el caso que el demandante no haya dado cumplimiento reiterado a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo. En términos prácticos, este requisito constituye más bien una excepción al divorcio, debiendo siempre ser alegada.

La excepción descrita será comentada posteriormente en mayor profundidad, al abordarse la crítica sobre la misma (*infra* 3.2.4.).

---

<sup>166</sup> Del Picó, Jorge (2010). *op. cit.*, p. 429.

### **3.2. Críticas.**

A continuación, se expondrán las críticas al divorcio por cese de la convivencia en sus dos modalidades, esto es, solicitado por ambos cónyuges o de manera unilateral. Ambas serán abordadas conjuntamente, haciéndose las precisiones pertinentes según corresponda.

#### **3.2.1. Crítica a la exigencia de transcurso del tiempo.**

Un requisito esencial del divorcio por cese de la convivencia es el transcurso de un tiempo desde el término de la vida en común y la solicitud de disolución del vínculo conyugal. Como se concluye del artículo 55 de la LMC, el plazo exigido varía dependiendo de si la solicitud es hecha conjunta o unilateralmente, siendo de un año en el primer caso y de tres años en el segundo.

El fundamento que subyace a esta exigencia guarda relación con una supuesta necesidad social de que una decisión tan radical como el divorcio sea meditada adecuadamente y no responda a una actitud antojadiza e irreflexiva. Junto con esto, se busca que los cónyuges evalúen la posibilidad de mantener el vínculo conyugal<sup>167</sup>. Así, esta comprensión le atribuye al Estado la función de ejercer una fiscalización sobre la voluntad de los cónyuges al momento de la ruptura<sup>168</sup>.

De tal manera, el establecimiento de un plazo para el otorgamiento del divorcio por cese de la convivencia es doblemente criticable. Por un lado, se traduce en un cuestionamiento inaceptable a la capacidad de las personas de decidir por sí mismas en la esfera de sus relaciones familiares. Por otro, la intervención del Estado, a través del establecimiento de una legislación que obliga al cónyuge o cónyuges a mantener una unión que rechazan, atenta contra la autonomía de la voluntad y el derecho fundamental a la libre determinación de la personalidad.

Lamentablemente, la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia no ha evaluado de manera crítica la exigencia del plazo para el divorcio remedio y la forma en que dialoga con los principios del Estado democrático de derecho, caracterizado por el respeto a los derechos fundamentales. Teniendo en cuenta esto, resulta oportuno revisar someramente el interesante tratamiento que los tribunales de justicia de Argentina dieron a la exigencia de plazos para el divorcio, antes del establecimiento en dicho país del sistema de divorcio incausado.

En esta línea, es pertinente destacar una sentencia dictada por el Tribunal N° 2 de Mar del Plata, de 3 de septiembre de 2008, que se pronunció sobre la idoneidad de que el Estado, a través del

---

<sup>167</sup> Del Picó, Jorge (2010). *op cit*, p. 427.

<sup>168</sup> Barrientos, Javier y Novales, Aránzazu *op. cit.*, p. 382.

ordenamiento jurídico, asumiera el rol de proteger al individuo en el ejercicio de su voluntad al momento de solicitar el divorcio, sosteniendo al respecto lo siguiente: “¿Cuál es la finalidad del tiempo? Evitar que, sin la madurez o reflexión necesarias, cualquier matrimonio joven pueda sin más, recurrir al tribunal solicitando la separación”, sosteniendo seguidamente el tribunal que “dicha intención de protección resulta prudente o excesiva a esta altura de la evolución de la vida social y de nuestro ordenamiento considerado de manera integral. [...]. [L]a intervención judicial deberá permitir el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, evitar la arbitrariedad y la desigualdad al no existir razón práctica, ni interés jurídico social en mantener la existencia formal de un matrimonio que no interesa a los cónyuges”<sup>169</sup>. El razonamiento expuesto refleja una adecuada lectura sobre lo que está en juego en una situación de ruptura conyugal y cuál es el límite de la intervención de los tribunales de justicia.

Por su parte, el Tribunal Colegiado de Familia N° 5, en sentencia de 14 de noviembre de 2006<sup>170</sup>, criticó el establecimiento de un plazo de tres años contado desde la celebración del matrimonio, para solicitar el divorcio de mutuo acuerdo, poniendo énfasis en las consecuencias negativas de dicha exigencia. En aquella oportunidad, los jueces razonaron que “*Resulta cercano a la perversión y lesivo a la persona de los cónyuges, denegar esta demanda pues ‘solamente’ estuvieron dos años separados de hecho y en consecuencia obligar a ambos a recurrir nuevamente –en un año– a la Justicia para obtener un divorcio vincular, cuando de común acuerdo agotaron su tolerancia de mantener la convivencia y se distanciaron de hecho prácticamente recién casados, sustrayéndose voluntariamente al cumplimiento de los deberes-derechos del matrimonio*”. Así, el tribunal discurre en torno a la falta de razonabilidad que presenta la exigencia del transcurso del plazo y los efectos negativos que tiene en la práctica.

Con posterioridad, el Juzgado de Familia de Bariloche, en sentencia de 26 de febrero de 2013<sup>171</sup>, dio lugar a la inconstitucionalidad del plazo en la hipótesis de solicitud conjunta de divorcio, en el entendido de que aquella exigencia colisionaba directamente con el principio de la libre determinación de la personalidad y el derecho a desarrollar el propio plan de vida, además de vulnerar el derecho a la intimidad, ligado inextricablemente a la autonomía de la voluntad. Para el tribunal, el requerimiento de un plazo significaba en concreto obligar a los cónyuges a mantener un matrimonio ficticio. Si bien podría parecer que dicho raciocinio resulta solo aplicable a la solicitud de divorcio de común acuerdo, la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Azul, en sentencia de fecha 5 de junio

---

<sup>169</sup> Citado en: Herrera, Marisa. *op. cit.*, p. 283.

<sup>170</sup> Citado en: Herrera, Marisa. *op. cit.*, p. 281

<sup>171</sup> Citado en: Herrera, Marisa. *op. cit.*, p. 282.

de 2012<sup>172</sup>, declaró igualmente la inconstitucionalidad del plazo para el divorcio solicitado unilateralmente por similares argumentos.

Los ejemplos de sentencias expuestos dan cuenta de que los jueces argentinos realizaron una labor encomiable relevando las tensiones que existían entre el derecho de las familias y los derechos fundamentales. Es evidente que dicha labor jurisprudencial sirvió como antecedente para que Argentina adoptara el año 2014 un sistema de divorcio incausado (*infra* 4.3.2.4.).

La exigencia de un plazo para la procedencia del divorcio por cese de la convivencia recibió igualmente críticas en la doctrina española. Si bien dicho requisito se justificaba en el principio de prudencia, en concreto planteaba importantes problemas, como son los costos económicos y personales de un doble procedimiento que se alargaba excesivamente –en tanto era necesario conseguir la separación antes del divorcio, computándose el plazo a partir de aquella– y el hecho de que el lapso de tiempo exigido generaba en los cónyuges incentivos para renegociar las condiciones de la ruptura, reanudando sus desavenencias<sup>173</sup>. Así, los argumentos en relación con el principio de la libre determinación de la personalidad se presentaron como un punto de partida para sostener una fuerte censura a la exigencia de un tiempo de separación previa para la disolución del matrimonio<sup>174</sup>. Estas y otras críticas llevaron a que, a partir del año 2005, España adoptara un sistema de divorcio incausado (*infra* 4.3.2.3).

### **3.2.2. Problema de la limitación de los mecanismos probatorios del cese de la convivencia.**

Como se ha visto (*supra* 3.1.1. y 3.1.2.), el inciso cuarto del artículo 55 de la LMC establece una limitación a los cónyuges en cuanto a los mecanismos que dan fecha cierta al cese de la convivencia, restringiendo las alternativas por las cuales se puede probar el transcurso del tiempo exigido para el divorcio remedio. En concreto, la norma dispone:

*“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”.*

---

<sup>172</sup> Citado en: Herrera, Marisa. *op. cit.*, p. 282

<sup>173</sup> Martínez, Nieves. *IV. El Divorcio* en Nuevos Conflictos del Derecho de la Familia (Coord. Eugenio Llamas, Madrid, Editorial Wolters Kluwer, 2009, pp. 147 – 148.

<sup>174</sup> De Verda y Beamonte, José. *El libre desarrollo de la personalidad como principio inspirador de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio* en Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005 (Coord. José de Verda y Beamonte). Madrid, Editorial Aranzadi, 2006, p. 32

La primera dificultad que enfrenta esta disposición es la forma en que dialoga con la consagración del sistema de la sana crítica como forma de apreciación de la prueba en el procedimiento de familia, establecido de manera expresa en el artículo 32 de la LTF, que dispone:

*“Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica”.*

Corresponde señalar que para la moderna doctrina del derecho procesal, la sana crítica representa el modelo más eficaz de apreciación de la prueba, siendo una posición ecléctica entre la prueba legal –que puede llevar a soluciones contrarias a la convicción del juez– y la libre convicción –que puede conducir a decisiones arbitrarias por parte del magistrado–, reuniendo las virtudes y atenuando los excesos de estos dos modelos<sup>175</sup>.

El sistema de sana crítica se diferencia de los demás sistemas de libre valoración de la prueba por la obligación del juez de utilizar criterios racionales en su labor de ponderación. Si bien el juez no se encuentra obligado por normas legales que le indiquen el valor que debe asignar a cada prueba, no puede recurrir exclusivamente a su convicción, debiendo siempre utilizar en su tarea criterios racionales<sup>176</sup>.

En definitiva, el sistema de sana crítica se caracteriza por la inexistencia de reglas legales tendientes a regular el valor que el juez le debe asignar a cada medio de prueba, sin embargo, impone al magistrado la obligación de desarrollar dicha labor conforme a las máximas de la experiencia, los principios de la lógica y los conocimientos científicos afianzados<sup>177</sup>.

Es en atención a lo anterior que parte de la doctrina ha considerado que la regla establecida en el inciso cuarto del artículo 55 de la LMC pugna con el sistema de la sana crítica, toda vez que la fecha del cese de la convivencia podría probarse solo a partir de los instrumentos enunciados en los artículos 22 y 25 de la LMC, lo que limitaría indebidamente al juez<sup>178</sup>.

Con todo, los tribunales de justicia han desarrollado una lectura a partir de la cual es posible conciliar el contenido del inciso cuarto del artículo 55 de la LMC con las implicancias de un sistema de apreciación de la prueba sujeto a la sana crítica. En esta línea, la Corte de Apelaciones de Valdivia, en sentencia de fecha 9 de septiembre de 2008, sostuvo que “[...] *el tenor y sentido de la norma*

---

<sup>175</sup> Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Montevideo – Buenos Aires, Editorial B de la F, Cuarta Edición, 2007, p. 276.

<sup>176</sup> Maturana, Javier. *Sana Crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba*. Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2010, pp. 106 – 107.

<sup>177</sup> Horvitz, María y López, Julián. *Derecho Procesal Penal*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 2004. p. 150.

<sup>178</sup> Maturana, Cristián. *La terminación del matrimonio de común acuerdo: Una institución en búsqueda de su identidad procesal*, en *Revista de Derecho de Familia*, N° 3, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2014, pp. 47.

señalada en el motivo anterior no contempla verdaderamente una limitación de los medios de prueba posibles para justificar que marido y mujer han efectivamente cesado en su convivencia, sino que prevé que no será posible obtener una declaración destinada a establecer el cese de la vida en común con anterioridad a las fechas a que se refieran los instrumentos y actuaciones desglosados en los artículos 22 y 25 de la Ley N° 19.947. [...] esto quiere decir, por un lado, que el cese de la cohabitación puede ser acreditado por otros medios de prueba, por ejemplo, a través de testigos o acudiendo a instrumentos distintos de los enumerados por las citadas disposiciones. [...] por otro lado, respecto de los matrimonios celebrados luego de iniciada la actual ley, la pretensión destinada a establecer como cese de la convivencia una fecha anterior a la consignada en los instrumentos y actuaciones aludidos –si existiere o existieren– pugnará con el tenor de lo prescrito en tal disposición<sup>179</sup>.

A partir del razonamiento del fallo citado, se logra arribar a una morigeración del régimen de prueba establecido para el cese de la convivencia, tradicionalmente entendido como uno de carácter excepcional y restrictivo<sup>180</sup>. De esta manera, la conclusión del tribunal representa una adecuada comprensión del problema, en tanto permite, por un lado, aliviar los inconvenientes prácticos para las parejas que, estando de acuerdo en divorciarse, no tuvieron la precaución de producir alguno de los instrumentos contenidos en los artículos 22 y 25 de la LMC; y, por el otro, entrega a los cónyuges un mayor control sobre la decisión de poner fin a su matrimonio<sup>181</sup>.

Con posterioridad a la sentencia comentada, la misma Corte de Apelaciones de Valdivia sostuvo la no taxatividad de los elementos probatorios de los artículos 22 y 25 de la LMC, en cuanto estimar lo contrario iría en contra del sistema de la sana crítica<sup>182</sup>.

