



**PROGRAMA DE MAGÍSTER EN DERECHO DE FAMILIA (S) DERECHO DE LA
INFANCIA Y DE LA ADOLESCENCIA.**

**SOBRE LA OPORTUNIDAD EN QUE LA SENTENCIA DE DIVORCIO
QUEDA FIRME Y EJECUTORIADA, CUANDO LA ACCIÓN DE DIVORCIO SE
TRAMITA CONJUNTAMENTE CON OTRAS MATERIAS**

Tesis de Magíster que presenta MARÍA VERÓNICA ORTÚZAR PHILLIPS, bajo la dirección de la Profesora, Dra. MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, para la obtención del grado académico de Magíster en Derecho.

Santiago, noviembre de 2019.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	6
INTRODUCCIÓN	7
Capítulo I. SOBRE EL DIVORCIO Y SUS EFECTOS JURÍDICOS	11
1. Sobre el divorcio. Concepto y clasificación	11
a. El divorcio sanción	12
b. El divorcio remedio	13
2. Efectos jurídicos del divorcio	14
a. El divorcio pone fin a los efectos personales del matrimonio entre los cónyuges	16
b. El divorcio pone fin a los efectos patrimoniales del matrimonio entre los cónyuges	17
b.1. Efectos respecto de los regímenes patrimoniales	18
b.2. Derechos hereditarios	19
b.3. Derecho de alimentos	21
b.4. Los bienes declarados familiares	22
b.5. La compensación económica	24
c. Otros efectos del divorcio	26
c.1. Filiación	26
c.2. Las donaciones	27
Capítulo II. LA EJECUTORIEDAD DE LA SENTENCIA QUE ACOGE EL DIVORCIO, CUANDO LA ACCIÓN DE DIVORCIO SE TRAMITA CONJUNTAMENTE CON OTRAS MATERIAS	30
1. La cosa juzgada. Concepto y efectos	30
a. Concepto de cosa juzgada	30

a.1. La cosa juzgada en las sentencias definitivas	31
a.2. La cosa juzgada en las sentencias interlocutorias	33
b. Tipos de cosa juzgada	33
b.1. Cosa juzgada formal	34
b.2. Cosa juzgada material	35
b.3. Cosa juzgada provisoria o provisional	36
c. Efectos de la cosa juzgada	36
c.1. La acción de cosa juzgada	36
c.2. La excepción de cosa juzgada	37
2. La cosa juzgada en el Derecho de Familia	38
3. Sobre las resoluciones que causan ejecutoria	39
4. Aspectos procesales relevantes en materia de Familia respecto de la tramitación del juicio de divorcio	40
a. La regla de la acumulación necesaria	40
a.1. Tipos de acumulación	41
a.2. Oportunidad	42
a.3. Límites a la acumulación	42
a.4. Efectos	44
a.5. Desacumulación	44
b. Titularidad de la acción de divorcio	45
c. La compensación económica como elemento accesorio a la acción de divorcio o nulidad matrimonial	46
d. Régimen de recursos procesales en materia de Familia	51
d.1. Aspectos generales de la regulación de los recursos procesales en materia de Familia	51
d.2. Recursos que proceden en contra de la sentencia definitiva dictada en Familia	53
e. La sentencia definitiva de divorcio no causa ejecutoria	59

5. La oportunidad en la que queda firme y ejecutoriada la sentencia que acoge el divorcio, cuando existen recursos procesales pendientes respecto de otras materias que se tramitaron conjuntamente con éste	60
a. Tipos de divorcios en los que puede darse esta problemática	61
b. Posibles posturas frente a esta problemática	63
c. Postura de la doctrina	64
d. Postura de la jurisprudencia. Análisis de resoluciones judiciales	64
Capítulo III. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE DETERMINAR LA OPORTUNIDAD EN LA QUE QUEDA EJECUTORIADA LA SENTENCIA DE DIVORCIO QUE SE TRAMITA CONJUNTAMENTE CON OTRAS MATERIAS. ANÁLISIS DESDE UNA PERSPECTIVA PROCESAL. PROBLEMÁTICA Y POSIBLES SOLUCIONES	76
1. Consecuencias prácticas de la problemática, desde el punto de vista de los efectos personales del matrimonio. Consecuencias respecto del derecho de alimentos	76
2. Consecuencias prácticas de la problemática, desde el punto de vista de los efectos patrimoniales del matrimonio	77
a. Consecuencias prácticas de la problemática, desde el punto de vista de los regímenes patrimoniales	78
b. Consecuencias prácticas de la problemática, desde el punto de vista sucesorio	84
c. Consecuencias prácticas, desde la institución de los bienes familiares	87
3. Problemática desde un punto de vista procesal y posibles soluciones	91

a. La casación de oficio. Generalidades	91
b. Casación de oficio en la forma. Concepto, objetivo, requisitos y efectos	92
c. Casación de oficio en el fondo. Concepto, objetivo, requisitos y efectos	94
d. La nulidad de oficio. Concepto, objetivo, requisitos y efectos	95
e. Relación entre la casación de oficio y la nulidad de oficio	97
f. La casación de oficio y la nulidad de oficio en Familia	98
g. Materias que quedan comprendidas dentro de la competencia del Tribunal de alzada, al casar y/o anular de oficio una sentencia dictada por el Tribunal de Familia	101
4. Postura de la autora frente a la problemática planteada	103
a. Espíritu de la ley en materia de Familia. Los cónyuges son hoy los dueños del proceso y los principales llamados a resolver sus conflictos	105
b. La eliminación del trámite de la consulta en materias de Familia	107
c. El rol del juez de Familia	109
5. Posibles soluciones	110
a. La acción de compensación económica como vía autónoma	111
b. La fragmentación de la sentencia. Casos en que la ley ha admitido expresamente la fragmentación de la sentencia	112
CONCLUSIONES	115
BIBLIOGRAFÍA	118

AGRADECIMIENTOS

Disfruté verdaderamente desarrollando este trabajo, que fue tremendamente enriquecido por muchos abogados, quienes generosamente compartieron conmigo sus conocimientos, información, ideas y opiniones. Estoy consciente de que sus aportes profundizaron de forma importante el resultado de esta investigación.

Por ello, quiero agradecer, en primer lugar, a mi profesora guía, la Dra. Maricruz Gómez de la Torre, quien asumió con mucho entusiasmo la dirección de esta tesis, dándose el tiempo de corregir con todo detalle, esmero y diligencia, los borradores que periódicamente le mandé durante el transcurso de este año.

También agradecer especialmente a mi amigo y distinguido abogado, profesor Pablo Cornejo Aguilera, quien me contribuyó con grandes y valiosas ideas. Muchas gracias Pablo.

A mis amigas abogadas que compartieron sus conocimientos e información. Ana María Raveau, Javiera Torres, Viviana Durán y Bernardita Valdés, mis sinceros agradecimientos para Uds.

Por último, es momento de dedicar este trabajo a mis padres, quienes cariñosamente me han alentado siempre en mis proyectos de perfeccionamiento profesional, y a la extraordinaria mujer y psicoanalista Hilda María Feuerhake. Todos mis logros se los debo a Uds.

INTRODUCCIÓN.

Es usual que en la tramitación de un juicio de divorcio, los cónyuges no sólo litiguen respecto del divorcio mismo, sino que también lo hagan respecto de otras materias que tienen una vinculación directa con la ruptura matrimonial.

En efecto, es muy frecuente que conjuntamente con el divorcio, se discuta, por ejemplo, de la procedencia y monto de la compensación económica; respecto del cuidado personal de los hijos —si los hubiere—, y de la relación directa y regular de ellos con aquel de los cónyuges que no los tendrá bajo su cuidado; de los alimentos en favor de los hijos que sean titulares de ellos (cuando el cónyuge que los tiene a su cuidado, acciona en representación de sus hijos); respecto de la liquidación del régimen de sociedad conyugal (si los cónyuges casados bajo ese régimen, de común acuerdo otorgan competencia al juez de Familia para conocer de esta materia); etc.

De hecho, la Ley que Crea los Tribunales de Familia, en su artículo 17, dispone, como regla general del procedimiento, la acumulación necesaria de materias. De acuerdo a esta regla, los jueces de Familia conocerán conjuntamente, en un solo proceso, los distintos asuntos que una o ambas partes sometan a su consideración, siempre que se sustancien conforme al mismo procedimiento. Por excepción, incluso pueden acumularse ciertas materias que tienen un procedimiento diverso.¹

Es más, existen ciertas materias —en particular la compensación económica—, en las que mayoritariamente se ha entendido que la única oportunidad procesal para discutir respecto de su procedencia y monto, es el juicio de nulidad o divorcio. En efecto, aunque la ley no prohíbe expresamente que la compensación económica sea demandada luego de sustanciado el divorcio, generalmente se ha entendido por la doctrina y la jurisprudencia que las oportunidades para solicitar la compensación económica serían sólo tres: la demanda de nulidad o divorcio, en un escrito que la amplíe, o en la demanda reconventional, cuando la parte demandada es la que debe solicitarla. Así, si no se solicita

¹ SILVA MONTES, Rodrigo, *Manual de Procedimiento de Familia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009. Páginas 24 y 25.

en alguna de estas oportunidades procesales, se entiende que el derecho a hacerlo ha precluido o caducado.^{2/3}

En relación a las acciones que se tramitan conjuntamente en el marco de un juicio de divorcio, es posible —y de hecho, en la práctica ocurre con frecuencia—, que los cónyuges no disientan respecto del divorcio mismo —es decir, ambos cónyuges quieren divorciarse—, pero que, sin embargo, disputen respecto de las restantes materias que se tramitan conjuntamente con él. Incluso más, puede ocurrir que el cónyuge demandado de divorcio se allane a esta acción, pero que litigue respecto de las restantes materias que se tramitan conjuntamente con el divorcio.

Esto es muy relevante, ya que el juicio de divorcio termina con la dictación de una sola sentencia que se pronuncia respecto del divorcio y de las restantes materias que se tramitaron conjuntamente con él, y porque el divorcio produce efecto, entre las partes, desde que la sentencia se encuentra firme y ejecutoriada, y, respecto de terceros, desde la correspondiente subinscripción.⁴ Así lo dispone expresamente el artículo 59 de la Ley de Matrimonio Civil.

Surge, en consecuencia, la interrogante de determinar la oportunidad en la que queda firme y ejecutoriada la sentencia de divorcio, cuando existen recursos procesales pendientes respecto de materias distintas al divorcio, pero que se tramitaron conjuntamente con éste. De hecho, existe un vacío en la ley respecto de esta materia, lo que puede generar problemas prácticos muy relevantes.

Específicamente, la importancia de determinar la oportunidad en la que la sentencia de divorcio queda firme y ejecutoriada cuando existen recursos procesales pendientes respecto de las restantes materias que se tramitaron con el divorcio, es sinónimo, nada más

² ETCHEBERRY COURT, Leonor, “Derecho de Familia, Sucesorio y Regímenes Matrimoniales”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, Número 15, Santiago, Diciembre de 2010, pp. 225 y 226.

³ Esta es la interpretación más armónica de acuerdo a lo prescrito por el artículo 60 de la Ley de Matrimonio Civil, que dispone que el divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio.

⁴ LEPIN MOLINA, Cristián, *Derecho Familiar Chileno*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2017, pág. 302.

ni nada menos, de determinar el momento exacto en el que termina el matrimonio en esos casos, y, en consecuencia, el momento desde el cual se producen los efectos del divorcio.

En este sentido, el artículo 60 de la Ley de Matrimonio Civil señala, respecto de los efectos del divorcio, que éste “... *pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio, como los derechos sucesorios recíprocos y el derecho de alimentos, sin perjuicio de lo dispuesto en el Párrafo 1 del Capítulo siguiente*”.

De este modo y respecto de los efectos del divorcio, establecer la oportunidad en la que la sentencia que se pronuncia respecto del divorcio queda firme, es indispensable para determinar, entre otras materias (i) la oportunidad en la que terminan las relaciones personales entre los cónyuges (como, por ejemplo, el deber de fidelidad, el de socorro, el de cohabitación, etc.) y la oportunidad en la que cesan los efectos patrimoniales del matrimonio (como por ejemplo, los alimentos, los derechos sucesorios y el régimen patrimonial del matrimonio); (ii) la oportunidad en la que las partes del juicios podrán volver a contraer matrimonio o celebrar un acuerdo de unión civil, pues cuando la sentencia de divorcio se encuentra firme, se puede proceder a su subinscripción, lo que genera un nuevo estado civil: el de divorciado; (iii) aunque es un tema discutido por la doctrina y la jurisprudencia, por regla general, puede determinar la oportunidad para solicitar poner término a la declaración de bien familiar.⁵

En efecto, en el contexto de un juicio de divorcio, en que ya existe sentencia de primera instancia y recursos procesales pendientes sólo respecto de las demás materias que se tramitaron conjuntamente con el divorcio, puede ocurrir —tal como se planteó más arriba—, que uno de los cónyuges fallezca. Esto implicará que el cónyuge sobreviviente y los restantes herederos del causante —es decir, el otro cónyuge— se vean entrampados por varios años —como ha ocurrido en numerosas oportunidades— en un nuevo litigio, ahora de carácter sucesorio, tendiente a determinar si el cónyuge sobreviviente continúa teniendo la calidad de tal —y, en consecuencia, si mantiene sus derechos hereditarios respecto de los bienes del cónyuge fallecido—, en circunstancias que sería del todo claro

⁵ *Ibíd.* Página 302 y 303.

que si uno de los cónyuges —o mejor dicho, excónyuges— fallece luego de sustanciado el juicio de divorcio, ningún derecho le cabe en la herencia del causante.

También puede ocurrir que, al momento de interponer la demanda de divorcio, uno de los cónyuges se encuentre obligado al pago de alimentos mayores en favor de su cónyuge, obligación que cesa —mediando un pronunciamiento del juez de Familia que así lo autorice—, desde el término del matrimonio. Entonces, cabe preguntarse ¿cuándo se produce el término del matrimonio? ¿desde que la sentencia que se pronunció de la acción de divorcio y respecto de la cual no existen recursos procesales pendientes, fue dictada por el Tribunal de primera instancia, sin que se hayan interpuesto recursos procesales en su contra, o cuando se dicta la respectiva sentencia por la Corte de Apelaciones y/o Corte Suprema (según sea el caso), pronunciándose respecto de las demás materias que se tramitaron conjuntamente con el divorcio, y una vez que se haya notificado el decreto que la manda cumplir?

Estos son solo algunas de las interrogantes que pueden generarse con ocasión de la oportunidad en la que queda firme y ejecutoriada una sentencia, respecto de una acción de divorcio que se tramita conjuntamente con otras materias, cuando existen recursos procesales pendientes sólo respecto de éstas.

A lo largo de este trabajo, nos avocaremos a tratar estos temas, respecto de los cuales el legislador y la doctrina han guardado silencio.

Capítulo I. SOBRE EL DIVORCIO Y SUS EFECTOS JURÍDICOS.

1. Sobre el divorcio. Concepto y clasificación.

La Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil, no entrega una definición de divorcio, limitándose —en su artículo 53— a señalar su principal efecto. Este artículo prescribe que “*El divorcio pone fin al matrimonio (...)*”.⁶

En términos generales, el divorcio “*es la ruptura de un matrimonio válido viviendo ambos cónyuges, o sea, es la disolución absoluta, plena y duradera del vínculo del matrimonio, pudiendo, por lo tanto, ambos cónyuges contraer nuevas nupcias*”.⁷ También se ha definido como “*una forma de poner término al matrimonio, declarada judicialmente, por infracción de los deberes del matrimonio o por haber cesado la convivencia conyugal*”.⁸

En nuestro país, el divorcio sólo puede existir cuando ha sido declarado judicialmente. En efecto, éste tiene su origen en una decisión judicial (una sentencia), dictada en un juicio iniciado por la interposición de la demanda de divorcio por uno o ambos cónyuges, y siempre que se configuren las causales establecidas en la ley. De hecho, en Chile no existe el llamado divorcio *de hecho* (que es la sola separación de los cuerpos de los cónyuges, a la que éstos le otorgan el efecto de disolver su vínculo matrimonial),⁹ ni el divorcio administrativo (es decir, el que se obtiene por la vía administrativa, como, por ejemplo, por vía notarial), como ocurre, entre otras legislaciones, en Japón y Colombia.¹⁰

En nuestra legislación el divorcio siempre es causado, ya que, para su declaración, debe necesariamente configurarse alguna de las causales que establece la ley.¹¹ De este modo, no existe el divorcio por la sola voluntad de las partes o *divorcio consensual*, que reconoce a los propios cónyuges el derecho de ponerle término al matrimonio, de la misma

⁶ DEL PICÓ RUBIO, Jorge (Director), “La Extinción del Matrimonio. El Divorcio”, *Derecho de Familia*, Editorial Thomson Reuters, Segunda Edición, Santiago, 2016, pág. 201.

⁷ TRONCOSO LARRONDE, Hernán, *Derecho de Familia*, Editorial Thomson Reuters, Décimo Quinta Edición, Santiago, 2014, pág. 85.

⁸ LEPIN MOLINA, Cristián, 2017, pág. 282.

⁹ DEL PICÓ RUBIO, Jorge, *Derecho Matrimonial Chileno*, Editorial Thomson Reuters, Segunda Edición, Santiago, 2015, pág. 389.

¹⁰ RAMOS PAZOS, René, *Derecho de Familia*, Editorial Jurídica, Séptima Edición Santiago, 2016, pág. 104.

¹¹ LEPIN MOLINA, Cristián, 2017, pág. 283.

forma por la cual le dieron origen, es decir, por el consentimiento de ambos cónyuges de poner fin al contrato de matrimonio.¹²

A partir de esto, tradicionalmente se ha distinguido entre el *divorcio sanción* y el *divorcio remedio*, el que, a su vez, puede ser de dos clases: (i) el —mal— llamado divorcio por mutuo acuerdo de las partes; y (ii) el divorcio unilateral.¹³ A continuación, se tratan brevemente los distintos tipos de divorcio.

a. El divorcio sanción.

El divorcio sanción o divorcio por culpa, es aquel tipo de divorcio que implica la realización, por uno de los cónyuges, de alguno de los actos enunciados en el artículo 54 de la Ley N° 19.947, ante lo que la ley atribuye el efecto de legitimar al otro cónyuge a demandar el divorcio de forma unilateral. Es decir, este tipo de divorcio implica siempre la ejecución culpable, por parte de uno de los cónyuges, de alguna de las conductas enumeradas —de forma no taxativa— en el artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil.¹⁴

En efecto, el inciso primero del artículo 54 de la Ley N° 19.947 dispone expresamente que *“El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común”*. Luego, el inciso segundo de este mismo artículo, agrega que se incurre en esta causal, *entre otros casos*, cuando ocurre alguno de los hechos que allí se enumeran.

De este modo, de la sola lectura del artículo 54 de la Ley N° 19.947 recién citado, aparecen los requisitos para la procedencia de este tipo de divorcio. En primer lugar, debe existir una falta imputable a uno de los cónyuges; en segundo lugar, esta falta debe constituir una violación grave de los deberes y obligaciones que impone a los cónyuges el

¹² DEL PICÓ RUBIO, Jorge (Director), Santiago, 2016, pág. 200.

¹³ TRONCOSO LARRONDE, Hernán, 2014, pág. 92.

¹⁴ DEL PICÓ RUBIO, Jorge, 2015, pág. 391.

matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos; y, por último, esta falta grave debe tornar intolerable la vida en común.¹⁵

b. El divorcio remedio.

El divorcio remedio o por cese de la convivencia, se encuentra regulado en el artículo 55 de la Ley N° 19.947, y supone la concurrencia de una causal objetiva que consiste en el cese de la convivencia conyugal durante un determinado período de tiempo, desechando por completo el supuesto de la culpabilidad conyugal.¹⁶

Este tipo de divorcio recibe su nombre del hecho que constituye una solución o remedio frente al quiebre de la vida matrimonial, pero sin suponer una falta imputable al otro cónyuge, sino que la sola concurrencia de una causal objetiva —el cese de la convivencia—.¹⁷

Este divorcio, a su vez, puede ser de dos tipos; unilateral o de mutuo acuerdo. El divorcio remedio es unilateral, cuando la demanda es interpuesta por parte de uno de los cónyuges, habiéndose cumplido al menos tres años de cese efectivo de la convivencia. En cambio, será de mutuo acuerdo, cuando ambos cónyuges presenten la demanda en forma conjunta, habiéndose cumplido al menos un año de cese efectivo de la convivencia y acompañando a la demanda, el Acuerdo Completo y Suficiente al que se refiere el inciso segundo del artículo 55 de la Ley N° 19.947.¹⁸

Se debe hacer notar que, en el llamado divorcio de mutuo acuerdo, el acuerdo está referido solo a la acción de divorcio —ambos cónyuges se quieren divorciar—, pero no respecto del plazo del cese efectivo de la convivencia. Éste es un requisito objetivo, que debe cumplirse independiente de la voluntad conjunta de los cónyuges de divorciarse.¹⁹ Es por ello que llamar a este tipo divorcio *De Mutuo Acuerdo*, no es un término preciso, pues

¹⁵ La carga de probar la transgresión y su gravedad, recae en el cónyuge demandante. Ese ha sido el criterio reiterado de la Excm. Corte Suprema, entre otras, en la causa Rol de Ingreso N° 1550 – 2008, de fecha 20 de agosto de 2008. En VELOSO VALENZUELA, Paulina, *Derecho de Familia Tratado de Jurisprudencia y Doctrina*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2011, pág. 82.

¹⁶ DEL PICÓ RUBIO, Jorge (Director), 2016, pág. 208.

¹⁷ LEPIN MOLINA, Cristián, 2017, pág. 294.

¹⁸ *Ibíd*, pp. 294 y 295.

¹⁹ RAMOS PAZOS, René, 2016, pág. 108.

en Chile el mutuo acuerdo de los cónyuges no es suficiente para que se configure la causal, siendo siempre necesario el transcurso del tiempo de cese efectivo de la convivencia, el que debe ser comprobado fehacientemente por los cónyuges, incluso cuando hay acuerdo entre ellos.²⁰

2. Efectos jurídicos del divorcio.

El matrimonio es una institución de la cual derivan importantes efectos, entre los que se encuentran (i) las relaciones personales entre los cónyuges; (ii) las relaciones patrimoniales entre los cónyuges; (iii) la filiación matrimonial; y (iv) derechos hereditarios.²¹

Los efectos jurídicos del divorcio están regulados principalmente en los artículos 59 y 60 de la Ley de Matrimonio Civil, en relación con el artículo 53 de ese mismo cuerpo legal —citado más arriba—, que prescribe que el divorcio pone fin al matrimonio.²² En consecuencia, la sentencia firme de divorcio pone fin a los efectos del matrimonio.

El inciso primero del artículo 59 de la Ley de Matrimonio Civil dispone expresamente que *“El divorcio producirá efectos entre los cónyuges desde que quede ejecutoriada la sentencia que lo declare”*, pero su inciso segundo agrega que *“Sin perjuicio de ello, la sentencia ejecutoriada en que se declare el divorcio deberá subinscribirse al margen de la respectiva inscripción matrimonial. Efectuada la subinscripción, la sentencia será oponible a terceros y los cónyuges adquirirán el estado civil de divorciados, con lo que podrán volver a contraer matrimonio”*.

Parte de la doctrina considera que entre ambos incisos del artículo 59 de la Ley de Matrimonio Civil, existe una suerte de contradicción, pues el primero señala expresamente que el divorcio produce sus efectos entre los cónyuges desde que la sentencia definitiva de divorcio queda ejecutoriada, adquiriendo, desde ese momento, el estado civil de divorciados. Sin embargo, acto seguido, el inciso segundo señala que el estado civil de

²⁰ CORRAL TALCIANI, Hernán, *Separación, Nulidad y Divorcio*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2011, pp. 76 y 77.