En la misma línea se ha manifestado la Corte de Apelaciones de San Miguel que, confirmando una sentencia apelada, dio por probado el cese de la convivencia a partir de la existencia de dos hijos de filiación no matrimonial producto de la relación posterior del cónyuge solicitante<sup>183</sup>. Lo propio ha hecho la Corte de Apelaciones de Antofagasta, que ha sostenido que no es indispensable un

---

<sup>179</sup> Corte de Apelaciones de Valdivia, 9 de septiembre de 2008, Rol N° 789 – 2008.

<sup>180</sup> Turner, Susan. *Sentencia sobre los requisitos de procedencia de la excepción consagrada en el art. 55 inciso 3° de la Ley de Matrimonio Civil: Hacia la morigeración de su 'dureza'* (Corte de Apelaciones de San Miguel), en Revista de Derecho, Vol. XXI, N° 2, Valdivia, 2008, p. 287.

<sup>181</sup> Turner, Susan (2008). *op. cit.*, p. 288. Con todo, la autora llama la atención respecto de los asuntos que el tribunal ha pasado por alto. Estima que la sentencia desconoce el incentivo que representan los instrumentos del artículo 22 y 25 de la LMC para que los cónyuges regulen su situación de ruptura evitando la incertidumbre jurídica.

<sup>182</sup> Corte de Apelaciones de Valdivia, 22 de noviembre de 2010, Rol N° 170 – 2010.

<sup>183</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, 2 de agosto de 2006, Rol N° 1714 – 2005.

antecedente escrito para acreditar el cese de la convivencia, sin perjuicio de que, existiendo, no valdrá prueba en su contra<sup>184</sup>.

De lo revisado es posible concluir que nuestra jurisprudencia ha superado la comprensión del inciso cuarto del artículo 55 de la LMC como una limitación absoluta a la prueba del cese de la convivencia, considerando que es posible probar la fecha del cese de la convivencia a través de medios de prueba diferentes a los establecidos en los artículos 22 y 25 de la LMC.

Una segunda cuestión que resulta interesante, es analizar el inciso cuarto del artículo 55 de la LMC en comparación con el inciso 3° del artículo 2° transitorio de la misma ley, que establece lo siguiente:

*“Además, 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”.*

Al efectuar la comparación entre ambas normas, se observa que la exigencia contenida en el inciso 4° del artículo 55 presenta tensiones en relación con los derechos fundamentales. En este sentido, resulta ilustrativo revisar la sentencia de 26 de marzo de 2013 del Tribunal Constitucional<sup>185</sup>, así como el respectivo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad realizado por la jueza titular del Primer Juzgado de Familia de Santiago, doña Francisca Rosselot Mora.

En su requerimiento, la jueza de familia solicita el pronunciamiento del Tribunal Constitucional con relación a un posible conflicto de constitucionalidad entre los artículos 22, 25<sup>186</sup> y 2° transitorio de la LMC, dado que las normas señaladas conculcarían los siguientes artículos de la CPR: a) el artículo 1°, que consagra la igualdad inalienable de todas las personas; b) el artículo 19 número 2, que asegura la igualdad ante la ley, toda vez que en el caso revisado se permite una libertad a aquellos matrimonios que se celebraron antes del año 2004, de la cual no gozan los matrimonios celebrados con posterioridad a tal fecha, estableciendo con ello un grupo privilegiado; c) el artículo 19 número 3, que consagra la garantía de igual protección de la ley, infringido por permitir que ciertos ciudadanos puedan valerse de medios de prueba prohibidos para otros; y d) el artículo 19 número 26, que protege a los ciudadanos al prohibir afectar los derechos en su esencia y establecer condiciones

---

<sup>184</sup> Corte de Apelaciones de Antofagasta, 22 de enero de 2007, Rol N°1087 – 2006.

<sup>185</sup> Tribunal Constitucional, 26 de marzo de 2013, Rol N° 2207 – 12 – INA.

<sup>186</sup> Cabe precisar que, en rigor, la limitación la contiene el inciso 4° del artículo 55. Este reconduce a los artículos 22 y 25. Este razonamiento es sostenido por el Tribunal Constitucional en el considerando decimosexto de la sentencia que se comenta.



para su libre ejercicio, lo que se contraviene a partir de la imposición de una limitación al ejercicio del derecho contenido en el artículo 19 N°3 inciso sexto de la CPR, al limitarse la aplicación del régimen probatorio legal respecto de ciertas personas, las que deben soportar mayores exigencias que otras.

En lo tocante al conflicto de constitucionalidad expuesto, el Tribunal Constitucional concluye, en el considerando decimoquinto de la sentencia citada, que *“una limitación de esa naturaleza no compromete la garantía específica al debido proceso, porque no se perfila como arbitraria o injusta, ni tampoco transgrede la garantía de igualdad ante la ley, desde que impone un tratamiento distinto a quienes se encuentran en situaciones distintas”*. Así, el tribunal sigue el derrotero de considerar que el derecho a la prueba forma parte del debido proceso, pero que no es un derecho absoluto, correspondiéndole al legislador regular la forma de su ejercicio, pudiendo limitar ciertos elementos de prueba en ciertas condiciones y no estando obligado a establecer una u otra forma de apreciación de la prueba<sup>187</sup>.

Si bien dicho razonamiento no parece cuestionable, la argumentación sostenida para descartar la infracción al principio de igualdad presenta deficiencias. En efecto, a partir del considerando decimoquinto, el tribunal sostiene que el límite probatorio emanado de los artículos 22 y 25, en relación con el 2° transitorio, todos de la LMC, no importa una diferencia arbitraria, siendo al contrario lógico y razonable; pues procura evitar que, por la vía de la simulación, los cónyuges logren un acuerdo fraudulento respecto de la fecha de cese de la convivencia. Siguiendo este razonamiento, es posible concluir que el Tribunal Constitucional asume que el riesgo de fraude es únicamente posible en aquellos matrimonios celebrados con posterioridad a la entrada en vigencia de la LMC<sup>188</sup>. Con todo, no es clara la razón detrás de dicha premisa, habida cuenta de que la exigencia del transcurso del plazo opera respecto del cese de la convivencia y no respecto a la fecha de celebración del matrimonio. Es por tanto perfectamente posible que cónyuges cuyo matrimonio haya sido celebrado antes de 2004, cesen en su convivencia con posterioridad a la entrada en vigencia de la LMC, por lo que no se aprecian motivos para dar un tratamiento diverso a situaciones que, en concreto, presentan más similitudes que diferencias. En definitiva, se extraña un juicio de razonabilidad más acabado por parte del tribunal.

---

<sup>187</sup> Considerando 10°. En comentario a la sentencia revisada, Claudio Fuentes ha concluido que *“De lo anterior se desprende que el derecho a la prueba no puede ejercerse de cualquier manera, sino que debe ser encausado según los mecanismos y oportunidades procesales que contempla el legislador, los cuales se encuentran definidos en la ley, bajo la premisa de que el legislador ha diseñado un procedimiento ‘racional y justo’”*. Fuentes, Claudio. *Derecho procesal civil*, en Revista Chilena de Derecho Privado, N° 20, julio de 2013, Santiago, Fundación Fuego, 2013, p. 287.

<sup>188</sup> Fuentes, Claudio. *op. cit.*, p. 292.

Pese a lo anterior, cabe destacar el hecho de que el Tribunal Constitucional, en el considerando decimocuarto de la sentencia revisada, recoge lo dispuesto por la Corte de Apelaciones de Valdivia en su sentencia de 9 de septiembre de 2008; con lo que es posible sostener que, pese a no estimar conculcados los derechos fundamentales, asume una lectura del inciso cuarto del artículo 55 de la LMC que se aleja de la limitación absoluta respecto a la prueba del cese de la convivencia, concluyendo que este puede probarse por cualquier medio.

### 3.2.3. Crítica al tratamiento del acuerdo regulatorio en el contexto del divorcio.

Un ejemplo de la ampliación de la autonomía de la voluntad en el derecho de las familias se aprecia en lo tocante a la presentación de acuerdos regulatorios al momento de la disolución del matrimonio. Asumida la intolerabilidad de la vida en común, es presumible que ciertos intereses sean objeto de reivindicaciones contrapuestas, por lo que las herramientas de composición previa del eventual conflicto ayudan a gestionar la crisis en una estructura adecuada a los intereses de la familia<sup>189</sup>.

Nuestro legislador ha recogido lo anterior en el inciso 2° del artículo 55 de la LMC, exigiendo para el ejercicio conjunto de la acción de divorcio la presentación por parte de los cónyuges de un acuerdo regulatorio que debe cumplir con dos requisitos: ser completo y suficiente (*supra* 3.1.1 letra c).

Considerando lo anterior, una primera crítica surge al notar la ausencia de la exigencia de la presentación de una *propuesta* regulatoria para el caso del cónyuge que solicita el divorcio de manera unilateral. Así, en caso de concederse el divorcio bajo dicha modalidad, y que el cónyuge demandado no intente durante el procedimiento acciones relativas a las materias indicadas en el artículo 21 de la LMC, se dará lugar a la terminación del matrimonio sin una regulación mínima de la vida familiar posterior a la ruptura.

También fundamenta la crítica expuesta, el hecho de que la exigencia de una propuesta regulatoria al cónyuge demandante del divorcio unilateral permitiría un mejor tratamiento del principio de protección al interés del cónyuge más débil, en comparación con el realizado mediante la cláusula de dureza (*infra* 3.2.4.). En efecto, su obligatoriedad se traduciría en que el cónyuge que demanda unilateralmente el divorcio se vería obligado a indicar la forma en que responderá de los alimentos que se deban tanto al cónyuge como a los hijos al momento de la solicitud del divorcio.

---

<sup>189</sup> Kemelmajer, Aída. *op. cit.*, p. 24.

Esta es la solución que más se condice con el interés de la familia, pues tiende a evitar incidentes futuros y cuestiones litigiosas que reanuden las desavenencias de los ex cónyuges<sup>190</sup>.

Seguidamente, merece atención la falta de interés que ha mostrado nuestro legislador en lo que concierne al contenido del acuerdo regulatorio. Esto resulta relevante al tener en cuenta que las condiciones de desigualdad en que se desarrolla la vida en la sociedad se reproducen en el interior de la familia –en aspectos como la condición económica, anímica, de salud, entre otros–, por lo que el respectivo acuerdo puede contener desequilibrios entre los cónyuges<sup>191</sup>.

Como resultado de los planteamientos expuestos, se sostiene que, en lo tocante a la decisión del divorcio; la autonomía y la libre determinación de los cónyuges deben ser consideradas sin restricción, en atención al carácter estrictamente personal del hecho de querer o no seguir con el vínculo matrimonial. Ahora bien, en lo que se refiere al acuerdo regulatorio, habiendo en juego cuestiones relativas a la solidaridad y la justicia de la vida familiar posterior a la ruptura, la autonomía debe ser mediada por un control del juez en orden a velar por el establecimiento de relaciones equitativas hacia el futuro.

Con todo, la LMC exige que el acuerdo sea suficiente, lo que significa que debe cumplir con condiciones que dicen relación con su contenido material<sup>192</sup>. Junto con esto, la LTF contiene una serie de normas que confieren atribuciones de oficio al juez, estando así facultado para realizar un control respecto de la suficiencia del acuerdo regulatorio. Entre dichas normas se encuentran: a) el artículo 13, que contempla la actuación de oficio del juez; b) el artículo 29, que le otorga la iniciativa probatoria; c) el artículo 31, que le permite la exclusión de prueba; d) el artículo 61 números 7 y 8, que le permiten la fijación de los hechos controvertidos; y e) el artículo 64, que le confiere la facultad de interrogar a testigos y peritos. Así, de conformidad con las disposiciones indicadas, el juez puede solicitar pruebas y actuar de oficio en el contexto de la convalidación del acuerdo regulatorio<sup>193</sup>.

No obstante la idea expuesta, el control que desarrolle el juez sobre el acuerdo y los eventuales desequilibrios o desavenencias que puedan observarse, no deben traducirse en un aplazamiento de la sentencia de divorcio. Contrario a esto, en nuestro ordenamiento, por aplicación

---

<sup>190</sup> Kemelmajer, Aída. *op. cit.*, p. 32.

<sup>191</sup> Herrera, Marisa. *op. cit.*, p. 317.

<sup>192</sup> Resulta poco comprensible que la facultad del juez de subsanar el acuerdo solo esté contemplada para el caso de la separación, según dispone el artículo 31 inciso 2° de la LMC. La atribución comentada no ha sido incluida en los Capítulos VI y VII de la LMC, los que tratan del divorcio y de las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio, respectivamente.

<sup>193</sup> Para una revisión de la protección a los sujetos más débiles de la familia como fundamento de la intervención del juez, ver: Hunter, Iván. *Las potestades probatorias del juez de familia*. Santiago, Legal Publishing, 1° Edición, 2008, pp. 52 – 55.

del artículo 17 de la LTF –que establece el principio de acumulación necesaria–, aquellas materias quedarán para resolverse conjuntamente en la sentencia definitiva del juicio de divorcio, lo que puede generar incentivos para aceptar un acuerdo injusto por la premura de terminar con el matrimonio o a prolongar innecesariamente un procedimiento a través de la discusión del convenio, con el objeto de demorar la sentencia que decreta la disolución del matrimonio.