²¹ RAMOS PAZOS, René, 2016, pág. 141.

²² DEL PICÓ RUBIO, Jorge, 2015, pág. 428.

divorciado se adquiere al momento de la subinscripción de la sentencia de divorcio, por lo que, hasta ese momento, los cónyuges seguirán teniendo el estado civil de casados.²³

Al respecto, existen dos posibles interpretaciones. La primera, considera que mientras no se subscriba la sentencia que declaró el divorcio, ésta no produce efecto alguno, de tal modo que los cónyuges seguirán casados hasta la subinscripción. La segunda interpretación, considera que —entre los cónyuges—, los efectos del divorcio se producen desde que la sentencia se encuentra firme y ejecutoriada, manteniendo excepcionalmente el impedimento de vínculo matrimonial no disuelto, lo que priva a las partes de contraer un nuevo matrimonio —o de celebrar un acuerdo de unión civil—, mientras la subinscripción de la sentencia no se realice.²⁴

Estimamos correcta esta segunda interpretación. Es decir, adherimos a aquella parte de la doctrina que considera que los efectos del divorcio se producen entre los cónyuges, desde que la sentencia de divorcio queda firme y ejecutoriada. Esta es la interpretación que parece más lógica pues, de lo contrario, el inciso primero del artículo 59 de la Ley de Matrimonio Civil no tendría efecto ni sentido alguno.^{25/26}

De otro lado y si bien no hay norma ni principio expreso que así lo señale, gran parte de la doctrina entiende que el divorcio y sus efectos no operan de forma retroactiva, sino que la regla es que los efectos se producen desde que la sentencia queda ejecutoriada hacia el futuro, pues hubo un matrimonio válido que produjo efectos, al que se pone término por una razón sobreviniente: la sentencia de divorcio.^{27/28}

Al entender que los efectos del divorcio se producen entre los cónyuges desde que la sentencia de divorcio se encuentra firme y ejecutoriada, es fundamental determinar la

²³ RAMOS PAZOS, René, 2016, pág. 114.

²⁴ *Ibíd.*, pp. 114 y 115.

²⁵ *Ibíd.*, pág. 115.

²⁶ En esta misma línea, cierta parte de la doctrina estima que entre que la sentencia de divorcio queda firme y ejecutoriada, y su subinscripción, existe una suerte de *limbo* jurídico, pues nada une ya jurídicamente a los excónyuges, pero no se pueden volver a casar. En DEL PICÓ RUBIO, Jorge, 2015, pág. 435.

²⁷ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR. Aranzazú, *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2014, pág. 397.

²⁸ Esta regla general tiene una excepción en revocación de las donaciones, tal como se explicará más adelante.

oportunidad en la que tal firmeza y ejecutoriedad se producen, pues desde ese momento se producirán los efectos del divorcio, que pasamos a analizar en los párrafos que siguen.

a. El divorcio pone fin a los efectos personales del matrimonio entre los cónyuges.

Los efectos personales entre los cónyuges, son un conjunto de derechos y deberes de carácter personal, que derivan de la comunidad de vida que implica el matrimonio y que conforman un estatuto protector, tanto para los cónyuges como para los hijos.²⁹

Los deberes y derechos personales entre los cónyuges son (i) el deber de fidelidad; (ii) el deber de socorro; (iii) el deber de ayuda mutua o asistencia; (iv) el deber de respeto y protección recíprocos; (v) el derecho y al deber de vivir en el hogar común; y (vi) el deber de prestar auxilios y expensas para la Litis.³⁰

Como se adelantó, la sentencia de divorcio firme y ejecutoriada, pone fin a los efectos personales del matrimonio entre los cónyuges, siendo relevante determinar la oportunidad procesal en la que ello ocurre, pues, hasta ese momento, estas obligaciones serán vinculantes para ellos.³¹

En este orden de ideas, según parte de la doctrina, las obligaciones personales entre los cónyuges tienen un contenido eminentemente moral y un marcado carácter ético, por lo que su cumplimiento estaría entregado, fundamentalmente, a la conciencia de los cónyuges.³² Otra parte de la doctrina, en cambio, considera que el contenido moral de las obligaciones personales entre los cónyuges, no excluye, en caso alguno, el carácter jurídico de los deberes matrimoniales, pues son mandatos específicos establecidos en la ley, que llevan aparejada una sanción especial en caso de incumplimiento.³³

²⁹ LEPIN MOLINA, Cristián, 2017, pág. 140.

³⁰ *Ibíd.*, pp. 140 - 148.

³¹ Se debe hacer presente que, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 33 de la Ley de Matrimonio Civil, *“La separación judicial deja subsistente todos los derechos y obligaciones personales que existen entre los cónyuges, con excepción de aquellos cuyo ejercicio sea incompatible con la vida separada de ambos, tales como los deberes de cohabitación y de fidelidad que se suspenden”*.

³² RAMOS PAZOS, René, 2016, pág. 142.

³³ LEPIN MOLINA, Cristián, 2017, pp. 302 y 303.

La discusión respecto de la naturaleza jurídica de las relaciones personales de los cónyuges, escapa del objeto de este trabajo. Sin embargo, debe hacerse presente que, en el caso de entenderse que los deberes entre los cónyuges tienen un contenido jurídico y no meramente ético, la ilicitud de la conducta del cónyuge infractor existirá hasta que la sentencia definitiva de divorcio se encuentra firme y ejecutoriada, pues, hasta ese momento, existen los deberes personales entre los cónyuges.

Con todo, se debe aclarar que usualmente algunos de los efectos personales del matrimonio (como, por ejemplo, el derecho y el deber de vivir en el hogar común y el deber de fidelidad) se encontrarán suspendidos (y, por lo tanto, no son exigibles) de haber mediado separación previa al divorcio, por lo que, en tal caso, el cese pasará a tener carácter definitivo.³⁴

b. El divorcio pone fin a los efectos patrimoniales del matrimonio entre los cónyuges.

Los efectos patrimoniales o económicos que derivan del matrimonio, son los derechos y obligaciones de carácter patrimonial cuyo fundamento es la existencia del matrimonio. Se encuentran regulados en el Código Civil y en diversas leyes especiales, y son, entre otros, los regímenes patrimoniales, los bienes familiares, los derechos hereditarios, la compensación económica, e incluso otros derechos que están fuera del ámbito del Derecho de Familia, como los derechos de previsión y salud.³⁵

Por disposición expresa del artículo 60 de la Ley de Matrimonio Civil,³⁶ el divorcio pone fin a los derechos de carácter patrimonial, cuya titularidad y ejercicio se fundan en la existencia del vínculo matrimonial, salvo el derecho a solicitar compensación económica, cuyo ejercicio se encuentra supeditado —según se ha entendido tradicionalmente—, a la interposición de la acción de divorcio.

³⁴ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, *Efectos Jurídicos del Divorcio*, Editorial Thomson Reuters, Segunda Edición, Santiago, Chile, 2019, pp. 235 y 236.

³⁵ LEPIN MOLINA, Cristián, 2017, pág 149.

³⁶ “Artículo 60.- El divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio, como los derechos sucesorios recíprocos y el derecho de alimentos, sin perjuicio de lo dispuesto en el Párrafo 1 del Capítulo siguiente”.

A continuación, abordaremos —de forma somera— los principales efectos del divorcio en cuanto éste pone fin a ciertos derechos patrimoniales de los cónyuges. En particular, nos referiremos a los efectos del divorcio respecto de los regímenes patrimoniales, de los derechos hereditarios, del derecho de alimentos, de los bienes declarados familiares y a la compensación económica.

b.1. Efectos respecto de los regímenes patrimoniales.

Los regímenes patrimoniales del matrimonio son la sociedad conyugal, la separación de bienes y la participación en los gananciales. Al ser éstos un efecto del matrimonio, es evidente que al terminarse éste, se extinguen también los regímenes patrimoniales.³⁷

Respecto de la sociedad conyugal, por disposición expresa del artículo 1764 N°1 del Código Civil, ésta se disuelve por el término del matrimonio, encontrándose dentro de las causales de término de éste, la sentencia firme que declara el divorcio, según lo dispone el artículo 42 N°4 de la Ley de Matrimonio Civil.

Una vez que se produce la disolución de la sociedad conyugal, se generan los siguientes efectos: (i) se genera entre los cónyuges —o en su caso, entre el cónyuge sobrevivientes y los herederos del cónyuge fallecido—, una comunidad de bienes; (ii) esta comunidad es administrada por todos los comuneros; (iii) queda fijado de forma irrevocable el activo y pasivo social; (iv) termina el derecho de goce que la sociedad conyugal tenía sobre los bienes de los cónyuges; (v) se deberá proceder a la liquidación de la sociedad conyugal; y (vi) la mujer que no hubiese renunciado anteriormente a los gananciales —en las capitulaciones matrimoniales—, puede hacerlo en esta oportunidad.³⁸ Es decir, todos estos efectos se producen una vez que la sentencia definitiva de divorcio se encuentra firme y ejecutoriada.

Respecto del régimen de separación de bienes, pese a que no existe norma expresa que lo prescriba y tampoco mayores consecuencias prácticas derivadas de su término,³⁹

³⁷ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, 2019, pp. 238 y 239.

³⁸ RAMOS PAZOS, René, 2016, pp. 270 y 271.

³⁹ Pues lo propio de este régimen es que, durante su vigencia, hay dos patrimonios, el del marido y el de la mujer, que cada uno administra con independencia de su cónyuge.

por razones lógicas, este régimen de bienes finaliza por el divorcio. En efecto, al ser uno de los posibles regímenes patrimoniales del matrimonio, que depende de su vigencia, es natural que la terminación de éste lo extinga.

En cuanto a la participación en los gananciales, por disposición expresa del artículo 1792 – 27 del Código Civil, ésta termina, entre otras causales, por la sentencia de divorcio. En efecto, una vez que la sentencia de divorcio se encuentre firme y ejecutoriada, la ley otorga al cónyuge que obtuvo gananciales por un menor valor, un crédito en contra del que obtuvo más, con el objetivo de que los dos obtengan la misma suma.⁴⁰

Es importante recalcar que, mientras la sentencia de divorcio no se encuentre firme y ejecutoriada, la sociedad conyugal, la separación de bienes y la participación en los gananciales, deben entenderse subsistentes.⁴¹

Por otro lado, al ser los regímenes patrimoniales un efecto del matrimonio, y —tal como se señaló más arriba—, se extinguen al terminarse éste, una consecuencia necesaria de esto, es que la sustitución de un régimen patrimonial por otro distinto, cuando ello procede (por ejemplo, en el caso de la sustitución de la sociedad conyugal por la separación de bienes), sólo es posible hasta que la sentencia de divorcio se encuentra firme y ejecutoriada. Profundizaremos en este tema en el capítulo 3 de este trabajo.

b.2. Derechos hereditarios.

De acuerdo al inciso 1 del artículo 983 del Código Civil, son llamados a la sucesión intestada del causante, entre otros, el cónyuge sobreviviente. Por su parte, el artículo 1167 de ese mismo Código, dispone que las asignaciones forzosas son las que el testador es obligado a hacer, supliéndose cuando no las ha hecho, incluso en perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas. Dentro de las asignaciones forzosas se encuentran, además de los alimentos que por ley se deben a ciertas personas, las legítimas y la cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes, de los ascendientes y del cónyuge sobreviviente.⁴²

⁴⁰ RAMOS PAZOS, René, 2016, pp. 320 y 321.

⁴¹ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, 2019, pág. 239.

⁴² *Ibíd.*, pp. 259 y 260.

El artículo 60 de la Ley N° 19.947, dispone expresamente que el divorcio pone fin a los derechos sucesorios recíprocos que tienen los cónyuges como fundamento el matrimonio. Así, el divorcio implica, como efecto consecuencial, la pérdida de las asignaciones forzosas a que hubieran tenido derecho recíproco los cónyuges divorciados en la sucesión de su excónyuge, porque han perdido esa calidad con ocasión del divorcio.⁴³

Sin embargo, lo principal es determinar el momento exacto en el que se produce la pérdida de los derechos hereditarios, lo que según la doctrina puede acontecer en tres oportunidades. La primera, cuando la muerte se produce después de dictada la sentencia de divorcio. La segunda, desde que la sentencia de divorcio se encuentra firme y ejecutoriada. La tercera, desde la subinscripción de la sentencia de divorcio al margen de la inscripción matrimonial.⁴⁴

Compartimos el criterio de aquella parte de la doctrina que estima que la pérdida de los derechos sucesorios recíprocos de los cónyuges divorciados, se produce cuando la sentencia de divorcio adquiere el carácter de firme y ejecutoriada, sin que sea necesario que se produzca la subinscripción.

En efecto, tal como se señaló más arriba, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 59 de la Ley N° 19.947, los efectos del divorcio se producen, respecto de los cónyuges, una vez que la sentencia que lo declara se encuentra firme y ejecutoriada, y —también de acuerdo a lo señalado al principio de este trabajo—, la subinscripción tiene, básicamente, la función de hacer oponible el divorcio a terceros. De hecho, para perder los derechos sucesorios recíprocos entre los excónyuges, la ley no exige que se haya practicado la subinscripción, pero sí es un requisito prescrito por la ley que la sentencia haya adquirido el carácter de firme y ejecutoriada.^{45/46}

Sin embargo, subsiste el problema de determinar en qué momento la sentencia de divorcio se encuentra firme y ejecutoriada, cuestión que puede resultar problemática

⁴³ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, 2019, pág. 261.

⁴⁴ *Ibíd.*, pp. 260 y 261.

⁴⁵ *Ibíd.*, pág. 260.

⁴⁶ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón y DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón, *Derecho Sucesorio*, Tomo I y II, Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2011, pág.686.

cuando cuando existen recursos procesales pendientes respecto de las demás materias que se tramitaron de forma conjunta con éste, lo que cobra gran importancia en el caso que la muerte de los cónyuges se produzca pendiente el juicio de divorcio. Sobre este particular, ahondaremos en el capítulo 3 de este trabajo.

b.3. Derecho de alimentos.

El derecho de alimentos se encuentra regulado, principalmente, en los artículos 321 y siguientes del Código Civil, y en la Ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias. Según disposición expresa del artículo 321 número 1 del Código Civil, se deben alimentos al cónyuge.

La prestación alimentaria es expresión de la solidaridad familiar, reflejada durante la convivencia conyugal en el deber de socorro (artículo 131 Código Civil) y, en la separación de los cónyuges, en el derecho de alimentos (artículos 321 y siguientes Código Civil).⁴⁷

Sin embargo, el divorcio produce el fin de la obligación alimenticia entre cónyuges, pues una vez que la sentencia de divorcio se encuentra firme y ejecutoriada, termina el deber de alimentos entre los cónyuges, por expresa disposición del artículo 60 de la Ley N° 19.947.⁴⁸ Esta norma tiene como fundamento lógico el hecho que, desde que se produce la firmeza de la sentencia que declara el divorcio, no pueden devengarse alimentos con posterioridad, pues se trata de una obligación dependiente de la titularidad de la calidad de cónyuge, la que se pierde como consecuencia de la sentencia firme que declara el divorcio.⁴⁹

Pero una vez más, queda subsistente la interrogante respecto de la oportunidad en que queda firme la sentencia de divorcio, cuando existen recursos procesales pendientes respecto de otras materias que se tramitaron conjuntamente con éste. Esta interrogante resulta de trascendental importancia, por ejemplo, en el caso que, producto de la separación, los cónyuges hayan regulado alimentos mayores a favor de uno de ellos. En

⁴⁷ LEPIN MOLINA, Cristián, “El Principio de Protección del Cónyuge más Débil en el Moderno Derecho de Familia”, *Revista Chilena de Derecho*, volumen 40 no.2, versión On-line ISSN 0718-3437, Santiago, 2013.

⁴⁸ DEL PICÓ RUBIO, Jorge (Director), 2016, pág. 215.

⁴⁹ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, 2019, pág. 254.

este caso, el cese de los alimentos no producirá efectos sino cuando la sentencia de divorcio se encuentre firme y ejecutoriada. Retomaremos este tema en el capítulo 3 de este trabajo.

b.4. Los bienes declarados familiares.

Los bienes familiares son una institución que propende a la protección de la familia legalmente constituida, ya sea por el contrato de matrimonio o por el de unión civil.⁵⁰

En efecto, tradicionalmente se entendió que los bienes familiares eran una institución relacionada directamente con el matrimonio, por expresa disposición del artículo artículo 141 del Código Civil que establece que *“El inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges que sirva de residencia principal de la familia, y los muebles que la guarnecen, podrán ser declarados bienes familiares y se regirán por las normas de este párrafo, cualquiera sea el régimen de bienes del matrimonio”*. Luego, con la dictación de la Ley Ley N°20.830, el ámbito de aplicación de esta institución se amplió a los convivientes civiles, pues de acuerdo al artículo 15 de la Ley de Acuerdo de Unión Civil, ellos también pueden solicitar la declaración de bien familiar del inmueble que sirve de residencia principal de la familia y de los bienes muebles que lo guarnecen.

Cierto sector de la doctrina entiende que, en el caso de existir matrimonio, la solicitud de declaración de bien familiar solo puede deducirse durante la vigencia de éste. Sin embargo, el requisito de existencia de matrimonio entre las partes, debe concurrir al momento de solicitar la declaración de bien familiar, dejando de tener importancia para la continuidad de la afectación después del divorcio. En efecto, la declaración de divorcio mientras se tramita la declaración de bien familiar, no impide el acogimiento de la acción, si la declaración de divorcio se efectúa cuando la litis de una causa de declaración de bien familiar ya está trabada. Así, el análisis del juez de Familia respecto de la concurrencia de los requisitos para declarar la procedencia de la afectación del inmueble, debe radicarse en los hechos efectivos al tiempo en que la litis se trabó, y no al momento en que la sentencia de divorcio quedó firme y ejecutoriada.⁵¹

⁵⁰ LEPIN MOLINA, Cristián, 2017, pág. 400.

⁵¹ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, 2019, pp. 294 y 295.

Por el contrario, una vez que la sentencia de divorcio se encuentra firme y ejecutoriada, de acuerdo a nuestra legislación actual, ya no será posible declarar un bien como familiar.

Por otro lado y respecto de la desafectación de un bien declarado como familiar, el artículo 145 inciso tercero del Código Civil dispone que “*Igual regla [la facultad de solicitar la desafectación del bien familiar] se aplicará si el matrimonio se ha declarado nulo, o ha terminado por muerte de uno de los cónyuges o por divorcio. En tales casos, el propietario del bien familiar o cualquiera de sus causahabientes deberá formular al juez la petición correspondiente*”. Se debe aclarar, sin embargo, que el término del matrimonio no deviene automáticamente en la extinción de la afectación de los bienes declarados familiares, pues aunque la doctrina no es conteste, el inciso tercero del artículo 145 recién citado, es sólo un presupuesto de la causal de desafectación.⁵²

En efecto, por la sola extinción del matrimonio, no se produce la desafectación del bien familiar, sino que ésta debe ser declarada judicialmente, siempre que el interesado pruebe en el proceso que el inmueble declarado familiar, no sigue siendo la residencia principal de la familia y que los bienes muebles declarados familiares, no guarnecen el hogar. Si no se dan estas condiciones, no se produce la desafectación. Esta doctrina se basa, entre otras razones, en que la vida familiar subsiste incluso después del divorcio, por lo que procedería mantener la afectación del bien declarado familiar aunque el matrimonio haya terminado.^{53/54/55}

En síntesis, la sentencia firme y ejecutoriada de divorcio tiene un doble efecto. Por un lado, determina la improcedencia de la solicitud de declaración de un bien como familiar, siempre que la litis respecto de la acción de declaración de bien familiar no se haya trabado antes de que la sentencia de divorcio quede firme y ejecutoriada. Y por el otro, la sentencia

⁵² ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, 2019, pp. 295 - 297.

⁵³ TRONCOSO LARRONDE, Hernán, 2014, pág. 252.

⁵⁴ Sobre este punto, la doctrina está dividida. Hay autores que sostienen - apoyados en cierta jurisprudencia de la Corte Suprema-, la tesis recién expuesta; y otros, como el profesor Eduardo Court Murase (en LEPÍN MOLINA, Cristián y GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (Coordinadores), *Estudios de Derecho Familiar I*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2016, pp. 113 - 119), que sostienen – amparados en jurisprudencia contraria-, que no procede extender los efectos de la declaración de bien familiar, más allá de la terminación del matrimonio.

⁵⁵ CORRAL TALCIANI, Hernán, 2011, pág. 135.

firme de divorcio será un presupuesto de la causal de desafectación de un bien declarado como familiar.

Los posibles problemas que se originan en cuanto a la oportunidad en la que queda firme la sentencia de divorcio en relación a los bienes familiares, serán tratados más adelante en este trabajo.

b.5. La compensación económica.

La compensación económica consagrada en los artículos 61 y siguientes de la Ley de Matrimonio Civil, es y ha sido objeto de numerosas interpretaciones tanto doctrinales como jurisprudenciales, que se presentan como discordantes e incluso como derechamente contradictorias.⁵⁶

Parte de la doctrina estima que la compensación económica es una consecuencia de la ruptura matrimonial, que, en virtud del principio de protección del cónyuge más débil, tiene por objeto disminuir los efectos negativos que tiene el divorcio, resarciendo económicamente a aquel de los cónyuges que se encuentra en una posición desmejorada respecto del otro. Así, su procedencia tendría sustento en la desigualdad de los cónyuges, comparando la situación económica que cada uno de ellos tenía, antes y después de la ruptura matrimonial.⁵⁷

Otros autores, en cambio, no comparten la posición de quienes identifican el menoscabo con un “desequilibrio económico” entre los cónyuges de cara a la nueva vida que deben enfrentar después de la disolución del vínculo matrimonial. Estiman, más bien, que el supuesto de hecho fundamental que exigen los artículos 61 y 62 de la Ley de Matrimonio Civil, es que uno de los cónyuges, por el hecho del divorcio, sufra un “menoscabo económico”, lo que se trataría claramente de un daño. En consecuencia, la figura de la compensación económica podría circunscribirse en las denominadas – en España- indemnizaciones por sacrificio, o lo que en nuestro país se denominan

⁵⁶ CORRAL TALCIANI, Hernán, La Compensación Económica en el Divorcio y la Nulidad Matrimonial”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34 N° 1, Santiago, 2007, pág. 24.

⁵⁷ LEPIN MOLINA, Cristián, 2017, pág. 443.

indemnizaciones por afectación lícita de derechos, similar a las indemnizaciones que se pagan en caso de expropiación o de imposición de servidumbres legales.^{58/59}

Independiente de la naturaleza jurídica de la compensación económica —la que escapa por completo del objeto de este trabajo—, lo que está claro, es que se trata de un efecto patrimonial que depende, en su origen, del término del matrimonio, lo que deja en evidencia el carácter creador del divorcio, al ser el presupuesto del nacimiento de este derecho.⁶⁰ En efecto, la condición objetiva inicial para la procedencia de la compensación económica, es el juicio de divorcio, en términos tales que a falta de la ruptura matrimonial decretada en un juicio de esta naturaleza, no existirá el derecho para este tipo de compensación.⁶¹

Así, la sentencia firme y ejecutoriada de divorcio (o de nulidad) es un presupuesto esencial para la procedencia de la compensación económica.

Se ha entendido por la gran mayoría de la doctrina y por la jurisprudencia, que la única oportunidad procesal para discutir respecto de la procedencia y monto de la compensación económica, es el juicio de nulidad o divorcio. En efecto, aunque la ley no prohíbe expresamente que la compensación económica sea demandada luego de sustanciado el divorcio, se ha entendido que las oportunidades para solicitarla serían sólo tres: la demanda de nulidad o divorcio, en un escrito que la amplíe, o en la demanda reconventional, cuando la parte demandada es la que debe solicitarla. Si no se solicita en alguna de estas oportunidades procesales, tradicionalmente se ha entendido que el derecho a hacerlo ha precluido o caducado.^{62/63}

⁵⁸ CORRAL TALCIANI, Hernán, 2007, pág. 26.