Las preocupaciones planteadas en el párrafo anterior se han presentado también en el derecho comparado. En este sentido, Argentina es un ejemplo de una adecuada regulación en la materia, habiendo contemplado en su ordenamiento una norma que resuelve el asunto del necesario diálogo entre el acuerdo regulatorio y el divorcio. Así, en el artículo 438 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, se han establecido los requisitos y el procedimiento para el divorcio:

***“Artículo 438. Requisitos y procedimiento del divorcio.***

*Toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición.*

*Si el divorcio es peticionado por uno solo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta.*

*Al momento de formular las propuestas, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan; el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman pertinentes. Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia.*

*En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio.*

*Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local.”*

A partir de la norma transcrita se establece que la petición de divorcio, sea conjunta o unilateral, debe acompañarse de un acuerdo o propuesta regulatoria, dando cuenta de los elementos en que se sustenta, correspondiendo al juez evaluarla y estando facultado para ordenar traer a la vista los antecedentes que la fundan. Finalmente, en caso de desacuerdo o de que el convenio regulador perjudique a alguno de los integrantes de la familia, el juez tendrá que resolver el asunto. Con todo, esto no suspenderá la dictación de la sentencia de divorcio. Así, esta regulación muestra un acertado equilibrio entre la autonomía y la libre determinación de los cónyuges, por un lado, y la debida

preocupación del legislador en orden a que las relaciones de familia se desarrollen con niveles de solidaridad y justicia adecuados, por el otro<sup>194</sup>.

### **3.2.4. Crítica a la exigencia de pago de pensión alimenticia en el divorcio unilateral por cese de la convivencia: La cláusula de dureza.**

El inciso 3° del artículo 55 de la LMC establece una excepción a la procedencia del divorcio por cese de la convivencia solicitado unilateralmente. La norma citada indica que se concederá el divorcio habiéndose comprobado el cese de la convivencia por un periodo de al 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*”.

El tenor del artículo expuesto no se corresponde con lo que en el derecho comparado se denomina *cláusula de dureza*. Esta figura, presente en las leyes civiles de Alemania, Francia e Inglaterra, faculta al juez para negar el divorcio cuando observe que existe una alta probabilidad de que se produzcan daños importantes a alguno de los miembros de la familia, teniendo en cuenta circunstancias como la precariedad de los medios para la subsistencia del otro cónyuge e hijos, o la situación de agravamiento en la salud del cónyuge demandado<sup>195</sup>.

La incorporación de la cláusula de dureza en nuestro derecho fue discutida, contemplándose en el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados, pero perdiendo fuerza en el Senado, lugar en que se le daría la fisonomía que finalmente adoptó en la LMC<sup>196</sup>. Ahora bien, más allá de no corresponderse exactamente con lo que tradicionalmente se denomina cláusula de dureza en el derecho comparado, la regla contenida en la LMC se le asimila al otorgar al juez la posibilidad de negar el divorcio cuando su admisión puede generar perjuicios importantes a uno de los cónyuges o a los hijos. En la versión chilena, esos perjuicios se identifican con el incumplimiento de la obligación de alimentos.

En concreto, en nuestro ordenamiento esta cláusula tiene los siguientes requisitos: a) existencia de una demanda unilateral de divorcio por cese de la convivencia; b) solicitud de parte, no

---

<sup>194</sup> Este fue efectivamente uno de los objetivos que buscó la Reforma al Código Civil en Argentina. Herrera, Marisa. *op. cit.*, p. 317.

<sup>195</sup> Barrientos y Novales estiman que la inclusión de esta cláusula resulta una exigencia desde el momento que se incorpora a nuestra legislación el divorcio remedio solicitado unilateralmente, en atención al carácter de repudio que supone el mismo. Barrientos, Javier y Novales, Aránzazu. *op. cit.* p. 391. Como se ha visto, este trabajo no comparte dicha posición sobre el divorcio unilateral (*supra* 3.1.2.).

<sup>196</sup> Del Picó, Jorge (2010). *op. cit.*, pp. 43 – 44.

estando facultado el juez para actuar de oficio; c) que el demandante no haya dado cumplimiento a su obligación de alimentos con el cónyuge o los hijos; d) que el demandante no haya cumplido su obligación de alimentos, pudiendo hacerlo; e) que el incumplimiento de la obligación de alimentos haya sido reiterado; f) que el incumplimiento se produzca durante el periodo de cese de la convivencia; y g) que el juez verifique este incumplimiento, abriendo un término probatorio para esto<sup>197</sup>.

Cabe señalar que la aplicación de la figura analizada ha sido equívoca en diversos aspectos<sup>198</sup>; por ejemplo, en lo que atañe a la determinación de lo que se entiende por incumplimiento injustificado, en la necesidad de que el incumplimiento verse sobre los alimentos debidos al cónyuge y a los hijos –en atención a la conjunción copulativa que usa la norma<sup>199</sup>– y en su procedencia en casos de deuda por reajuste de la pensión de alimentos. En este contexto, resulta de especial interés la discusión en torno a la necesidad de que se haya decretado alguno de los apremios que dispone la ley N° 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensión de alimentos como requisito para dar lugar a la cláusula, encontrándose sentencias que no exigen apremios previos<sup>200</sup> y otras que sí los exigen<sup>201</sup>.

Revisado lo anterior, corresponde señalar que se ha entendido por parte de la doctrina que la inclusión de la cláusula de dureza en la LMC es una manifestación del principio de protección al cónyuge más débil, y que tiene como objetivo sancionar la infracción del deber de socorro<sup>202</sup>. Así pues, su consagración obedecería a razones de equidad social y a la intención de aminorar los efectos negativos que puedan afectar a la familia como consecuencia del divorcio<sup>203</sup>.

---

<sup>197</sup> Del Picó, Jorge (2010). *op. cit.*, pp. 433 – 434. La Corte Suprema, por su parte, ha identificado los siguientes requisitos de procedencia: a) existencia de obligación de alimentos; b) que el demandante no haya dado cumplimiento a dicha obligación, respecto del cónyuge o de los hijos en común; c) que tal incumplimiento se haya verificado durante la vigencia del matrimonio; d) que exista reiteración en el incumplimiento; y e) que el demandante haya podido cumplir con la obligación. Corte Suprema, Cuarta Sala, 7 de junio de 2010, Rol N° 2857 – 2010.

<sup>198</sup> Una revisión pormenorizada de este tema en: Turner, Susan (2008). *op. cit.*, pp. 285 – 288.; Lepín, Cristián. *op. cit.* pp. 534 – 539.

<sup>199</sup> Si bien parece existir consenso en la jurisprudencia y la doctrina sobre la equivocada incorporación de la conjunción copulativa y, por ende, sobre la procedencia de la cláusula de dureza por incumplimiento de la obligación de alimentos, sea solo respecto del cónyuge o solo respecto de los hijos; es posible encontrar sentencias que en su momento entendieron literalmente la norma. Ver, por ejemplo: Corte de Apelaciones de Coyhaique, 24 de mayo de 2006, Rol N° 22 – 2006.

<sup>200</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, 25 de mayo de 2007, Rol N° 1314 -2007; Corte de Apelaciones de Concepción, 27 de marzo de 2009, Rol N° 20 – 2009.

<sup>201</sup> Corte Suprema, Cuarta Sala, 11 de diciembre de 2008, Rol N° 6218 – 2008; Corte de Apelaciones de Copiapó, 16 de mayo de 2007, Rol N° 128 – 2007.

<sup>202</sup> Lepín, Cristián. *op. cit.* p. 534

<sup>203</sup> Del Picó, Jorge (2010). *op. cit.*, p. 432. Corresponde destacar el hecho de que, pese a su inclusión en diversos sistemas de derecho comparado, su aplicación es restrictiva. Al respecto, ni en Alemania ni en Inglaterra los jueces han hecho aplicación de la norma. En Francia se observa una aplicación más significativa, existiendo un famoso caso en que se aplicó la norma para evitar el perjuicio moral que provocaría el divorcio a una creyente católica. No obstante, incluso en este país, desde 1979 en adelante, es posible observar una tendencia a la aplicación restrictiva de la cláusula, siendo muchos más los

Con todo, dicho argumento resulta cuestionable, pues en concreto, la aplicación de la excepción examinada se traduce en una negación del divorcio por la vía de la verificación del incumplimiento de la obligación de alimentos, con la intención de –según parece asumir el legislador– asistir al cónyuge demandado manteniendo el matrimonio y apremiando al cónyuge solicitante para el pago de los alimentos adeudados.

En primer lugar, en lo tocante a la conservación del matrimonio, no parece que la medida solucione el problema de los alimentos, dado que en la situación de cese de la convivencia que supone la solicitud de divorcio, la cohabitación se ha interrumpido, por lo que el cónyuge alimentario o que tenga bajo su cuidado a los hijos alimentarios, no se podrá beneficiar de la situación patrimonial del cónyuge alimentante. Lo que subsiste con el mantenimiento del matrimonio es la posibilidad de suceder por causa de muerte, cuestión que, si bien resulta relevante, no resuelve el asunto inmediato del incumplimiento de la obligación de alimentos

En segundo lugar, en cuanto a la idea del apremio al cónyuge solicitante para el pago de los alimentos adeudados, no parece evidente que exista una relación necesaria entre el rechazo del divorcio por incumplimiento en el pago de los alimentos y la satisfacción a partir de aquel momento de dicha obligación. En efecto, es posible que, pese a la aplicación de la cláusula, se mantenga el mismo estado de cosas que al momento de la solicitud del divorcio rechazado, perpetuándose la situación de incumplimiento de la obligación de otorgar alimentos sin perjuicio de la denegación de la disolución del matrimonio.

En suma, la norma representa un obstáculo para la obtención del divorcio solicitado unilateralmente, ocasionando un perjuicio a la libre determinación de la personalidad y a la autonomía de la voluntad, justificado en objetivos que no se cumplen. Efectivamente, la conservación de un matrimonio ficticio cede lugar como opción útil para el cónyuge y los hijos alimentarios frente a una real preocupación del juez por regular relaciones equitativas hacia el futuro, y del legislador por establecer mecanismos que permitan, en la misma audiencia en que se concede el divorcio, liquidar los alimentos adeudados y decretar alguno de los diversos apremios considerados para su cobro compulsivo de conformidad con la ley N° 14.908<sup>204</sup>.

---

casos en que se rechaza que los que la aceptan. Corral, Hernán. *Indisolubilidad matrimonial y divorcio ante el derecho civil*, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 19, N° 1, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1992, p. 48.

<sup>204</sup> No se ahondará en los problemas que presenta el derecho de alimentos en nuestro ordenamiento, por exceder los objetivos de este trabajo. Para un análisis y propuestas sobre el tema de los mecanismos de aseguramiento del cumplimiento y de cobro compulsivo, ver: *Propuesta de un Sistema Institucional que asegure el cumplimiento del pago de pensiones alimenticias: Avanzando hacia una real y eficiente tutela de la infancia y la familia*. Centro de Políticas Públicas Pontificia Universidad Católica de Chile, 2004, [Disponible en <https://politicaspublicas.uc.cl/wp->

### 3.2.5. Crítica a la judicialización del divorcio por cese de la convivencia solicitado de mutuo acuerdo.

La regulación del divorcio por cese de la convivencia solicitado conjuntamente es una materia respecto de la que se han planteado numerosas interrogantes: ¿Cuál es el procedimiento aplicable? ¿quién es el demandante y quién el demandado? ¿basta un abogado o cada cónyuge deberá ser representado por un letrado de forma independiente? ¿se debe presentar un escrito conjunto o una demanda a la que deberá allanarse el otro cónyuge? ¿es o no necesario recibir la causa a prueba?<sup>205</sup>

Una primera cuestión a resolver a propósito de los cuestionamientos planteados, es aquella relativa a la naturaleza contenciosa o no contenciosa del divorcio por cese de la convivencia solicitado conjuntamente. En este sentido, nuestros tribunales han entendido que representa un asunto contencioso, al ser el cese de la convivencia y no el mutuo acuerdo la causa objetiva del divorcio, debiendo aquel ser probado por los medios que la ley franquea. En la línea señalada se ha manifestado la Corte de Apelaciones de Copiapó, que ha señalado que *“siendo el divorcio una materia referida al estado civil de las personas y aunque la acción de divorcio se interponga conjuntamente por los contrayentes, el hecho básico en que se funda es el cese de la convivencia entre estos, por más de un año, que necesariamente debe ser probado en un procedimiento contencioso, no siendo suficiente al respecto la mera afirmación de las partes ni el acuerdo que estos expresen sobre el particular”*<sup>206</sup>.

No obstante lo indicado, parte de la doctrina se ha distanciado del planteamiento de los tribunales de justicia, considerando que el divorcio por cese de la convivencia solicitado conjuntamente es un asunto no contencioso<sup>207</sup>. Dicha posición se ha sostenido recurriendo a la definición del artículo 817 del Código de Procedimiento Civil, que dispone que:

*“Son actos judiciales no contenciosos aquellos que según la ley requieren intervención del juez y en que no se promueve contienda alguna entre las partes”.*

---

<content/uploads/2015/01/presentacion-sistema-para-asegurar-el-pago-de-pensiones-alimenticias.pdf>, consultado el 19 de marzo de 2018.

<sup>205</sup> Israel, Ruth. *Procedimiento aplicable al divorcio de común acuerdo tras la entrada en vigencia de la nueva Ley que crea los Tribunales de Familia*, en Revista de Estudios de la Justicia, N° 6, Santiago, Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005, pp. 211 – 212.

<sup>206</sup> Corte de Apelaciones de Copiapó, 7 de junio de 2006, Rol N° 300 – 2006. Otras sentencias en esta línea: Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de junio de 2006, Rol N° 3590 – 2006; Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de enero de 2006, Rol N° 8080 – 2005; Corte Suprema, 25 de octubre de 2010, Rol N° 5827 – 2009. La postura resulta coherente con la ausencia de divorcio de común acuerdo que se ha sostenido anteriormente (1.3.3. y 3.1.).

<sup>207</sup>En esta línea: Maturana, Cristián. *op. cit.*, p. 39; Israel, Ruth. *op. cit.*, p. 213.



De la norma citada se colige que es un acto judicial no contencioso el que cumple con dos requisitos: a) que la ley requiera la intervención del juez; y b) que no se promueva contienda entre las partes<sup>208</sup>.

Respecto del divorcio remedio solicitado conjuntamente, el primer requisito enunciado se comprueba a través del artículo número 8 de la LTF, numeral 16, que fija las acciones de divorcio dentro de la competencia del juez de familia y del artículo 55 de la LMC cuyo tenor dispone que “*el divorcio será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común acuerdo [...]*”<sup>209</sup>. El segundo requisito se satisface al no existir conflicto de relevancia jurídica<sup>210</sup>. Al no haber intereses contrapuestos, no existirá pretensión de un cónyuge ni resistencia del otro, elementos básicos para estar ante un conflicto de interés jurídico<sup>211</sup>.

Conforme a lo expuesto, es posible sostener que en la hipótesis de divorcio por cese de la convivencia solicitado conjuntamente, se está en presencia de un asunto de carácter no contencioso. Sostener esta conclusión modifica el sentido de la intervención del tribunal, pues ya no está dirigida al ejercicio de la jurisdicción, sino a desempeñar una función administrativa denominada *administración pública del derecho privado*<sup>212</sup>.

De todo lo anterior pueden extraerse algunas conclusiones sobre la manera adecuada de abordar el divorcio por cese de convivencia solicitado conjuntamente. En primer lugar, el procedimiento aplicable a esta forma de divorcio es el contemplado en el artículo 102 de la LTF<sup>213</sup> y de acuerdo a lo establecido en dicha disposición, corresponde tramitar el asunto a partir de una solicitud presentada por escrito, pudiendo el juez resolver de plano, a menos que considere necesario oír a los interesados, en cuyo caso tendrá que citarlos a una audiencia a la que los cónyuges deberán asistir con todos los antecedentes del caso. En segundo lugar, lo dicho permite a los interesados ser representados por el mismo letrado, facilitándoles el acceso al procedimiento. En consecuencia, el tratamiento del divorcio solicitado de común acuerdo como un asunto no contencioso repercute en su tramitación de manera más cercana a los principios de autonomía de la voluntad y de libre determinación de la personalidad.

---

<sup>208</sup> Maturana, Cristián. *op. cit.*, p. 40.

<sup>209</sup> Israel, Ruth. *op. cit.*, p. 215.

<sup>210</sup> Israel, Ruth. *op. cit.*, p. 217.

<sup>211</sup> Lo indicado ha llevado a Cristián Maturana a sostener que en este caso se trata de procedimientos de carácter unilateral. Maturana, Cristián. *op. cit.*, p. 41 – 42.

<sup>212</sup> Maturana, Cristián. *op. cit.*, p. 39.

<sup>213</sup> Maturana, Cristián. *op. cit.*, p. 43; Israel, Ruth. *op. cit.*, p. 218.

Finalmente, parte de la doctrina estima que, atendido el carácter no contencioso de la solicitud conjunta de terminación del matrimonio, corresponde que sea conocida por los órganos de la administración del Estado y no por los tribunales de justicia<sup>214</sup>. La anterior significa adoptar un sistema de divorcio desjudicializado, solución ya incorporada por algunas regulaciones de derecho comparado (*infra* 4.2.1.).

---

<sup>214</sup> Maturana, Cristián. *op. cit.*, pp. 49 – 50.

#### 4. APROXIMACIÓN A UNA REGULACIÓN ADECUADA DEL DIVORCIO.

Como se ha dicho, las críticas expuestas en los capítulos anteriores no han estado ausentes en la experiencia comparada. A continuación se revisará la forma en que se han abordado dichos problemas en el derecho de otras naciones. Esta labor se realizará comenzando por una somera revisión histórica de la regulación del divorcio. Seguidamente, se analizarán los mecanismos a partir de los cuales los países más avanzados en la materia han dado solución al tema de las rupturas conyugales. Finalmente, se expondrá la situación de algunas legislaciones comparadas, con énfasis en aquellas que han dado recepción a las formas modernas de divorcio.

##### 4.1. Tendencias comparadas.

El divorcio ha sido el principal desafío del derecho de las familias durante los dos últimos siglos. Si bien últimamente ha perdido importancia en comparación con la problemática de las uniones de parejas del mismo sexo, la regulación del divorcio sigue siendo una materia de discusiones relevantes, habida cuenta del contenido ideológico y las creencias religiosas que su discusión involucra<sup>215</sup>.

Desde el siglo XIX el divorcio se ha aceptado en la generalidad de los países de occidente y ha sido regulado de diferentes formas, observándose tres grandes sistemas: a) el divorcio por culpa; b) el divorcio remedio; y c) el divorcio consensual<sup>216</sup>.

Al inicio del siglo XX, las legislaciones que incorporaron el divorcio lo hicieron permitiendo solamente el divorcio sanción. En dicho contexto, las primeras señales de liberalización del divorcio las dieron Portugal y Rusia, con posterioridad a sus revoluciones de 1910 y 1917, respectivamente<sup>217</sup>. No obstante, durante este periodo la mayoría de los ordenamientos de Europa y América mantuvieron leyes de divorcio restrictivas centradas en causales subjetivas.

Lo anterior se prolongó hasta la revolución que experimentó la concepción de la familia durante las décadas de 1960–1970<sup>218</sup>. En efecto, a partir de los años sesenta puede apreciarse una tendencia en la regulación del divorcio, caracterizada por un desplazamiento desde la primacía de las

---

<sup>215</sup> Antokolskaia, Masha. *op. cit.*, p. 73.

<sup>216</sup> Barrientos, Javier y Novales, Aránzazu. *op. cit.*, p. 358.

<sup>217</sup> En este país se abolió el divorcio por culpa e introdujo el divorcio administrativo para los casos de común acuerdo el año 1917. Un resumen de la experiencia histórica de este país en: Antokolskaia, Masha. *op. cit.*, pp. 82 – 83.

<sup>218</sup> Antokolskaia, Masha. *op. cit.*, p. 75.

causales subjetivas a la preferencia hacia hipótesis objetivas.<sup>219</sup> Esta orientación se justificó en la idea mayoritaria de que el divorcio sanción representaba un mecanismo de terminación del matrimonio que resultaba perjudicial para la familia (*supra* 2.2.).

Ahora bien, el desarrollo de la tendencia descrita no fue uniforme, existiendo dos corrientes en relación con el tema, vinculadas a consideraciones de índole ideológica y política.

Por un lado, existen países en los que se regula restrictivamente el divorcio, entre los que se encuentran Inglaterra, Canadá, Francia, Italia e Irlanda, entre otros. Estos países han mantenido legislaciones restrictivas como consecuencia de ideas conservadoras que pretenden preservar o restaurar la forma y los valores de la *familia tradicional*. En dichos ordenamientos, las leyes de divorcio son entendidas como una forma de darle estabilidad al matrimonio por la vía de dificultar su disolución<sup>220</sup>. Lo que se busca, en definitiva, es que la disolución del vínculo conyugal no se presente como una alternativa sencilla, introduciendo un fuerte control estatal por la vía de establecer requisitos y condiciones exigentes para la procedencia del divorcio<sup>221</sup>.

Por otra parte, se observan países con leyes de divorcio que otorgan mayor relevancia a la voluntad de los cónyuges, como son Rusia, Suecia, España y, en Sudamérica, Argentina y Brasil. En estos países se ha desechado la naturaleza adversarial del divorcio, consagrándose mecanismos que promueven el acuerdo entre los cónyuges, como la mediación y el divorcio administrativo; centrándose la preocupación en que las consecuencias de la disolución matrimonial sean justas y permitan la subsistencia de la vida familiar bajo dinámicas equilibradas.<sup>222</sup>

#### **4.2. Formas modernas de regulación del divorcio.**

En los países en que se ha otorgado mayor libertad a los cónyuges para disolver el matrimonio, se han desarrollado dos formas de divorcio que resulta oportuno revisar. Estas son el *divorcio extrajudicial* y el *divorcio incausado*.

---

<sup>219</sup> Para una revisión sociológica del impacto de las formas de la regulación del divorcio en la estabilidad de los matrimonios desde 1960 en adelante, ver: Fahey, Tony. *Divorce trends and patterns: an overview* en Routledge Handbook of Family Law and Policy (Ed. John Eekellar and Rib George), Nueva York, Editorial Routledge, 2014, pp. 96 – 110.

<sup>220</sup> Considérese como ejemplo lo expuesto respecto a la LMC (*supra* 1.2.4.)

<sup>221</sup> Dentro de Estados Unidos, resulta interesante la experiencia del Estado de California. Ver: Antokolskaia, Masha. *op. cit.* p. 73.

<sup>222</sup> Antokolskaia, Masha. *op. cit.* pp. 73 – 74; Herrera, Marisa. *op. cit.* p. 310. En la doctrina nacional, el profesor Enrique Barros, ya antes de la dictación de la LMC, se pronunciaba en esta línea. Ver: Barros, Enrique. *op. cit.* p. 10.

#### 4.2.1.El divorcio desjudicializado o extrajudicial.

En el sistema de divorcio desjudicializado se dispensa a los cónyuges de la intervención del poder judicial en la terminación del matrimonio, radicándose la atribución para conceder el divorcio en un órgano administrativo.

Esta modalidad de divorcio se desarrolla bajo la comprensión de que al Estado solo le corresponde registrar la voluntad de los cónyuges de poner fin a la relación matrimonial, y no resolver si conceder o no el divorcio, lo que justificaría que conozca del asunto un tribunal de justicia. Si al momento de la celebración del matrimonio el Estado interviene solo administrativamente, resulta coherente que su participación sea de igual entidad al momento de la disolución del vínculo<sup>223</sup>. Como puede apreciarse, este modo de operar otorga preeminencia a la autonomía de la voluntad y a la libre determinación de la personalidad, así como a la intimidad y dignidad de los cónyuges.

Se señalan como virtudes del divorcio desjudicializado, el contribuir a superar el problema de acceso a la justicia –por los altos costos que esto puede suponer– y el de la demora en la prestación jurisdiccional, viéndose considerablemente acelerado el trámite de disolución del matrimonio al realizarse ante un órgano administrativo. Asimismo, la sustracción del divorcio de la competencia de los tribunales de familia contribuye a descomprimirlos de la eventual carga excesiva de trabajo que puedan tener, facilitando que destinen sus recursos a materias que sí requieren de su intervención<sup>224</sup>.

Los requisitos para solicitar el divorcio bajo la modalidad en estudio varían respecto de cada legislación; presentándose como factores importantes para su determinación el acuerdo entre los cónyuges al momento de solicitarlo y la existencia de hijos menores de edad en el matrimonio<sup>225</sup>. Sumado a la disparidad de criterios de regulación, en algunas legislaciones el divorcio desjudicializado convive con modalidades de divorcio judicial, e incluso con la subsistencia del divorcio sanción (esta es la situación de Colombia<sup>226</sup> y Ecuador<sup>227</sup>).

---

<sup>223</sup> Vainsencher, Tânia. *El divorcio en el Derecho Brasileño*, en *El divorcio en el Derecho Iberoamericano* (Coord. Ángel Acedo y Leonardo Pérez), Bogotá, Editorial Temis, 2009, pp. 132.

<sup>224</sup> Vainsencher, Tânia. *op. cit.*, pp. 131.

<sup>225</sup> La forma en que estos factores reducen o aumentan los requisitos para el divorcio desjudicializado será profundizada cuando se revise la situación específica de algunas legislaciones comparadas *supra* 4.3.