⁵⁹ Incluso hay autores que han pretendido que la compensación económica es de naturaleza asistencial o alimenticia; otros que es una manifestación del enriquecimiento sin causa; y otros que la estiman como una forma de responsabilidad civil contractual objetivada por lucro cesante o pérdida de una chance.

⁶⁰ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, 2019, pág. 310.

⁶¹ *Ibíd.*, pág. 324.

⁶² ETCHEBERRY COURT, Leonor, 2010, pp. 225 y 226.

⁶³ Quienes apoyan esta teoría, la sustentan en que es la interpretación más armónica de acuerdo a lo prescrito por el artículo 60 de la Ley de Matrimonio Civil, que dispone que el divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio.

Esta interpretación —que tiene una conexión directa con el objeto de este trabajo—, está empezando a ser cuestionada por ciertos autores, que, con buenos argumentos, sustentan que la compensación económica puede discutirse perfectamente luego de finiquitado el juicio de nulidad o de divorcio. Sobre este tema profundizaremos en el capítulo siguiente de este trabajo.

c. Otros efectos del divorcio.

En los párrafos que siguen nos referimos a otros efectos del divorcio, en particular, respecto a la filiación y a las donaciones.

c.1. Filiación.

Según dispone expresamente el artículo 53 de la Ley N° 19.947, el divorcio no afecta de modo alguno la filiación ya determinada, ni los derechos y obligaciones que emanan de ella. Razón de lo anterior, es que la filiación está íntimamente ligada con el derecho a la identidad, que permite al individuo saber quién es él mismo.^{64/65}

Esta premisa fundamental en el Derecho de Familia, es la base de la continuidad de los derechos y obligaciones, tanto patrimoniales como personales, que derivan de la relación paterno filial, respecto de los hijos concebidos y/o nacidos durante el matrimonio extinto.⁶⁶

La filiación puede ser matrimonial o no matrimonial. Será matrimonial cuando existe matrimonio entre los padres al tiempo de la concepción o del nacimiento del hijo, y también en el caso del hijo nacido antes del matrimonio de sus padres, cuando es reconocido por ellos y contraen matrimonio posteriormente. Así mismo, la filiación será matrimonial cuando

⁶⁴ Es un derecho que se encuentra reconocido en la Convención de los Derechos del Niño, pese a lo cual, es una cuestión que no sólo afecta a los menores de edad, sino que compete a todas las personas.

⁶⁵ GREEVEN BOBADILLA, Nel, *Derecho de Familia*, Editorial Librotecnia, Segunda Edición, Santiago, 2017, pág. 73.

⁶⁶ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, 2019, pág. 409.

ambos padres contraigan matrimonio entre sí, reconociendo al hijo en el acto del matrimonio o por sentencia ejecutoriada en un juicio de reclamación de filiación.⁶⁷

El artículo 184 del Código Civil establece presunciones de paternidad para la filiación matrimonial, en favor del hijo. Según esta disposición, se presumen hijos del marido los nacidos durante el matrimonio, incluso si el hijo nace instantes después de la celebración del matrimonio.⁶⁸ También se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los 300 días siguientes a su término, o a la separación judicial de los cónyuges.⁶⁹

Según disposición expresa del artículo 42 de la Ley N° 19.947, en el caso del nacimiento del hijo cuando el matrimonio terminó —entre otras causas— por el divorcio, la ley presume que la concepción fue durante el matrimonio. En este caso, los 300 días establecidos en el artículo 76 del Código Civil, son el plazo máximo para considerar que el hijo fue concebido antes de la disolución.⁷⁰

De este modo, la oportunidad en la que la sentencia de divorcio queda firme y ejecutoriada, determina el plazo en el que se aplica la presunción de paternidad referida en los párrafos anteriores, pues los 300 días prescritos por el artículo 76 del Código Civil, se cuentan, en el caso del divorcio, desde que se disuelve el matrimonio por la sentencia de divorcio, lo que ocurre —según se explicó más arriba—, una vez que ésta se encuentra firme y ejecutoriada.

c.2. Las donaciones.

Finalmente, la sentencia firme y ejecutoriada de divorcio también puede producir efectos respecto de las donaciones.

⁶⁷ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *El Sistema Filiativo Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago, 2007, pp. 57 y 58.

⁶⁸ Sin embargo, si el hijo fue procreado antes de la celebración del matrimonio y el marido desconocía el embarazo, éste podrá desconocer la paternidad mediante la acción de desconocimiento de paternidad.

⁶⁹ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, 2007, pág. 60.

⁷⁰ *Ibíd.*

En nuestro ordenamiento jurídico existen dos normas que relacionan expresamente el divorcio y las donaciones. La primera —el artículo 172 del Código Civil—, que autoriza al cónyuge inocente a revocar las donaciones que le hubiese hecho al culpable, siempre que éste haya dado causa al divorcio por adulterio, sevicia atroz, atentado contra la vida del otro cónyuge o hubiese cometido otro crimen de igual gravedad. La segunda —el artículo 1790 inciso segundo del Código Civil—, prescribe que, por la sentencia firme de separación judicial o divorcio, se pueden revocar todas las donaciones que, por causa del matrimonio, se hayan hecho al cónyuge que dio motivo al divorcio o separación por su culpa, cumpliéndose la condición de que tanto la donación como su causa, consten por escritura pública.⁷¹

Tal como señala Acuña San Martín, existe discusión respecto de si tanto el cónyuge inocente como los terceros que hayan hecho donaciones al cónyuge culpable, pueden revocar las donaciones que le hubieren hecho a este último, con ocasión del matrimonio y cumpliéndose las demás condiciones que prescribe la ley. Si bien esta materia escapa al objeto de este trabajo, se debe señalar que, cualquiera sea la postura respecto de esta discusión, la revocación no se produce de pleno derecho. En efecto, con el mérito de la sentencia firme de divorcio por culpa, sólo nace el derecho subjetivo para accionar a fin de obtener la revocación.⁷²

Un tema interesante respecto de la ejecutoriedad de la sentencia que declara el divorcio por culpa en relación a la revocación de las donaciones que venimos tratando, dice relación con que es el único caso en que se rompe con la regla general en cuanto a que los efectos del divorcio se producen desde que queda ejecutoriada la sentencia hacia el futuro, produciéndose, en cambio, efectos retroactivos. En efecto, en principio, el divorcio no debería afectar a las donaciones por causa de matrimonio, porque, aunque el matrimonio termine por sentencia firme, éste existió válidamente. Sin embargo, el legislador, en este tipo de divorcio en particular (y sólo por las causales de culpa señaladas más arriba), autoriza a que estas donaciones sean revocadas por una causa sobreviniente —la sentencia de divorcio—. La razón de lo anterior, es que para el legislador la culpa en la

⁷¹ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, 2019, pág. 263.

⁷² *Ibíd.*, pp. 263 – 265.

causación del divorcio legitima la retroactividad de sus efectos, teniendo esta norma, por lo tanto, un carácter claramente sancionador.⁷³

⁷³ *Ibíd.*, pág. 272.

Capítulo II. LA EJECUTORIEDAD DE LA SENTENCIA QUE ACOGE EL DIVORCIO, CUANDO LA ACCIÓN DE DIVORCIO SE TRAMITA CONJUNTAMENTE CON OTRAS MATERIAS.

1. La cosa juzgada. Concepto y efectos.

La cosa juzgada está indisolublemente unida a la ejecutoriedad de una sentencia. En las páginas que siguen nos referiremos al concepto y tipos de cosa juzgada, para luego analizar sus efectos.

a. Concepto de cosa juzgada.

La ley no entrega una definición de cosa juzgada, por lo que su construcción ha sido principalmente doctrinal y jurisprudencial.

Como institución jurídica, tradicionalmente la cosa juzgada se vincula con la idea de evitar un pronunciamiento sobre un asunto ya resuelto anteriormente (*non bis in ídem*). Se trata de un concepto elemental, cuya relevancia ha sido resaltada por la Corte Suprema declarando que “(...) es una institución de orden público y constituye uno de los fundamentos necesarios del régimen jurídico al asegurar la certidumbre y estabilidad de los derechos que ella consagra”.⁷⁴

La cosa juzgada es la máxima expresión de los actos jurisdiccionales, que una vez firmes y ejecutoriados, producen el efecto de cosa juzgada, lo que se traduce en su inmutabilidad e inimpugnabilidad. Por ello, de forma muy certera, el procesalista uruguayo Eduardo Couture define la cosa juzgada como “la autoridad y efecto de las sentencias, firmes o ejecutoriadas, que importan su inimpugnabilidad, inmutabilidad y eventual coercibilidad.”⁷⁵ En esta misma línea, la Excm. Corte Suprema se ha referido a la cosa

⁷⁴ ROMERO SEGUEL, Alejandro, *Curso de Derecho Procesal Civil, Tomo IV*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2017, pp. 99 y 100.

⁷⁵ FIGUEROA YÁVAR, Juan A. y MORGADO SAN MARTÍN, Erika, *Recursos Procesales Civiles y Cosa Juzgada*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2016, pág. 199.

juzgada como “*el efecto de verdad jurídica, indiscutible e inamovible, que la ley reconoce a las resoluciones judiciales una vez que están firmes o ejecutoriadas.*”⁷⁶

No todas las decisiones jurisdiccionales producen cosa juzgada en su sentido más estricto (es decir, en el sentido de juzgar sobre algo), sino que solo aquellas que se han pronunciado acogiendo o denegando la acción o las acciones afirmadas en el libelo. Dicho de otro modo, producen cosa juzgada aquellas resoluciones que han entrado a resolver sobre el fondo del objeto del proceso.⁷⁷

En efecto, el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil señala que “*Las sentencias definitivas o interlocutorias firmes producen la acción o la excepción de cosa juzgada*”. Así, las resoluciones que producen cosa juzgada, son las sentencias definitivas e interlocutorias que se encuentran firmes y ejecutoriadas. A continuación, desarrollamos —de forma somera—, la cosa juzgada en relación a ambos tipos de resoluciones.

a.1. La cosa juzgada en las sentencias definitivas.

Según lo dispone expresamente el inciso segundo del artículo 158 del Código de Procedimiento Civil, “*la sentencia definitiva es la que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio*”.

Así, la sentencia definitiva es la que resuelve el asunto que ha sido objeto del juicio siempre que acoja o deniegue la acción o las acciones interpuestas en el proceso —ya sea por vía originaria o sobrevenida—, pronunciándose sobre las condiciones de la acción, es decir, sobre la accionabilidad, legitimación y causa de pedir.⁷⁸

En este sentido, la Corte Suprema ha señalado que “*(...) es sentencia definitiva la que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio y esta última es aquella que dice relación con la acción ejercida en la demanda y con las alegaciones, defensas y excepciones, de fondo y no de forma, alegadas u opuestas a ésta*

⁷⁶ Considerando segundo de la sentencia dictada por la Excm. Corte Suprema, en la causa Rol de Ingreso N° 268-2008, de fecha 22 de enero de 2009.

⁷⁷ ROMERO SEQUEL, Alejandro, 2017, pp. 106 y 1

⁷⁸ *Ibíd.*, pág. 108.

por el demandado”;⁷⁹ y que “*producen excepción de cosa juzgada tanto las sentencias absolutorias como condenatorias, puesto que lo que pretende el legislador es la solución definitiva del conflicto, única forma de provocar la certeza jurídica*”.⁸⁰

Tal como se señaló más arriba, por expresa disposición del artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, para que la sentencia definitiva produzca cosa juzgada, debe estar firme y ejecutoriada.