<sup>226</sup> Para un panorama general del divorcio en este país, ver: Montoya, Guillermo. *El divorcio en el Derecho colombiano*, en *El Divorcio en el Derecho Iberoamericano* (Coord. Ángel Acedo y Leonardo Pérez), Bogotá, Editorial Temis, 2009, pp. 165 – 185.

<sup>227</sup> Para un panorama general del divorcio en este país, ver: Sotomayor, Jorge. *El divorcio en el Derecho ecuatoriano*, en *El Divorcio en el Derecho Iberoamericano* (Coord. Ángel Acedo y Leonardo Pérez), Bogotá, Editorial Temis, 2009, pp. 309 – 336.

Cabe destacar que en nuestra doctrina se ha argumentado a favor de regular el divorcio solicitado de mutuo acuerdo mediante una modalidad administrativa, en consideración a su naturaleza no contenciosa (*supra* 3.2.5.)<sup>228</sup>.

Finalmente, corresponde señalar que en el divorcio desjudicializado resulta de particular relevancia la regulación de la situación posterior a la ruptura. Este asunto se ha abordado de diversas formas, existiendo legislaciones que exigen la presentación de un acuerdo regulatorio conjuntamente con la solicitud de divorcio, mientras que otras reservan la materia para el conocimiento posterior de un tribunal de justicia. Una experiencia interesante se aprecia en el derecho colombiano, que contempla la figura del Defensor de Familia, funcionario público que interviene en el contexto del divorcio notarial si el matrimonio tiene hijos menores de edad y que está facultado para realizar observaciones a los acuerdos regulatorios presentados por los cónyuges, viéndose estos obligados a realizar los ajustes correspondientes; entendiéndose que desisten de la solicitud de divorcio en caso contrario<sup>229</sup>.

#### 4.2.2. El divorcio sin expresión de causa o incausado.

En un sistema de divorcio incausado, la voluntad de uno o de ambos cónyuges es antecedente suficiente para disolver el vínculo conyugal, sin que sea necesario que estén previamente separados o convencer al juez sobre la existencia de motivos para aquello<sup>230</sup>. Esta comprensión del divorcio se vincula estrechamente con el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los cónyuges y de su derecho fundamental a la libre determinación de la personalidad<sup>231</sup>.

Parte de la doctrina sostiene que el divorcio sin expresión de causa representa un verdadero atentado en contra de la familia y sus integrantes. En este sentido, se argumenta que, al abolirse las causales de divorcio, los miembros de la familia quedan en el desamparo ante la existencia de conductas reprobables en el matrimonio; por ejemplo, el que un cónyuge golpee a otro, lo injurie o maltrate agredéndolo mediante violencia psicológica, entre otras actitudes censurables<sup>232</sup>.

---

<sup>228</sup> Maturana, Cristián. *op. cit.*, p. 49.

<sup>229</sup> Montoya, Guillermo. *op. cit.*, p. 173 – 175.

<sup>230</sup> Movilla, Rosario. *Divorcio incausado* en Revista *Derectum*, Vol. 1. N° 2, Julio – Diciembre 2016, Barranquilla, Universidad Libre Seccional Barranquilla, 2016, pp. 53 – 54; MARTÍNEZ, Nieves. *op. cit.* pp. 150 – 151; 154; Torreles, Esther. *La ley 15/2005, el régimen de non-fault divorce y los principios de derecho europeo de familia* en *Nuevos Conflictos del Derecho de la Familia* (Coord. Eugenio Llamas), Madrid, Editorial Wolters Kluwer, 2009, p. 181.

<sup>231</sup> De Verda y Beamonte, José. *op. cit.*, p. 32.

<sup>232</sup> Güitrón, Julián. *Aplicación de los métodos comparativo, analítico e histórico, al divorcio vincular jurídico chileno y al mexicano*, en *Revista de Derecho de Familia*, N° 3., Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2014, p. 177.

La posición descrita resulta poco atendible, en atención a que las legislaciones contemplan mecanismos jurídicos establecidos específicamente para sancionar las conductas expuestas en el párrafo anterior. Un ejemplo de ello es la ley N° 20.066, que establece la ley de Violencia Intrafamiliar, que tiene por objeto el prevenirla, sancionarla y erradicarla. Así, el divorcio incausado no repercute en la impunidad de los actos reprochables al interior de la familia.

Asimismo, los autores que se oponen al establecimiento del sistema de divorcio incausado, critican los argumentos sobre los que se sustenta, reprochándoles ser individualistas y faltos de solidaridad, toda vez que se muestran de acuerdo con permitir el término del matrimonio por voluntad de uno de los cónyuges. En tal sentido, afirman que el término del matrimonio por voluntad unilateral, significaría el abandono del cónyuge no solicitante<sup>233</sup>. Puede apreciarse, no obstante, que dicha aseveración no es acertada, toda vez que en las legislaciones en que se ha adoptado el divorcio incausado, se pone énfasis en la justicia y reciprocidad de las relaciones futuras entre los cónyuges que han vivido el quiebre matrimonial (*supra* 4.1).

De este modo, resulta más adecuado sostener que la incorporación del divorcio incausado tiene consecuencias positivas.

En primer lugar, dado que representa una decisión adecuada para entender el derecho como una herramienta de pacificación, ya que permite superar el carácter adversarial del divorcio sanción y los perjuicios que trae para la familia. El divorcio incausado previene y desincentiva disputas entre los cónyuges en otros ámbitos relacionados con la ruptura, lo que contribuye a no perjudicar aun más a la familia que atraviesa una crisis. Así, la ley se ocupa de que los cónyuges alcancen acuerdos equilibrados que faciliten relaciones justas hacia el futuro y no de la determinación de un culpable<sup>234</sup>. Se trata, en definitiva, de un régimen jurídico que solo se interesa en las consecuencias de la ruptura en el plano jurídico, desentendiéndose del plano moral<sup>235</sup>.

Seguidamente, esta comprensión del divorcio permite dar un adecuado reconocimiento a los derechos fundamentales de libre determinación de la personalidad, de dignidad y de privacidad, en la medida en que supone una intervención limitada del poder público en la ruptura conyugal, sin que corresponda al Estado escrutar la intimidad de las parejas para acceder a la disolución del matrimonio. Lo anterior responde adecuadamente a los desafíos que plantea al derecho de las familias la incorporación de elementos del derecho constitucional, a partir de la llamada constitucionalización

---

<sup>233</sup> Torreles, Esther. *op. cit.* p. 185.

<sup>234</sup> Herrera, Marisa. *op. cit.* p. 289.

<sup>235</sup> Herrera, Marisa. *op. cit.* p. 310.

del derecho de familia, así como a las exigencias que emanan del derecho internacional de los derechos humanos.

Finalmente, el divorcio incausado da preponderancia a la voluntad de los cónyuges durante todo el desarrollo de la relación matrimonial. El hecho de que baste la decisión individual de un cónyuge para terminar con el vínculo conyugal, representa un reconocimiento a la importancia de su voluntad no solo al momento de celebrarse el matrimonio, sino durante el devenir del mismo y, ciertamente, para la preservación de la relación<sup>236</sup>. De este modo, se reconoce que el presupuesto esencial del matrimonio, tanto en su inicio como en su término, es la voluntad individual de ambos cónyuges<sup>237</sup>.

Naturalmente, entender el divorcio de la manera que se ha expuesto impacta en la concepción del matrimonio. Las legislaciones modernas rechazan la excesiva intervención del Estado en la relación conyugal, entendiéndolo que debe y no puede ser sino lo que sus miembros desean. De esta manera, la garantía de la estabilidad del matrimonio deja de situarse fuera del mismo, a través del control estatal, y pasa a estar en su interior, dependiendo de la voluntad de cada cónyuge<sup>238</sup>. Son ellos quienes deciden lo que es su matrimonio y también hasta cuándo permanecerán en él.

Lo señalado encuentra explicación en la transformación del paradigma de familia, en la medida en que el matrimonio es regulado como una forma de constitución de aquella. En tal sentido, la evolución del concepto de familia ha involucrado que las legislaciones modernas renuncien a definirla de manera estricta, en consideración a que se trata de un concepto que varía de acuerdo a la época y a la cultura; dejando un espacio creciente a la voluntad de los integrantes del núcleo familiar para el desarrollo de sus proyectos de vida y convicciones morales<sup>239</sup>.

De esta manera, se entiende que al derecho le corresponde un espacio limitado de intervención en las materias relativas a la familia, lo que no representa una comprensión “*permissiva o nihilista*”, sino más bien la constatación efectiva de las fronteras de la actuación legítima y eficiente del poder público<sup>240</sup>. Así pues, si bien el cambio de paradigma en la concepción de la familia, al igual que la incorporación del divorcio incausado, no alteran la idea esencial del matrimonio como una

---

<sup>236</sup> Kemelmajer, Aída. *op. cit.* p. 8.

<sup>237</sup> MARTÍNEZ, Nieves. *op. cit.* p. 154; Carrión, Salvador. *Separación y divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio* en Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005 (Coord. José de Verda y Beamonte), Madrid, Editorial Aranzadi, 2006, p. 177.

<sup>238</sup> Carrión, Salvador. *op. cit.* p. 179.

<sup>239</sup> Ver: Kemelmajer, Aída. *op. cit.* p. 12.; Tapia, Mauricio (2005). *op. cit.* pp. 105 – 106. El autor llama la atención sobre lo relevante de observar la pluralidad como un valor a respetar al momento de enfrentar las distintas nociones de familia.

<sup>240</sup> Barros, Enrique. *op. cit.* p. 11



relación interpersonal encaminada a la constitución de una plena comunidad de vida entre sus integrantes; sí impactan en los componentes de perdurabilidad y de compromiso de dicha figura<sup>241</sup>.

En definitiva, la modalidad de divorcio incausado se presenta como una forma adecuada de regular las rupturas conyugales, teniendo como orientación el respeto a la autonomía, a la libertad y a la intimidad de los cónyuges, al mismo tiempo que se pone énfasis en la disposición de manera solidaria, justa y equitativa de las relaciones familiares hacia el futuro<sup>242</sup>.

### **4.3. Estado del derecho comparado.**

Para realizar la exposición de los ordenamientos comparados se usará la distinción entre países con una regulación restrictiva y países que han desarrollado leyes de divorcio permisivas o de divorcio liberalizado (*supra* 4.1.).

#### **4.3.1. Países con regulación restrictiva.**

En los países que se mencionan en los siguientes párrafos, el control estatal sobre las rupturas conyugales es determinante, tendiendo sus legislaciones a velar por la estabilidad del matrimonio a partir de sus leyes de divorcio, quedando relegada a un segundo plano la voluntad de los cónyuges.

##### **4.3.1.1. Francia.**

Francia es un claro ejemplo de legislación de transacción. Antes de 1970, el divorcio planteó importantes controversias en este país. La solución de acuerdo llegó de la mano del civilista Jean Carbonnier, quien es conocido como el arquitecto de la reforma de 1975, que instauró el sistema popularmente conocido como *divorcio a la carta*<sup>243</sup>. Dicha reforma intentó regular el divorcio dando cabida, de manera moderada, a las distintas posiciones en la materia.

Así, en el *Code* se encuentran los siguientes tipos de divorcio<sup>244</sup>:

- a) Divorcio por mutuo acuerdo (artículos 229 al 232 del *Code*).

El legislador francés ha establecido la posibilidad de que los cónyuges recurran conjuntamente ante el juez a solicitar el divorcio sin exigir un plazo de cese de la convivencia. Para

---

<sup>241</sup> Carrión, Salvador. *op. cit.*, p. 178.

<sup>242</sup> Mizrahi, Mauricio. *Regulación del matrimonio y el divorcio en el Proyecto* en Revista La ley, Buenos Aires, Thomson Reuters, 2014, p. 883.

<sup>243</sup> Antokolkaia, Masha. *op. cit.*, p. 86.

<sup>244</sup> Exposición realizada en base a la versión traducida del *Code*, [disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=450290](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=450290)], consultado el 18 de junio de 2018.

ello, los cónyuges deben presentar un convenio que regule las consecuencias de la ruptura, que será conocido por el juez y quedará sujeto a su aprobación.

Presentada la solicitud de divorcio, será examinada por el juez en presencia de los cónyuges por separado y luego conjuntamente. Posteriormente se realizará una audiencia con la presencia de los abogados. Si los cónyuges mantienen su intención de divorciarse, el juez les informará que deben renovar su solicitud transcurrido un plazo de al menos tres meses desde de la última audiencia. Si no renuevan la solicitud en un plazo de seis meses, se entenderá que desisten de la misma.

Renovada la solicitud de divorcio y si el juez adquiere la convicción de que la voluntad de ambos cónyuges es real e informada, procederá a homologar el acuerdo y se pronunciará concediendo el divorcio. No obstante, podrá rechazar la homologación y el divorcio si estima que el convenio no protege suficientemente los intereses de los hijos o de uno de los cónyuges.

Adicionalmente, a partir del 1° de enero de 2017 existe en Francia la posibilidad de divorciarse de mutuo acuerdo ante un notario. Esto en virtud de la *LOI N° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle*<sup>245</sup>, que modificó el artículo 229 del *Code* e introdujo los artículos 229-1, 229-2, 229-3 y 229-4.

Para acceder a dicha modalidad de divorcio, los cónyuges, representados cada uno por su propio abogado, deben concurrir ante el notario para la suscripción del instrumento en que darán cuenta de su voluntad de terminar el matrimonio. Posteriormente, tendrán un periodo de cancelación de quince días en que podrán retractarse. Luego, el convenio será presentado ante el notario, quien revisará el cumplimiento de los requisitos formales. Con todo, la intervención del juez sigue siendo obligatoria en caso de que exista un hijo menor edad que pida ser oído, o si uno de los cónyuges es beneficiario de una medida de protección.

b) Divorcio por aceptación (artículos 233 al 236 del *Code*).

El divorcio por aceptación representa un divorcio sanción matizado. Bajo esta modalidad, el divorcio puede ser declarado a petición de un cónyuge o de ambos cuando existe acuerdo respecto a que la ruptura conyugal ha sido causada por hechos reprochables cometidos por uno de ellos.

---

<sup>245</sup> Disponible en: [<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/11/18/JUSX1515639L/jo>], consultado el 18 de junio de 2018.

Si el juez tiene convicción sobre la libertad de ambos cónyuges en la aprobación de la causa de la ruptura, se pronunciará sobre el divorcio y sus consecuencias. En el caso contrario, si uno de los cónyuges no reconociera el quiebre o el hecho indicado como su motivo, el juez rechazará el divorcio.

c) Divorcio por término de la vida en común (artículo 237 al 240 del *Code*).

El divorcio por término de la vida en común procede por el quiebre irremediable de la relación conyugal, manifestado a través del cese de la convivencia por un plazo mínimo de dos años.

La hipótesis de divorcio remedio del derecho francés solo supone la solicitud unilateral, pues la solicitud de divorcio efectuada de consuno por los cónyuges se tramita por la vía del divorcio por mutuo acuerdo.

El cónyuge que solicita el divorcio debe soportar todas las cargas, correspondiéndole probar la efectividad del cese de la convivencia por el periodo exigido, además de indicar en su demanda los medios por los que dará cumplimiento a sus obligaciones con el cónyuge y los hijos.

Adicionalmente, el legislador francés ha contemplado la procedencia de la cláusula de dureza para el divorcio por término de la vida en común, facultando al juez para rechazar la demanda en caso de que la disolución del matrimonio ocasione consecuencias materiales o morales excepcionalmente dañinas, teniendo especialmente en consideración la edad de los cónyuges y la duración del matrimonio.

d) Divorcio por falta (artículos 241 a 246 del *Code*).

Por último, el legislador francés ha mantenido el sistema de divorcio sanción. Este puede ser solicitado como demanda principal o reconventional y consiste en la posibilidad de pedir el divorcio por falta imputable al otro cónyuge cuando constituya un atentado grave y reiterado a los deberes que impone el matrimonio que torne intolerable la vida en común. El derecho francés solo contempla una causal genérica, sin que existan causales especiales (salvo la condena a alguna de las penas previstas en el artículo 131-1 del Código Penal de Francia).

La diversidad de formas de divorcio expuestas, refleja la intención del legislador francés de dar cabida a las diferentes posturas existentes acerca de la manera de regular la terminación del matrimonio, y pone en evidencia lo controversial del tema en dicho país. Resulta oportuno concluir indicando que, pese a la modificación del año 2017 que introdujo el divorcio notarial, Francia presenta una legislación en la que persiste un importante control estatal que relega a un segundo plano la voluntad de los cónyuges.

#### 4.3.1.2. Inglaterra.

A partir de la *Divorce Reform Act* de 1969, se consagró en Inglaterra un divorcio que, al menos en la nomenclatura, se acerca al divorcio remedio, procediendo a partir de la denominada *irretrievable breakdown of the marriage*. Esta modalidad fue el resultado de un compromiso ideológico entre sectores conservadores y progresistas ante el problema que provocaba la situación de los divorcios masivos por colusión<sup>246</sup>.

La forma de divorcio remedio que operaba como resultado de la reforma indicada era bastante restrictiva y se caracterizaba por mantener subyacente el fundamento del divorcio sanción, pues establecía la necesidad de esgrimir y probar el motivo del quiebre irremediable del matrimonio, siendo una circunstancia habilitante para estos efectos la culpa del otro cónyuge. Las otras alternativas eran una separación de dos o cinco años, según fuera solicitado de común acuerdo o unilateralmente, respectivamente.

Esta combinación de factores y la reducida intervención judicial en la verificación de la causa esgrimida, derivó en que los cónyuges solicitaran divorcios por culpa acordados, pues les otorgaba una alternativa para terminar el matrimonio con mayor celeridad, dado que así sorteaban el transcurso de los dos años que exigía el divorcio por cese de la convivencia de mutuo acuerdo<sup>247</sup>.

La situación descrita hizo necesaria una reforma en la materia, la que se llevó a cabo a partir de la *Family Law Act* de 1996. A partir de esta, se suprimió completamente el divorcio basado en la culpa, otorgándose la disolución del vínculo matrimonial luego de un periodo de reflexión de un año posterior a la presentación de la solicitud, en caso de no existir objeción del otro cónyuge ni hijos menores de edad en el matrimonio. De presentarse alguna de aquellas circunstancias, el periodo de reflexión será de dieciséis meses. Con todo, el plazo para la solicitud de terminación del matrimonio puede ser considerablemente mayor a los descritos, toda vez que la resolución de otros asuntos a los que da lugar el divorcio se abordan en el mismo procedimiento, provocando su extensión debido a las disputas que pueden involucrar estas materias<sup>248</sup>.

En definitiva, se observa en Inglaterra una regresión hacia una intervención mayor del Estado en materia de divorcio y, con esto, una disminución de la consideración a la voluntad de los cónyuges.

---

<sup>246</sup> Antokolkaia, Masha. *op. cit.*, p. 83. El término literal usado por la autora es “*divorce by collusion*”.

<sup>247</sup> Antokolkaia, Masha. *op. cit.*, p. 84.

<sup>248</sup> Antokolkaia, Masha. *op. cit.*, p. 85.

### 4.3.2. Países con divorcio liberalizado.

En este punto se revisarán algunas de las legislaciones que han dado recepción a las formas de divorcio que priorizan la voluntad de los cónyuges en la ruptura conyugal. En los países que se analizarán, el control estatal no se despliega sobre las condiciones que posibilitan la disolución del matrimonio, sino respecto de las consecuencias que la ruptura acarrea hacia el futuro.

#### 4.3.2.1. Brasil.

En Brasil se ha abolido completamente el divorcio sanción. Es posible incluso sostener la existencia de un divorcio incausado, ya que si bien se exige un tiempo de separación para decretarse la disolución del matrimonio, la declaración de los cónyuges es antecedente suficiente para satisfacer aquel requisito, no siendo necesario esgrimir causas o motivos en la solicitud<sup>249</sup>.

El Código Civil de Brasil contempla un *divorcio directo* y un *divorcio indirecto*, según se exija o no la separación judicial previa para ser decretado. Ambas formas de divorcio, dependiendo de si es solicitado por ambos cónyuges o unilateralmente, podrán tramitarse judicial o extrajudicialmente.

- a) Divorcio directo (artículo 1580 inciso segundo del Código Civil brasileño).

De conformidad con el artículo 1580 inciso segundo del Código Civil brasileño, el divorcio puede ser solicitado por uno o por ambos cónyuges luego de dos años de separación de hecho continua e ininterrumpida.

La prueba de la separación de hecho es fácil, estando facultados los cónyuges para valerse de cualquier medio probatorio. Asimismo, si el juez estima que de la prueba presentada se concluye de manera clara el cumplimiento del plazo, podrá conceder de plano el divorcio, sin necesidad de realizar una audiencia<sup>250</sup>.

Las cuestiones patrimoniales entre los cónyuges y la situación de los hijos pueden ser resueltas conjuntamente con el divorcio o ser sometidas a un procedimiento posterior de ser necesario.

---

<sup>249</sup> Lôbo, Paulo. *Derecho Civil. Las familias*. Sao Paulo, Editorial Saraiva, 4° Edición, 2011, [disponible en: <https://pt.slideshare.net/miguel020486/2011-direito-civil-familias-paulo-lobo-ed-saraiva-4-edicao>], consultado el 30 de marzo de 2018, p. 132.

<sup>250</sup> Vainsencher, Tânia. *op. cit.*, p. 127 – 128.

b) Divorcio indirecto (artículo 1580 inciso primero del Código Civil brasileño).

El inciso primero del artículo 1580 del Código Civil brasileño faculta a cualquiera de los cónyuges para solicitar la conversión de la separación judicial en divorcio, habiendo transcurrido el plazo de un año desde decretada aquella

c) Hipótesis de divorcio judicial y extrajudicial.

Tanto el divorcio directo como el indirecto pueden ser solicitados consensualmente por los cónyuges ante un tribunal de justicia, habiendo transcurrido los plazos requeridos en cada caso. En este procedimiento no existe audiencia de tentativa de conciliación respecto a la preservación del vínculo matrimonial.

El divorcio será siempre judicial cuando sea solicitado por un solo cónyuge. La defensa del demandado solo podrá versar sobre el transcurso del plazo de separación<sup>251</sup>.

Además de lo indicado, desde el año 2007 existe en Brasil la vía extrajudicial para el divorcio solicitado consensualmente, concretada mediante la suscripción de una escritura pública. Los requisitos de esta forma de divorcio se establecen en el artículo 1124–A del Código de Procedimiento Civil brasileño, y son: a) que no existan hijos menores de edad o incapaces; b) la suscripción de una escritura pública en que conste la descripción y el reparto de los bienes comunes, la pensión de alimentos, y la indicación de recuperar los nombres de solteros de los cónyuges o la de conservar el nombre adquirido a propósito del matrimonio; c) la asistencia de al menos un abogado común; y d) la observancia del plazo legal exigido. La escritura pública no debe ser homologada judicialmente<sup>252</sup>.

En definitiva, si bien la forma de regulación del divorcio en Brasil otorga importancia a la voluntad de los cónyuges –manifestada en cuestiones como las facilidades probatorias y el establecimiento del divorcio extrajudicial–, los plazos requeridos para su solicitud siguen siendo altos, lo que representa el principal aspecto crítico de esta legislación.

#### 4.3.2.2. Suecia.

Suecia fue uno de los primeros países de Europa en liberalizar el divorcio y, hasta la fecha, presenta una de las legislaciones más permisivas en la materia<sup>253</sup>; en efecto, en este país el concepto

---

<sup>251</sup> Vainsencher, Tânia. *op. cit.*, p 133.

<sup>252</sup> Vainsencher, Tânia. *op. cit.*, p 131.

<sup>253</sup> Antokolskaia, Masha. *op. cit.*, p. 81.

de divorcio por culpa fue derogado el año 1973, reduciéndose la intervención del Estado al mínimo, siendo la voluntad de los cónyuges el antecedente efectivo del divorcio<sup>254</sup>.

Si los cónyuges están de acuerdo en la disolución del vínculo conyugal y no existen hijos menores de edad en el matrimonio, el divorcio debe ser inmediatamente concedido tras la presentación de la solicitud. Si los cónyuges no están de acuerdo o existieran hijos menores de edad, será otorgado luego de un periodo de reflexión de seis meses posterior a la respectiva solicitud.

A partir de 1987 se introdujeron reformas a la ley de familia que tuvieron por objeto regular las situaciones perjudiciales que pudiera traer consigo el divorcio y establecer relaciones justas hacia el futuro por medio de la intervención del juez. Estos cambios, no obstante, no significaron dificultar ni retrasar el otorgamiento del divorcio.

En conclusión, esta legislación se presenta como un temprano ejemplo de la preeminencia de la voluntad de los cónyuges al momento de decidir sobre la terminación del matrimonio.

#### 4.3.2.3. España.

En España, a través de la Ley N° 30/1981 se modificó el Código Civil, incorporándose el divorcio a su legislación. En dicha oportunidad se dio recepción al divorcio en base a causales objetivas vinculadas a la separación previa de los cónyuges, optándose desde aquel momento por un sistema de divorcio remedio por sobre uno de divorcio sanción<sup>255</sup>.

El divorcio introducido en 1981 se mantuvo inalterado por un largo periodo, sin embargo, el sistema adoptado comenzó a mostrar deficiencias, centradas en la exigencia de un tiempo de separación previa y las consecuencias prácticas que esto traía aparejado. Lo anterior dado que, en los hechos, existía un doble procedimiento –el primero para conseguir la separación y el segundo para el divorcio–. Asimismo, a través de un interesante desarrollo doctrinal, cobraron importancia en España las consideraciones teóricas sobre la relevancia de la libertad de los cónyuges al momento del término del matrimonio<sup>256</sup>.