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

Así, para determinar en qué oportunidad la sentencia se encuentra firme y ejecutoriada, hay que distinguir si proceden o no recursos procesales en su contra. Si no proceden recursos en su contra, la sentencia se entiende firme y ejecutoriada desde su notificación a todas las partes del proceso. En el caso que procedan recursos procesales en su contra, nuevamente hay que distinguir si se interpusieron o no los recursos. En el caso que no se hayan interpuesto recursos procesales en contra de la sentencia, ésta se entenderá firme y ejecutoriada una vez que hayan transcurrido los plazos para interponerlos, debiendo, en el caso de las sentencias definitivas, certificarse este hecho por el secretario del Tribunal.⁸¹ En el caso que se hayan interpuesto recursos procesales en contra de la sentencia, ésta estará firme a partir de la notificación del cúmplase o decreto que la mande cumplir, dictado por el Tribunal que la conoció en primera o única instancia.^{82/83}

⁷⁹ Considerando quinto de la sentencia dictada por la Excm. Corte Suprema, resolución N° 1403, de fecha 19 de enero de 2005.

⁸⁰ ROMERO SEGUER, Alejandro, 2017, pág. 108.

⁸¹ Sólo desde esta certificación, la sentencia definitiva se encontrará firme.

⁸² MOSQUERA RUIZ, Mario y MATURANA MIQUEL, Cristián, *Los Recursos Procesales*, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, Santiago, 2016, pág. 78.

⁸³ FIGUEROA YÁVAR, Juan A. y MORGADO SAN MARTÍN, Erika, 2016, pp. 211 y 212.

a.2. La cosa juzgada en las sentencias interlocutorias.

Según lo dispone expresamente el inciso tercero del artículo 158 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia interlocutoria es *“la que falla un incidente del juicio, estableciendo derechos permanentes a favor de las partes, o resuelve sobre algún trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria”*.

Las sentencias interlocutorias firmes⁸⁴ también producen cosa juzgada, siempre que se pronuncien sobre el fondo del asunto controvertido, o sobre un asunto equiparable al mismo —como es, por ejemplo, el desistimiento de la demanda—, y no sobre un derecho o cuestión meramente procesal.⁸⁵

Así, por ejemplo, la resolución que fija los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos en un juicio, sólo resuelve sobre un trámite que sirve de base para la dictación de una sentencia definitiva o interlocutoria, pero no entra a juzgar respecto de las condiciones de la acción, que es el examen de fondo que se ampara por la institución que venimos analizando, y por lo tanto, no produce cosa juzgada.⁸⁶

b. Tipos de cosa juzgada.

Tradicionalmente la doctrina distingue entre la cosa juzgada formal y la cosa juzgada material. La diferencia entre ambos conceptos es sustancial, ya que se trata de dos fenómenos totalmente diversos.⁸⁷ Algunos autores agregan un tercer tipo de cosa juzgada, la provisoria o provisional. A continuación, señalamos las diferencias entre estos tres conceptos.

⁸⁴ Ver pie de página 82 y 83.

⁸⁵ ROMERO SEGUÉL, Alejandro, 2017, pp. 110 y 111.

⁸⁶ Así, los casos más típicos de sentencias interlocutorias que producen cosa juzgada, son los que ponen fin a la instancia impidiendo que posteriormente se produzca la renovación del debate, como es el caso de la interlocutoria que acoge el desistimiento de la demanda y la que acoge una excepción de prescripción, transacción o pago efectivo de la deuda (salvo en los casos en los que se reserve su resolución para la sentencia definitiva). ROMERO SEGUÉL, Alejandro, 2017, pp. 112 y 113.

⁸⁷ ROMERO SEGUÉL, Alejandro, 2017, pág. 115.

b.1. Cosa juzgada formal.

Con la denominación de cosa juzgada formal, se designa un efecto de todas las resoluciones judiciales inherente a su firmeza o inimpugnabilidad.⁸⁸

La cosa juzgada formal *“Es la autoridad y efecto de las sentencias firmes o ejecutoriadas que importan su inimpugnabilidad, inmutabilidad y coercibilidad dentro del mismo proceso, pero que, por mandato legal expreso, permite, en un nuevo juicio, la revisión de lo resuelto”*.⁸⁹

Así, el concepto de cosa juzgada formal alude al concepto de resoluciones judiciales —sentencias definitivas e interlocutorias, firmes y ejecutoriadas, según lo explicado más arriba—, que son susceptibles de una revisión posterior, pero sólo en un proceso diverso a aquel en las que se dictaron. En consecuencia, la sentencia es inimpugnable, pero es mutable mediante una sentencia dictada en otro juicio.⁹⁰

Así lo ha entendido también la Excma. Corte Suprema en diversos fallos, señalando que la cosa juzgada formal *“(...) implica la inimpugnabilidad de lo resuelto dentro del mismo proceso (...);”*⁹¹ y el Tribunal Constitucional, al señalar que *“(...) la cosa juzgada formal opera exclusivamente al interior del proceso (generalmente concentrado especial) en que se hubiere pronunciado la sentencia, una vez precluidos los medios de impugnación, lo que pone término a ese juicio pero no empece a la facultad de iniciar un nuevo proceso, generalmente de cognición ordinaria”*.⁹²

Las resoluciones judiciales que producen cosa juzgada formal son excepcionales y tienen su origen en razones de justicia y/o de economía procesal, permitiendo examinar nuevamente el asunto decidido en otro juicio. En estos casos, y pese a que la resolución judicial tiene el carácter de firme y ejecutoriada e incluso siendo posible su ejecución o

⁸⁸ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Objeto del Proceso y Cosa Juzgada en el Proceso Civil*, S.L. Civitas Ediciones, Pamplona (Navarra), 2005, pág. 96.

⁸⁹ FIGUEROA YÁVAR, Juan A. y MORGADO SAN MARTÍN, Erika, 2016, pág. 206.

⁹⁰ ROMERO SEGUEL, Alejandro, 2017, pp. 115 y 116.

⁹¹ Considerando primero de la sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema, en la causa Rol de Ingreso N° 5830/2013, de fecha 2 de julio de 2014.

⁹² Considerando decimoquinto de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, en la causa Rol N° 2690, de fecha 6 de agosto de 2015.

cumplimiento judicial, no tiene la inmutabilidad propia de la cosa juzgada material o sustancial.⁹³

b.2. Cosa juzgada material.

La cosa juzgada material o sustancial, es el efecto que produce una sentencia firme definitiva o interlocutoria, en cuanto a que no es impugnabile mediante los recursos procesales y, además, no puede ser modificada en el mismo juicio en el que se dictó ni en otro diverso. Así, se trata de aquellos pronunciamientos judiciales sobre el fondo, que no pueden ser revisados posteriormente en otro juicio, constituyendo la certeza más absoluta que obtiene una decisión jurisdiccional, ya sea que haya acogido o rechazado la acción deducida.⁹⁴

En esta misma línea, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, señalando que la cosa juzgada material *“(...) es la cualidad de inmutable de los efectos de la sentencia firme, en cuanto se pronuncia sobre el mérito (fondo), esto es, sobre las pretensiones de las partes, alcanzando a lo resuelto dentro del mismo proceso como también en todo otro proceso posterior que pretenda abrir alguna de las partes, siempre que concorra la triple identidad (...).”*^{95/96}

El efecto material de la cosa juzgada (es decir, la inmutabilidad de lo resuelto) presupone su efecto formal (es decir, la inimpugnabilidad de lo resuelto), considerándose que el efecto material es la “verdadera” dimensión de la cosa juzgada, pues es éste el que impide que existan sentencias contradictorias, incompatibles y/o excluyentes dentro de la administración de justicia.⁹⁷

⁹³ ROMERO SEGUEL, Alejandro, 2017, pág. 117.

⁹⁴ *Ibíd.*, pp. 115 y 116.

⁹⁵ Considerando decimoquinto de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, en la causa Rol N° 2690, de fecha 6 de agosto de 2015.

⁹⁶ El artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, prescribe los elementos de la triple identidad, que son la identidad legal de persona, de la cosa pedida y de la causa de pedir, entendiendo la causa de pedir como el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio.

⁹⁷ LARROUCAU TORRES, Jorge, “Cosa Juzgada en la Justicia de Familia”, en LEPÍN MOLINA, Cristián y GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (Coordinadores), *Estudios de Derecho Familiar I*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2016, pág. 358.

b.3. Cosa juzgada provisoria o provisional.

En ciertas ocasiones, la ley permite solicitar una revisión sobre el fondo de lo resuelto anteriormente, siempre que acontezca un cambio en las circunstancias respecto de la base fáctica o jurídica para el pronunciamiento de una determinada sentencia. La cláusula *rebus sic stantibus* (siempre que las cosas no varíen) se vincula normalmente a ciertos temas del Derecho de Familia, como la fijación de la pensión de alimentos, el cuidado personal de los hijos, el régimen de relación directa y regular, entre otros.⁹⁸

Así, *“La cosa juzgada provisional, por su parte – muy aplicada, por lo demás, en Derecho de Familia– constituye un tertium genus en virtud del cual el mandato de la sentencia se ha hecho inmutable, tanto en ese proceso como en otro posterior, pero siempre que las circunstancias que se tomaron en consideración para dictarla no hubiesen variado, rebus sic stantibus”*.⁹⁹

c. Efectos de la cosa juzgada.

Los efectos de la cosa juzgada son la acción y la excepción de cosa juzgada, que se refieren a las consecuencias jurídicas que producen las resoluciones judiciales que adquieren ese carácter —es decir, las sentencias definitivas o interlocutorias, cuando se hayan pronunciado sobre el fondo del asunto y se encuentren firmes o ejecutoriadas, según ya se explicó en detalle—.¹⁰⁰ A continuación nos referimos ambos conceptos.

c.1. La acción de cosa juzgada.

Según lo ha señalado el Tribunal Constitucional, la acción de cosa juzgada es *“(…) el derecho que le asiste a aquel en cuyo favor se ha declarado un derecho en juicio para el cumplimiento de lo resuelto o para la ejecución del fallo (...)”*.¹⁰¹

⁹⁸ ROMERO SEGUÉL, Alejandro, 2017, pág. 117.

⁹⁹ Considerando decimoquinto de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, en la causa Rol N° 2690, de fecha 6 de agosto de 2015.

¹⁰⁰ ROMERO SEGUÉL, Alejandro, 2017, pág. 121.

¹⁰¹ Voto de prevención de los Ministros, señor Iván Aróstica Maldonado y señora María Luisa Brahm Barril, en la la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en la causa Rol N° 2690, de fecha 6 de agosto de 2015.

No todas las sentencias firmes y ejecutoriadas necesitan ser cumplidas, sino solo aquellas sentencias condenatorias que no hayan sido cumplidas por el condenado. Así, las sentencias declarativas o constitutivas no requieren del ejercicio de la acción de cosa juzgada.¹⁰²

En este sentido, la acción de cosa juzgada es sinónimo de acción ejecutiva, cuando se invoca como título una resolución judicial firme y ejecutoriada, correspondiéndole su ejercicio siempre al litigante victorioso, pues sólo el actor que ve prosperar su acción de condena en un juicio declarativo anterior, podrá ejercer posteriormente la acción de cosa juzgada por vía ejecutiva, con el objeto de obtener el cumplimiento forzado de la prestación que se declaró en su favor.¹⁰³

c.2. La excepción de cosa juzgada.

La excepción de cosa juzgada es el efecto que producen las sentencias definitivas e interlocutorias firmes o ejecutoriadas, en virtud del cual no puede volver a discutirse ni pretenderse la dictación de una nueva sentencia, entre las mismas partes y sobre la misma materia que fue objeto de un fallo anterior.¹⁰⁴

La excepción de cosa juzgada propende a evitar que se dicten dos fallos contradictorios sobre una misma materia, para lo cual debe determinarse con precisión cuándo una sentencia produce cosa juzgada en un juicio posterior.¹⁰⁵

Esto se encuentra reglamentado en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, que prescribe que *“La excepción de cosa juzgada puede alegarse por el litigante que haya obtenido en el juicio y por todos aquellos a quienes según la ley aprovecha el fallo, siempre que entre la nueva demanda y la anteriormente resuelta haya: 1° Identidad legal de personas; 2° Identidad de la cosa pedida; y 3° Identidad de la causa de pedir. Se entiende por causa de pedir el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio”*.