Lo expresado motivó importantes discusiones que derivaron en la Ley N° 15/2005; cuerpo legal que introdujo modificaciones al sistema de divorcio español. Entre lo más destacable de esta reforma se encuentra la desaparición de la separación como requisito previo para el divorcio y la eliminación de cualquier tipo de causa para su procedencia. De tal manera, a partir de 2005 España

---

<sup>254</sup> Antokolskaia, Masha. *op. cit.*, p. 81.

<sup>255</sup> Martínez, Nieves. *op. cit.*, p. 145.

<sup>256</sup> Martínez, Nieves. *op. cit.*, p. 147.

recogió un sistema de divorcio incausado, que tiene como objeto, según lo indica la exposición de motivos de la ley comentada, elevar la libertad de los cónyuges como valor superior en el ordenamiento jurídico y permitir el más pleno ejercicio del derecho a la libre determinación de la personalidad<sup>257</sup>.

El divorcio en España puede ser solicitado unilateralmente o de mutuo acuerdo. En ambos casos, el único requisito es el transcurso de un plazo de tres meses desde la celebración del matrimonio (artículo 86 en relación con el artículo 81.1 y 81.2 del Código Civil español), debiendo presentarse, en ambas hipótesis, una propuesta de convenio regulador. Cabe precisar que, en el supuesto de divorcio unilateral, no será requerido el transcurso del plazo indicado cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física o moral, la libertad, o la libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos (artículo 81.2 del Código Civil español).

En consecuencia, más allá de algunas diferencias procesales<sup>258</sup>, no existe una priorización de la hipótesis consensual sobre la unilateral, siendo la libre voluntad de cada cónyuge el elemento determinante para el otorgamiento del divorcio.

Como necesario contrapeso a esta facilidad para la terminación del matrimonio, el ordenamiento español contiene mecanismos para verificar la justicia de los acuerdos regulatorios. En este sentido, la ley ordena al Ministerio Fiscal intervenir en caso de que existan hijos menores de edad o incapaces, a efectos de recabar información sobre el convenio regulador, la que será entregada luego al juez. Por su parte, el tribunal está facultado para rechazar completa o parcialmente el convenio regulador en la misma sentencia de divorcio, debiendo en este caso los cónyuges, dentro del plazo de 10 días contados desde la sentencia, proponer un nuevo convenio sobre aquellas materias que no hayan sido aprobadas por el juez.

En definitiva, la regulación del divorcio en España pone énfasis en la voluntad de los cónyuges y, al mismo tiempo, el legislador ha dispuesto mecanismos para el establecimiento de relaciones justas hacia el futuro luego del término de la relación conyugal.

#### 4.3.2.4. Argentina.

El Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, que entró en vigencia el año 2014, innovó profundamente en la regulación de la terminación del matrimonio<sup>259</sup>, derogando

---

<sup>257</sup> [Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2005/07/09/pdfs/A24458-24461.pdf>.], consultado el 19 de junio de 2018.

<sup>258</sup> Para una exposición de estas, ver: Martínez, Nieves. *op. cit.*, p. 159 – 173.

<sup>259</sup> Kemelmajer, Aída. *op. cit.*, p. 21.



completamente el divorcio causado. Asimismo, eliminó la separación personal, entendiendo que esto era necesario para lograr una legislación completamente laica, toda vez que la figura era contemplada como una alternativa para aquellas personas que deseaban sustraerse de ciertos derechos y obligaciones del matrimonio sin disolverlo, por motivos de índole religioso. Sumado a lo anterior, la utilidad práctica de dicha institución se había vuelto inexistente<sup>260</sup>.

De tal manera, en Argentina existe un sistema de divorcio incausado tramitado ante los tribunales de justicia, que podrá ser solicitado por uno o ambos cónyuges, según dispone el artículo 437 del Código Civil y Comercial de la Nación. En cuanto a los requisitos para solicitar la disolución del matrimonio, se encuentran contenidos en el artículo 438 del mismo cuerpo legal (*supra* 3.2.3.). De la norma citada se concluye la existencia de dos situaciones comunes al divorcio unilateral y al consensual. En primer lugar, la exigencia de presentar, conjuntamente con la solicitud de divorcio, una propuesta que regule sus consecuencias, cuya omisión tiene como consecuencia el rechazo de la tramitación del divorcio; en segundo lugar, se prohíbe al juez retrasar la sentencia de divorcio en caso de que se presenten cuestiones relacionadas con la propuesta regulatoria que sean de lato conocimiento. Adicionalmente, el Código Civil y Comercial de la Nación establece expresamente la prohibición de renunciar a la acción de divorcio.

Sumado a lo anterior, el mismo artículo 438, se refiere a las facultades del juez para escrutar el contenido de la propuesta o convenio –en caso de que haya acuerdo–, correspondiéndole homologarla, con el propósito de impedir que del divorcio se deriven consecuencias perjudiciales para alguno de los cónyuges.

De lo expuesto, se puede apreciar la ausencia de requisitos para el divorcio, adicionales a la presentación de una propuesta que regule las relaciones futuras del grupo familiar, poniéndose el énfasis en las consecuencias de la ruptura y no en las condiciones de su procedencia. No existen plazos ni causas, siendo la voluntad de los cónyuges lo determinante. Las características indicadas hacen congruente a la legislación argentina con los principios de libre determinación de la personalidad, de intimidad y de igualdad.

---

<sup>260</sup> Herrera, Marisa. *op. cit.*, pp. 306 – 307.



## CONCLUSIONES.

Hasta el año 2004, nuestro ordenamiento no contemplaba una regulación del divorcio con disolución de vínculo. Ante esta situación, la solución al inevitable problema de las rupturas conyugales se alcanzó mediante la práctica de las nulidades fraudulentas, lo que dejaba el término del matrimonio en una situación de desregulación de sus consecuencias.

La respuesta a la situación descrita fue la LMC, que introdujo a nuestro derecho el divorcio con disolución de vínculo. Con todo, las importantes diferencias ideológicas y políticas manifestadas en la discusión de aquel cuerpo legal, dieron como resultado una ley de transacción. Esto se traduce en una legislación que presenta importantes contradicciones y puntos críticos en su contenido, lo que se ve reflejado en la forma de la regulación del divorcio.

Actualmente, el divorcio en nuestro país es regulado mediante los sistemas de divorcio por culpa y divorcio por cese de la convivencia. Ambas modalidades presentan aspectos problemáticos en relación con el moderno derecho de las familias, caracterizado por las corrientes de contractualización y constitucionalización y por la influencia del derecho internacional de los derechos humanos.

En cuanto al divorcio sanción, su incorporación supone adoptar una forma de regular la ruptura conyugal que resulta perjudicial para la familia, en consideración a la lógica punitiva que le subyace. La necesidad de atribuir una causal subjetiva, consistente en la culpa del otro cónyuge, convierte el procedimiento de disolución del vínculo matrimonial en un escenario de hostilidad que degrada las relaciones familiares hacia el futuro y afecta a los hijos. Asimismo, la exposición de aspectos de la vida privada de los cónyuges atenta en contra de los derechos fundamentales de intimidad y dignidad. Sumado a esto, la culpa resulta inadecuada como criterio de determinación de la responsabilidad de la ruptura, en consideración a la dinámica familiar, que supone comportamientos que se retroalimentan de manera bilateral entre los cónyuges.

Por su parte, si bien el divorcio por cese de la convivencia permite superar el carácter adversarial del divorcio sanción, al estar regulado en base a una causal objetiva, presenta igualmente aspectos criticables, entre los que se encuentran su judicialización y la exigencia de plazos significativos de cese de la convivencia para su otorgamiento.

En definitiva, nuestro país presenta una regulación del divorcio en la que la voluntad y la libertad de los cónyuges ocupan un lugar secundario, existiendo un importante control estatal en la ruptura conyugal.

Los problemas expuestos respecto de nuestra legislación no han sido ajenos al derecho comparado. En este contexto, las legislaciones que muestran mayores niveles de reconocimiento a la voluntad de los cónyuges al momento de la terminación del matrimonio han recogido dos sistemas de divorcio: el divorcio desjudicializado y el divorcio incausado.

En el sistema de divorcio desjudicializado, el Estado interviene solo administrativamente al momento de la disolución del vínculo conyugal, lo cual contribuye a facilitar el acceso al divorcio a los cónyuges, al mismo tiempo que reduce el tiempo para su otorgamiento.

En cuanto al divorcio incausado, representa una manera adecuada de abordar las rupturas conyugales, en tanto atribuye al derecho una función de recomposición de los conflictos entre los miembros de la familia. Asimismo, esta comprensión del divorcio es coherente con la libre determinación de la personalidad, la dignidad y la privacidad de los cónyuges, otorgando preeminencia a su voluntad en la regulación de la ruptura conyugal.

Así, tanto el divorcio desjudicializado como el divorcio incausado se presentan como formas de divorcio comprensivas de las exigencias que plantean al derecho de las familias el reconocimiento de los derechos fundamentales y el derecho internacional de los derechos humanos, al mismo tiempo que reconocen primacía a la voluntad y la libertad de los cónyuges, regulando de manera solidaria, justa y equilibrada la relación de la familia posterior a la ruptura.

En tal sentido, la experiencia comparada de los países que han adoptado estas formas de divorcio aporta lineamientos que corresponde tener en consideración para la superación de las críticas a la regulación del divorcio en nuestro país.

## BIBLIOGRAFÍA.

### 1) Libros.

Barrientos, Javier. *Código de Familia. Colección privada. Normativa y Jurisprudencia sistematizada, concordada y sistematizada*. Santiago, Editorial Thomson Reuters, quinta edición, 2017.

Barrientos, Javier y Novales, Aránzazu. *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*. Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2004.

Corral, Hernán. *Separación, nulidad y divorcio. Análisis desde los principios y las reglas de la Ley de Matrimonio Civil*. Santiago, Editorial Legal Publishing, 2011.

Court, Eduardo. *Nueva Ley de Matrimonio Civil. Ley 19.947 de 2004. Analizada y Comentada*. Santiago, Editorial Legis, 2004.

Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Montevideo – Buenos Aires, Editorial B de la F, 2007.

Del Picó, Jorge. *Derecho Matrimonial Chileno. Antecedentes, principios informadores e instituciones fundamentales*. Santiago, Legal Publishing, 2010.

Diez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*. Madrid, Editorial Tecnos, décima edición, 2006.

Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, Editorial Ariel, 2º Edición., 1989.

Figueroa, Gonzalo. *Persona, Pareja y Familia*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995.

González, Joel. *La Compensación Económica en el divorcio y la nulidad matrimonial*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012.

Guzmán, Alejandro. *El Derecho Privado Constitucional de Chile*. Valparaíso, Ediciones Universitarias, 2001.

Horvitz, María y López, Julián. *Derecho Procesal Penal*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II 2004.

Hunter, Iván. *Las potestades probatorias del juez de familia*. Santiago, Legal Publishing, 1º Edición 2008.

Jara, Eduardo. *Derecho Procesal de Familia. Principios formativos, reglas generales, procedimiento ordinario*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1º Edición, 2011.

Lepín, Cristián. *Jurisprudencia de derecho familiar: Nueva Ley de Matrimonio Civil (2004 – 2014)*. Santiago, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2015.

Lepín, Cristián. *Jurisprudencia de derecho familiar: Tribunal Constitucional (2004 – 2015)*. Santiago, Editorial Legal Publishing, 2015.

Lôbo, Paulo. *Derecho Civil. Las familias*. Sao Paulo, Editorial Saraiva, 4° Edición, 2011.

Maturana, Javier. *Sana Crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba*. Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2010.

Mizrahi, Mauricio. *Familia, matrimonio y divorcio*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001.

Nash, Claudio. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*. Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2012.

Orrego, Juan. *Temas de Derecho de Familia*. Santiago, Editorial Metropolitana, 2007.

Pizarro, Carlos y Vidal, Álvaro. *La compensación económica por divorcio o nulidad matrimonial*. Santiago, Editorial Legal Publishing, 2010.

Ramos, René. *Derecho de Familia*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tomo I, sexta edición actualizada, 2007.

Tapia, Mauricio. *Código Civil: 1855 – 2005. Evolución y perspectivas*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1° edición. 2005.

Troncoso, Hernán. *Derecho de Familia*. Santiago, Editorial Thomson Reuters, decimoquinta edición actualizada, 2014.

Veloso, Paulina. *Tratado de Jurisprudencia y Doctrina. Derecho de Familia*. Santiago, Editorial Thomson Reuters, Tomo I, 2011.

## 2) Artículos y capítulos.

Antokolskaia, Masha. *Dissolution of marriage in westernised countries*, en *Routledge Handbook of Family Law and Policy* (Ed. John Eckellar and Rib George), Nueva York, Editorial Routledge, 2014.

Barcia, Rodrigo y Riveros, Carolina. *El carácter extrapatrimonial de la compensación económica*, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 38, N° 2, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2011.

Bayefsky, Anne. *El principio de igualdad o no discriminación en el Derecho Internacional*, en *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, N° 1-2, 1990.

Barros, Enrique. *La Ley Civil ante las Ruptura Matrimoniales*, en *Estudios Públicos* N° 85, Santiago, 2002.

Carrión, Salvador. *Separación y divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio*, en *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005* (Coord. José de Verda y Beamonte), Madrid, Editorial Aranzadi, 2006.

Cillero, Miguel. *El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño*, en *Justicia y Derechos del Niño* N° 1, Santiago, UNICEF, 1999.

Corral, Hernán. *Divorcio por culpa y compensación económica*, en *Compensación Económica, Doctrinas Esenciales*, segunda edición (Dir. Cristián Lepín), Santiago, Editorial Legal Publishing, 2016.

Corral, Hernán. *El debilitamiento del matrimonio en el derecho de familia de los siglos XX – XXI*, en *Revista de Derecho de Familia*, vol. 3, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2011.

Corral, Hernán. *Sentido y alcance de la definición de Matrimonio del artículo 102 del Código Civil, después de la introducción del divorcio vincular por la Ley 19.947, de 2004*, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 36 N° 1, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2009.

Corral, Hernán. *¿Puede ser la separación personal una alternativa al divorcio? Un análisis de la reciente ley chilena de matrimonio civil*, en *Gaceta Jurídica*, N° 320, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2007.

Corral, Hernán. *Familia y Derecho*, en *Colección Jurídica*, Santiago, Universidad de Los Andes, Santiago, 1994.

Del Picó, Jorge. *La Ley de Matrimonio Civil de 2004: apuntes preliminares para una evaluación necesaria*, en *Revista de Derecho de Familia*, Vol. III, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2014.

De Verda y Beamonte, José. *El libre desarrollo de la personalidad como principio inspirador de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, en *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005* (Coord. José de Verda y Beamonte), Madrid, Editorial Aranzadi, 2006.

Fahey, Tony. *Divorce trends and patterns: an overview*, en *Routledge Handbook of Family Law and Policy* (Ed. John Eekellar and Rib George), Nueva York, Editorial Routledge, 2014.

Figuroa, Gonzalo. *El Pacto de Convivencia. Una alternativa al pacto de Matrimonio*, en *Estudios de Derecho Civil: Código y dogmática en el sesquicentenario de la promulgación del Código Civil*, Santiago, Lexis Nexis, 2005.

Fuentes, Claudio. *Derecho procesal civil*, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 20, julio de 2013, Santiago, Fundación Fueyo, 2013.

Galván, José. *El nuevo sistema matrimonial de la Ley N° 19.947*, en *El Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio* (Coordinador Álvaro Vidal), Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

Gómez de la Torre, Maricruz. *Principios que informan la Ley de Matrimonio Civil*. *Revista Diké*, Volumen I, N° 1, Santiago, Universidad Alberto Hurtado, 2009.

Guerrero, José. *Menoscabo y compensación económica: justificación de una visión asistencial*, en *Revista de Derecho*, Vol. 21, N° 2, Valdivia, 2008.

Güitrón, Julián. *Aplicación de los métodos comparativo, analítico e histórico, al divorcio vincular jurídico chileno y al mexicano*, en *Revista de Derecho de Familia*, N° 3, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2014.

Hernández, Gabriel. *Las consecuencias de la infracción de deberes matrimoniales no dan lugar a indemnización*, en Revista Chilena de Derecho Privado, N° 27, Santiago, Fundación Fernando Fueyo, 2016.

Hernández, Gabriel. *Familia y Derechos Humanos en el ordenamiento chileno*, en Revista de Derecho de Familia, Vol. III, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2016.

Hernández, Gabriel. *Ética y derecho de familia en el Estado Democrático de Derecho*, en Revista del Magister y Doctorado en Derecho, N° 2, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2008.

Herrera, Marisa. *El lugar de la Justicia en la ruptura matrimonial según la legislación que se avecina. Bases para leer el régimen de divorcio incausado*, en Derecho de las familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea. Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2014.

Hunter, Iván. *La prueba de la infidelidad en el divorcio culposo: un caso de dificultad probatoria explicada con un caso real*, en Revista de Derecho de Familia, Vol. III, N° 7, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2015.

Illanes, Alejandra. *El divorcio (I). Sistema adoptado por la legislación chilena. Divorcio Sanción*, en El Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio (Coordinador Álvaro Vidal), Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

Isler, Erika. *Los principios en la Ley 19.947: Análisis y desarrollo*, en Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins, Santiago, 2009.

Israel, Ruth. *Procedimiento aplicable al divorcio de común acuerdo tras la entrada en vigencia de la nueva Ley que crea los Tribunales de Familia*, en Revista de Estudios de la Justicia, N° 6, Santiago, Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005.

Kemelmajer, Aída. *La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino*, en Derecho de las familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea, Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2014.

Lepín, Cristián. *Los nuevos principios del derecho de familia*, en Revista Chilena de Derecho Privado, N° 23, Santiago, Fundación Fueyo, 2014.

Lepín, Cristián. *El principio de protección del cónyuge más débil en el moderno derecho de familia*, en Revista Chilena de Derecho, vol 40 N° 2, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2013.

Martínez, Nieves. *IV. El Divorcio*, en Nuevos Conflictos del Derecho de la Familia (Coord. Eugenio Llamas), Madrid, Editorial Wolters Kluwer, 2009.

Maturana, Cristián. *La terminación del matrimonio de común acuerdo: Una institución en búsqueda de su identidad procesal* en Revista de Derecho de Familia, N° 3, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2014.



Mizrahi, Mauricio. *Regulación del matrimonio y el divorcio en el Proyecto*, en Revista La ley, Buenos Aires, Editorial Thomson Reuters, 2014.

Montoya, Guillermo. *El divorcio en el Derecho colombiano*, en El Divorcio en el Derecho Iberoamericano (Coord. Ángel Acedo y Leonardo Pérez), Bogotá, Editorial Temis, 2009.

Moscoso, Pía. *Sida y sus principales desafíos jurídicos en el Derecho de Familia chileno*, en Estudios de Derecho Civil: Código y dogmática en el sesquicentenario de la promulgación del Código Civil, Santiago, Lexis Nexis, 2005.

Movilla, Rosario. *Divorcio incausado*, en Revista Derectum, Vol. 1. N° 2, Barranquilla, Universidad Libre Seccional Barranquilla, 2016.

Nash, Claudio y Núñez, Constanza. *Ley de Matrimonio Civil y Derechos Humanos: Una década después*, en Revista de Derecho y Familia, Vol. N° 3, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2014.

Nogueira, Humberto. *El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas*, en Revista AFDUDC (10), La Coruña, Universidad de Coruña, 2006.

Orrego, Cristóbal. *Criterios ético-jurídicos sobre la aplicabilidad de la ley de divorcio por parte de abogados y jueces: El Problema de la cooperación al mal*, en Matrimonio Civil y Divorcio, Cuadernos de extensión jurídica, Santiago, Universidad de Los Andes, 2005.

Otárola, Yasna. *El carácter cuestionable de la culpa en materia de derecho matrimonial*, en Temas de Derecho, Años XXVIII – XXX, Santiago, Universidad Gabriela Mistral, 2015.

Pardo de Carvallo, Inés. *El Divorcio (II). Divorcio de común acuerdo. Divorcio unilateral. Acción de divorcio. Efectos*, en El Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio (Coordinador Álvaro Vidal), Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

Peña, Carlos. *¿Hay razones constitucionales fuertes en favor de un estatuto igualitario?*, en Instituciones Modernas de Derecho Civil: Homenaje al Profesor Fernando Fueyo, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1996.

Pinochet, Ruperto. *El principio de mínima intervención del Estado en los asuntos familiares en los sistemas normativos chilenos y español*, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XLIV, Valparaíso, 2015.

Ramírez, Mario. *Comentarios sobre el Proyecto de Ley de Matrimonio Civil*, en Nuevas Tendencias del Derecho (Coord. María Martinic), Santiago, Lexis Nexis, 2004.

Rodríguez, Pablo. *Ley de Matrimonio Civil*, en Curso de Actualización Jurídica, Nuevas Tendencias en el Derecho Civil, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, 2004.

Samtleben, Jürgen. *Matrimonio y divorcio en la Nueva Ley de Matrimonio Civil chilena*, en Revista de derecho de Concepción, N° 221 – 222, año LXXV, Concepción, Universidad de Concepción, 2007.

Sotomayor, Jorge. *El divorcio en el Derecho ecuatoriano*, en *El Divorcio en el Derecho Iberoamericano* (Coord. Ángel Acedo y Leonardo Pérez), Bogotá, Editorial Temis 2009.

Tapia, Mauricio. *Principios, reglas y sanciones del Derecho de las Familias*, en *Responsabilidad y Familia* (Coordinador Cristián Lepín), Santiago, Legal Publishing, 2014.

Tapia, Mauricio. *Del derecho de Familia al derecho de las Familias*, en *Estudios de Derecho Civil III*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2007.

Tapia, Mauricio. *Nulidad y divorcio en el proyecto de nueva Ley de Matrimonio civil*, en *Revista de Estudios Públicos*, N° 86, Santiago, Centro de Estudios Públicos, 2002.

Torreles, Esther, *La ley 15/2005, el régimen de non-fault divorce y los principios de derecho europeo de familia*, en *Nuevos Conflictos del Derecho de la Familia* (Coord. Eugenio Llamas), Madrid, Editorial Wolters Kluwer, 2009.

Turner, Susan. *Las circunstancias del artículo 62 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil: Naturaleza y función*, en *Compensación económica, Doctrinas Esenciales*, (Dir. Cristián Lepín), Santiago, Editorial Legal Publishing, segunda edición, 2016.

Turner, Susan. *La compensación económica en la Nueva Ley de Matrimonio civil: tres cuestiones dogmáticas*, en *Compensación económica, Doctrinas Esenciales*, (Dir. Cristián Lepín), segunda edición, Editorial Legal Publishing, 2016.

Turner, Susan. *Sentencia sobre los requisitos de procedencia de la excepción consagrada en el art. 55 inciso 3° de la Ley de Matrimonio Civil: Hacia la morigeración de su 'dureza' (Corte de Apelaciones de San Miguel)*, en *Revista de Derecho*, Vol. XXI, N° 2, Valdivia, Universidad Austral de Chile, 2008.

Ugarte, José. *¿Por qué una ley de civil de divorcio es injusta?*, en *Matrimonio Civil y Divorcio*, Cuadernos de extensión jurídica, Santiago, Universidad de Los Andes, 2005.

Vainsencher, Tânia. *El divorcio en el Derecho Brasileño*, en *El divorcio en el Derecho Iberoamericano* (Coord. Ángel Acedo y Leonardo Pérez), Bogotá, Editorial Temis, 2009.

Veloso, Paulina. *Algunas ideas generales sobre la Nueva Ley de Matrimonio Civil en materia de divorcio, Ley N° 19.947*, en *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005.

Zúñiga, Yanira y Turner, Susan. *Sistematización comparativa de la regulación de la familia en las Constituciones Latinoamericanas*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Año 20 – N° 2, Antofagasta, Universidad Católica del Norte, 2013.

### 3) Sentencias.

Artavia Murillo contra Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de noviembre de 2012.

Corte de Apelaciones de Antofagasta, 22 de enero de 2007, Rol N° 1087 – 2006.

Corte de Apelaciones de Concepción, 27 de marzo de 2009, Rol N° 20 – 2009.

Corte de Apelaciones de Concepción, 25 de mayo de 2007, Rol N° 1314 – 2007.

Corte de Apelaciones de Copiapó, 16 de mayo de 2007, Rol N° 128 – 2007.

Corte de Apelaciones de Copiapó, 7 de junio de 2006, Rol N° 300 – 2006.

Corte de Apelaciones de Coyhaique, 24 de mayo de 2006, Rol N° 22 – 2006.

Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de julio de 2010, Rol N° 36 – 2010.

Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de junio de 2006, Rol N° 3590 – 2006.

Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de enero de 2006, Rol N° 8080 – 2005.

Corte de Apelaciones de San Miguel, 2 de agosto de 2006, Rol N° 1714 – 2005.

Corte de Apelaciones de Valdivia, 9 de septiembre de 2008, Rol N° 789 – 2008.

Corte de Apelaciones de Valdivia, 22 de noviembre de 2010, Rol N° 170 – 2010.

Corte Suprema, 7 de junio de 2010, Rol N° 2857 – 2010.

Corte Suprema, 25 de octubre de 2010, Rol N° 5827 – 2009.

Corte Suprema, 11 de diciembre de 2008, Rol N° 6218 – 2008.

Corte Suprema, 30 de enero de 2007, Rol N° 96 – 2007.

Tribunal Constitucional, 30 de diciembre de 2014, Rol N° 2681 – 14 – INA.

Tribunal Constitucional, 26 de marzo de 2013, Rol N° 2207 – 12 – INA.

#### **4) Informes.**

Actas de Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, Sesión N° 191, Boletín Oficial.

Historia de la Ley N°19.947. Biblioteca del Congreso Nacional (2004).

Primer informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.  
Segundo trámite constitución.

Propuesta de un Sistema Institucional que asegure el cumplimiento del pago de pensiones alimenticias: Avanzando hacia una real y eficiente tutela de la infancia y la familia. Centro de Políticas Públicas Pontificia Universidad Católica de Chile (2004).