¹⁰² FIGUEROA YÁVAR, Juan A. y MORGADO SAN MARTÍN, Erika, 2016, pág. 212.

¹⁰³ CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil. Tomo III*, Editorial Jurídica de Chile, Sexta Edición, Santiago 2006, pág. 126.

¹⁰⁴ CASARINO VITERBO, Mario, 2006, pág.128.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, pág.132.

De este modo, nuestro sistema jurídico, adoptó la doctrina de las tres identidades – o de la triple identidad-, para determinar cuándo una resolución tiene el mérito de evitar revivir el debate sobre un asunto en el que ya existe cosa juzgada.¹⁰⁶

La determinación de la concurrencia de la triple identidad, busca comprobar si la nueva acción deducida es idéntica a la que ya se falló en un proceso previo, lo que ocurrirá siempre que exista coincidencia en cada uno de sus componentes, es decir, siempre que exista identidad legal de persona, de cosa pedida y de causa de pedir. Estos tres requisitos deben concurrir copulativamente, bastando la ausencia de uno solo de ellos para que la excepción de cosa juzgada carezca de fuerza legal.^{107/108}

2. La cosa juzgada en el Derecho de Familia.

En los conflictos familiares el efecto formal y/o provisional de la cosa juzgada no es excepcional. Por el contrario, en este ámbito del derecho existen buenas razones (como, por ejemplo, un cambio en las circunstancias) para que, en determinadas materias, el efecto formal y/o provisional de la institución que venimos analizando, sea la regla general.¹⁰⁹ Esto ocurre, por ejemplo, en materia de alimentos, de cuidado personal y relación directa y regular de los niños, niñas y adolescentes, en las medidas de protección, entre otras materias.¹¹⁰

Por otro lado, el efecto de cosa juzgada material también es una realidad en la justicia de Familia, por ejemplo, en los fallos que acogen una acción de divorcio o nulidad, el que se pronuncia sobre la compensación económica, entre otros.¹¹¹ En estos casos, lo resuelto por la sentencia firme y ejecutoriada, es inmutable e inimpugnable, pero para que

¹⁰⁶ ROMERO SEGUÉ, Alejandro, 2017, pág. 134.

¹⁰⁷ *Ibíd.*

¹⁰⁸ La dificultad de la determinación de la concurrencia de la triple identidad escapa del objeto de este trabajo, por lo que en esta oportunidad no nos haremos cargo de ella.

¹⁰⁹ Hay autores - como el profesor Hugo Pereira-, que consideran que, en materia de familia, más que cosa juzgada formal hay cosa juzgada provisional, señalando que la primera categoría de cosa juzgada tiene lugar cuando, por razones procedimentales, se admite un nuevo juicio (porque en el primero no hubo suficiente contradicción), mientras que la segunda tiene lugar cuando existe un cambio de circunstancias que amerita una revisión de lo resuelto en un proceso posterior. Para otros autores, en cambio, a distinción no es necesaria, en la medida que el concepto de cosa formal puede explicar ambos escenarios. En LARROUCAU TORRES, Jorge, 2016, pág. 352.

¹¹⁰ LARROUCAU TORRES, Jorge, 2016, pp. 351 - 358.

¹¹¹ *Ibíd.*, pág. 358.

opere la excepción de cosa juzgada, es requisito indispensable que exista un juicio previo con legítima contradicción —es decir, con suficiente intercambio de argumentos y pruebas— entre los litigantes.¹¹²

De este modo y respecto del objeto de este trabajo, es importante puntualizar que la sentencia definitiva que acoge la acción de divorcio, produce cosa juzgada material.

3. Sobre las resoluciones que causan ejecutoria.

Las resoluciones que causan ejecutoria son aquellas que pueden cumplirse, no obstante la interposición de recursos procesales en su contra.¹¹³

Estas resoluciones dan lugar a la ejecución provisional de la sentencia, que es la institución procesal que otorga eficacia a una resolución definitiva sobre el fondo de un asunto carente aún de firmeza, estando la persistencia de los efectos producidos, sujeta a los resultados del recurso procesal interpuesto. Así, la principal característica de la ejecución provisional, es que la permanencia de sus efectos queda condicionada a los resultados del recurso. De este modo, si la resolución que recae sobre el recurso confirma la resolución recurrida, los efectos que se ejecutaron inicialmente de forma provisoria, permanecerán, y si, por el contrario, la resolución es revocatoria, deberá restituirse todo lo percibido y revocarse cualquier otro efecto que se haya producido.¹¹⁴

El fundamento de esta institución es que, en estas resoluciones —aunque técnicamente no existe aún cosa juzgada—, la ley autoriza su ejecución con el objeto de dar celeridad a los juicios. Algunos ejemplos de este tipo de resoluciones —en materia civil—, son las sentencias definitivas o interlocutorias apelables en el solo efecto devolutivo (salvo cuando el Tribunal que va a conocer del recurso, conceda una orden de no innovar), el recurso de casación (previa rendición de fianza de resultas), entre otros casos.¹¹⁵

¹¹² LARROUCAU TORRES, Jorge, 2016, pág. 371.

¹¹³ MOSQUERA RUIZ, Mario y MATURANA MIQUEL, Cristián, 2016, pág. 76.

¹¹⁴ ROMERO SEGUEL, Alejandro, 2017, pág. 114.

¹¹⁵ *Ibíd.*, pp. 114 y 115.

La regla general en materia de Familia, es que las apelaciones se conceden en el sólo efecto devolutivo, salvo las excepciones que consagra expresamente la ley.¹¹⁶ Así, la regla general en Derecho de Familia, es que las resoluciones causen ejecutoria.

4. Aspectos procesales relevantes en materia de Familia respecto de la tramitación del juicio de divorcio.

A continuación, pasamos a analizar ciertos aspectos relevantes en materia procesal de Familia, que tienen directa relación con el objeto de este trabajo.

a. La regla de la acumulación necesaria.

Dentro de las reglas procedimentales en los juicios de Familia, se encuentra la de acumulación necesaria, que está consagrada en el artículo 17 de la Ley que Crea los Tribunales de Familia. Ésta es una regla general de los procedimientos de Familia.¹¹⁷

De acuerdo a ella, los jueces de Familia conocerán conjuntamente, en un solo proceso, los distintos asuntos que una o ambas partes sometan a su consideración, siempre que se sustancien conforme al mismo procedimiento. Por excepción, incluso pueden acumularse ciertas materias que tienen un procedimiento diverso.¹¹⁸

De este modo, para que opere esta regla, debe existir un conflicto familiar con pluralidad de objetos —es decir, con varias pretensiones o asuntos—, que se acumulan en un solo proceso, por solicitarlo las partes o por disposición de la ley, en atención al interés público comprometido. En efecto, la justificación de la acumulación necesaria, encuentra sustento —en esta rama del derecho—, en la economía procesal, en la certeza jurídica (evitar que se dicten sentencias contradictorias), y especialmente, el objetivo de solucionar en un solo proceso —de ser posible—, la totalidad del conflicto familiar —o, al menos, su

¹¹⁶ SILVA MONTES, Rodrigo, 2014, pág. 47.

¹¹⁷ JARA CASTRO, Eduardo, *Derecho Procesal de Familia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2019, pág. 58.

¹¹⁸ SILVA MONTES, Rodrigo, 2009, pp. 24 y 25.

generalidad—, dado que el carácter consensioso familiar, hace útil un examen y fallo integral del asunto.¹¹⁹

a.1. Tipos de acumulación.

Existen distintos criterios para clasificar la acumulación, siendo los más relevantes, los que distinguen entre la acumulación voluntaria y la forzosa, y la acumulación inicial y la sobrevenida.¹²⁰

En atención a si la acumulación es voluntaria o forzosa, se puede clasificar en acumulación a solicitud de parte y acumulación de oficio.

La primera, se produce cuando hay un acto procesal de parte destinado al Tribunal, solicitando la conformación del proceso con pluralidad de objetos. Un ejemplo de este caso es la presentación de la demanda de divorcio con compensación económica.¹²¹

La segunda, es la ordenada o autorizada por la ley, debiendo el juez conocer y fallar ciertos asuntos, hayan o no las partes solicitado su acumulación.¹²² Dentro de los casos de acumulación forzosa que existen en nuestra legislación de Familia, especial relevancia tienen —para los efectos de este trabajo—, los artículos 90 y 67 inciso segundo de la Ley de Matrimonio Civil, que disponen que en los juicios de divorcio, el juez deberá pronunciarse sobre todos los asuntos concernientes a las relaciones respecto de los hijos, según lo dispuesto por el artículo 21 de esa ley, esto es, alimentos, cuidado personal y relación directa y regular.¹²³

En atención al tiempo en la que se produce la acumulación, ésta puede ser inicial o sobrevenida. La acumulación será inicial si las distintas pretensiones se acumulan en una misma demanda. Será, en cambio, sobrevenida, si la nueva pretensión se introduce en un proceso pendiente, ya sea por la ampliación de la demanda, por la interposición de una

¹¹⁹ NÚÑEZ ÁVILA, René y CORTÉS ROSSO, Mauricio, *Derecho Procesal de Familia*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2012, pp. 155 y 156.

¹²⁰ *Ibíd.*, pp. 156 - 161.

¹²¹ *Ibíd.*, pág. 157.

¹²² *Ibíd.*

¹²³ SILVA MONTES, Rodrigo, 2009, pág. 25.

demanda reconvenional, en los casos especiales de compensación económica y nulidad del matrimonio, y en los casos de acumulación de autos.¹²⁴

a.2. Oportunidad.

Según disposición expresa del artículo 17 de la Ley que Crea los Tribunales de Familia, la regla general es que el instante preclusivo para acumular pretensiones, es el inicio de la audiencia preparatoria. Existen, sin embargo, excepciones a esta regla. Una de ellas es el caso de la compensación económica, que puede ser interpuesta en el trámite de información —que hace el juez—, de la posibilidad de pedir compensación económica y de su alcance, lo que se realiza estando ya avanzada la audiencia preparatoria, es decir, luego de su inicio.¹²⁵

a.3. Límites a la acumulación.

Además de los límites temporales recién referidos, el autor Javier Barrientos identificó jurisprudencia muy relevante respecto a dos aspectos de la regla de la acumulación necesaria. La primera, señala que, para que la acumulación opere, las materias en conflicto necesariamente deben estar sometidas a las mismas reglas de instrucción. La segunda, se refiere a que la acción de divorcio debe ser siempre la acción principal,¹²⁶ siendo improcedente su acumulación como acción reconvenional respecto de un juicio de alimentos.¹²⁷

La primera jurisprudencia, se refiere a la finalidad y operatividad de la regla de la acumulación necesaria, prescribiendo *“Que el artículo 17 de la Ley N° 19.968 tiene por finalidad concentrar en un mismo juicio la resolución de materias de familia, bajo la condición de que se encuentran sometidas a las mismas reglas de instrucción, pues ello habilita para que se dé cumplimiento cabal a los trámites y actuaciones que la ritualidad*

¹²⁴ NÚÑEZ ÁVILA, René y CORTÉS ROSSO, Mauricio, 2012, pág. 158.

¹²⁵ *Ibíd.*, pág. 162.

¹²⁶ Salvo los casos de nulidad matrimonial.

¹²⁷ JARA CASTRO, Eduardo, 2019, pp. 63 y 64.

común establece. Si ello no ocurre, la citada norma ordena —a contrario sensu—, que las acciones correspondientes deban ser conocidas y juzgadas separadamente”.¹²⁸

La segunda jurisprudencia, se refiere a la improcedencia de la acumulación en un caso particular, específicamente a la imposibilidad de acumular una demanda reconvenional de divorcio a un juicio en el que la acción principal es una demanda de alimentos. Este fallo prescribe que *“Como es sabido, no existe reconvencción de una demanda reconvenional. De ello se sigue que, de aceptarse que la acción de divorcio puede hacerse valer por la vía reconvenional en un Juicio de Alimentos, se dejaría a la parte demandada reconvenional en la imposibilidad jurídica de solicitar se regulen y resuelvan en el mismo juicio, materias como la declaración de bienes familiares, las vinculadas al régimen de bienes del matrimonio y el cuidado personal y la relación directa y regular con los hijos comunes. La Ley de Matrimonio Civil no sólo permite expresamente que se planteen esas materias por la vía reconvenional, según se contempla en el inciso final del artículo 64 y artículo 89 de ese cuerpo legal, sino que determina que deben resolverse necesariamente y en forma conjunta con la acción principal de divorcio”*. Luego agrega que *“(…) los juicios de separación, nulidad y divorcio, no obstante regirse en general por las normas del juicio ordinario aplicable a los juzgados de familia, deben observar ritualidades especiales atendida la naturaleza de aquellos procesos y materias que en ellos deben resolverse, como ya ha quedado destacado en este fallo. De ahí que sea dable afirmar que las particulares características de los juicios de separación, nulidad y divorcio y las normas que les son aplicables, configuran un procedimiento diferente y especial respecto del contemplado en los artículos 55 y siguientes de la Ley Nº 19.968 (...). Que, por la misma razón, la acumulación necesaria de las acciones de alimentos mayores, como demanda, y la de divorcio, como reconvencción, afectaría irremediabilmente el derecho del cónyuge demandado reconvenionalmente de divorcio, para plantear las materias señaladas en el motivo precedente y particularmente el derecho a compensación económica previsto en el artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil, a que alude el artículo 61”*.¹²⁹

¹²⁸ Fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol de Ingreso Nº 3064-2008, de fecha 24 de octubre de 2008, Nº Legal Publishing 40.460, en BARRIENTOS GRANDON, Javier, *El Código de la Familia*, Primera Edición, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2009, pág. 561.

¹²⁹ *Ibíd.*

Respecto de esta segunda jurisprudencia, estimamos que este criterio —es decir, la imposibilidad de acumular una demanda reconvenicional de divorcio a un juicio en el que la acción principal es una demanda de alimentos—, debe aplicarse también a todas las causas en las que la acumulación produciría el mismo efecto, es decir, privar del derecho de reconvenir sobre materias en las que existe un derecho a demandar en el contexto del juicio de nulidad o divorcio, como generalmente se entiende que es el caso de la compensación económica. Esto ocurriría, por ejemplo, en el caso que la acción principal fuera el cuidado personal, una demanda de bien familiar, entro otros.

a.4. Efectos.

Los efectos de la acumulación de pretensiones son principalmente dos. En primer lugar, todas las pretensiones se conocerán en un solo proceso. En segundo lugar, todas las pretensiones se fallarán en una sola sentencia.

Sin embargo, es muy relevante hacer notar que cada pretensión seguirá siendo distinta y mantendrá su autonomía, por lo que cada una será acogida o rechazada con independencia de las demás, y se examinarán por separado —respecto de cada una—, los presupuestos procesales para su procedencia, los requisitos de cada pretensión, y la carga de alegación, de la pruebas y de admisibilidad de la prueba. Tanto es así que *“la sentencia, en general, contiene tantas decisiones como pretensiones se contengan en el proceso.”*¹³⁰

a.5. Desacumulación.

Según disposición expresa del artículo 17 de la Ley que Crea los Tribunales de Familia, la desacumulación de pretensiones se puede solicitar sólo hasta el inicio de la audiencia preparatoria, y el juez podrá acceder a ella, teniendo en especial consideración el interés superior del niño, niña o adolescente. Es decir, la desacumulación sólo tendrá lugar en aquellos casos en los que estas personas son parte, ya sea de forma inicial o sobrevenida.¹³¹

¹³⁰ NÚÑEZ ÁVILA, René y CORTÉS ROSSO, Mauricio, 2012, pp. 162 y 163.

¹³¹ *Ibíd.*, pág. 163.

b. Titularidad de la acción de divorcio.

La acción de divorcio es personalísima y los titulares de ella son los cónyuges, salvo el caso del divorcio por culpa, donde la acción corresponde sólo al cónyuge inocente.¹³² No admite representación y es intransferible e intransmisible.^{133/134}

En el primer capítulo de este trabajo, señalamos que uno de los efectos del divorcio es la pérdida de los derechos sucesorios recíprocos que tienen como fundamento el matrimonio, esto es, de las asignaciones forzosas a que hubieran tenido derecho recíproco los cónyuges divorciados en la sucesión de su excónyuge.¹³⁵ Ahora es la oportunidad para relacionar este tema con la titularidad de la acción de divorcio.

Nuestro ordenamiento jurídico nada señala respecto de la extinción de la acción de divorcio por la muerte de uno de los cónyuges, pero adherimos a aquella doctrina que estima que, en ese caso, no se dan los presupuestos prescritos por el artículo 56 de la Ley de Matrimonio Civil en cuanto a la titularidad de la acción.¹³⁶ Si la muerte de uno de los cónyuges se produce durante el juicio de divorcio, pero antes de que la sentencia se encuentre firme y ejecutoriada, es claro que el matrimonio termina por muerte y no por divorcio, por cuanto las causales de término del matrimonio son excluyentes entre sí. Sin embargo, una vez más, subsiste el problema de determinar la oportunidad en que la sentencia de divorcio queda firme y ejecutoriada, cuando existen recursos procesales pendientes respecto de las demás materias que se tramitaron de forma conjunta con éste.¹³⁷

También existen dudas respecto del curso procesal de los autos, cuando la muerte de uno de los cónyuges se produce antes de que la sentencia de divorcio se encuentre firme y ejecutoriada. En opinión de la escasa doctrina que se ha pronunciado sobre este particular (y que nos limitamos a exponer sin compartirla necesariamente, por cuanto

¹³² LEPIN MOLINA, Cristián, 2017, pág. 304.

¹³³ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, 2019, pág. 46.

¹³⁴ DEL PICÓ RUBIO, Jorge (Director), 2016, pág. 212.

¹³⁵ Ver pie de página 43.

¹³⁶ El artículo 56 de la Ley de Matrimonio Civil dispone que “*La acción de divorcio pertenece exclusivamente a los cónyuges.*”

Cualquiera de ellos podrá demandarlo, salvo cuando se invoque la causal contemplada en el artículo 54, en cuyo caso la acción corresponde sólo al cónyuge que no hubiere dado lugar a aquélla”.

¹³⁷ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, 2019, pág. 42.

profundizar en el estudio de este punto excede nuestro objetivo), al no existir normas en nuestro ordenamiento jurídico que prescriban como causal de terminación del juicio la inexistencia sobrevenida del objeto del pleito, no sería posible terminar el juicio por la constatación de la muerte de uno de los cónyuges, debiendo continuar su tramitación hasta la dictación de la sentencia definitiva, la que necesariamente deberá rechazar la demanda, por cuanto —tal como señalamos anteriormente—, en ese caso el matrimonio habrá terminado ya por muerte. Lo anterior, claro está, siempre que el cónyuge sobreviviente no se desista de la acción una vez constatada la defunción.¹³⁸

c. La compensación económica como elemento accesorio a la acción de divorcio o nulidad matrimonial.

Tal como se señaló más arriba, la gran mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia entiende que la única oportunidad procesal para discutir respecto de la procedencia y monto de la compensación económica, es el juicio de nulidad o divorcio. Así, si la acción de compensación no se ejerce en esa oportunidad procesal y en los términos del artículo 64 de la Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil, se entiende —mayoritariamente— que ésta irremediablemente caducó o precluyó.¹³⁹

Esta interpretación ha sido sostenida en nuestra doctrina, entre otros, por el profesor Corral, quien a pesar de reconocer que la ley expresamente no indica dicha sanción —la preclusión del derecho a la compensación económica—, plantea que es improcedente demandarla en un juicio diverso, una vez decretado el divorcio o la nulidad, pues el espíritu de la nueva normativa es que todas las cuestiones que derivan de la extinción del matrimonio se concentren en un único proceso; cuestión que, además, se encuentra en línea con la regla de acumulación de pretensiones, ya tratada en extenso.¹⁴⁰

Por su parte, Céspedes señala que la compensación económica no puede ser demandada después del juicio de divorcio o de nulidad, ya que en ellos rige el principio de unidad de competencia. De esta forma “...*el juez debe resolver todos los conflictos relativos*

¹³⁸ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, 2019, pp. 42 y 43.

¹³⁹ Ver pie de página 62 y 63.

¹⁴⁰ CORNEJO AGUILERA, Pablo, “¿Puede la Compensación Económica ser Concebida como una Acción Autónoma? Elementos para la Discusión”, ponencia para las V Jornadas Nacionales de Derecho de Familia, Valparaíso, 6 y 7 de junio de 2019. Trabajo en proceso de publicación.

a la familia y al régimen de bienes del matrimonio (artículo 89 LMC y artículo 17 de la Ley N°19.968, que crea los Tribunales de Familia), ya que su fundamento fue precisamente no perpetuar los problemas familiares luego de terminado el juicio de separación o divorcio”.¹⁴¹

Este mismo autor señala, adicionalmente, que este criterio es conteste con el artículo 60 de la Ley de Matrimonio Civil —citado más arriba—, que prescribe que el divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio. Así, la compensación económica sería un efecto patrimonial de la ruptura del matrimonio —tal como ya se explicó—, por lo que es un derecho que le corresponde al cónyuge, no al excónyuge.¹⁴²

Sin embargo, y tal como también se adelantó, esta interpretación está empezando a ser cuestionada por ciertos autores, que, con buenos argumentos, sustentan que la compensación económica puede discutirse luego de afinado el juicio de nulidad o divorcio.

En efecto, cierto sector de la doctrina, entiende que la acción de compensación económica es independiente y autónoma de la acción de divorcio y/o nulidad, siendo perfectamente posible que la compensación se discuta luego de haberse terminado el matrimonio, por la dictación de la sentencia de divorcio o nulidad.

Antes de referirnos a los argumentos que sirven de sustento a esta interpretación, es importante destacar que lo que ésta plantea es la posibilidad de interponer la acción de compensación económica de forma autónoma, una vez sustanciado el juicio de nulidad o divorcio, pero no en una oportunidad anterior a la que esto ocurra. En efecto, existe consenso respecto de la improcedencia de interponer la demanda de compensación económica en una oportunidad anterior al juicio de nulidad o divorcio, por cuanto ésta nace a la vida del derecho y es exigible, desde que se dicta la sentencia que acoge el divorcio o la nulidad, y en la que se reconoce el derecho a percibirla.¹⁴³

¹⁴¹ CÉSPEDES, Carlos, “El Carácter Dispositivo de la Compensación Económica” en LEPIN MOLINA, Cristián y MUÑOZ, Karen (Coordinadores), *Compensación Económica. Doctrinas Esenciales*, Thomson Reuters, Santiago, año 2016, página 312.

¹⁴² CORNEJO AGUILERA, Pablo, trabajo en proceso de publicación.

¹⁴³ CÉSPEDES, Carlos y VARGAS ARAVENA, David, en LEPIN, Cristián y MUÑOZ, Karen (Coordinadores), año 2016, pp. 236 y 237.

Sentado lo anterior, el gran argumento en el que se sustenta esta novedosa doctrina —sostenida principalmente por los profesores Leonor Etcheberry¹⁴⁴ y Pablo Cornejo—, es que no existe norma expresa que sancione con la preclusión de su derecho al cónyuge que no demandó compensación económica en las oportunidades establecidas en el artículo 64 de la Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil, resultando este artículo insuficiente para sostener esa conclusión.¹⁴⁵

En efecto, y, en primer lugar, el hecho de que esa disposición prescriba que la acción de compensación económica deba ser presentada en la demanda, en escrito complementario a la demanda, o en la reconvenición, debe ser interpretado como una exigencia destinada a resguardar la vigencia del principio de congruencia propio del ámbito procesal, a fin de evitar que el juez de Familia se pronuncie de oficio acerca de una pretensión que no formó parte del debate. Es más, el juez de Familia debe informar a las partes el derecho a demandar la compensación económica si ella no ha sido pedida en la demanda, lo que ha sido interpretado por cierta jurisprudencia en el sentido de otorgar a las partes una nueva oportunidad para incorporar dicha pretensión dentro de las materias debatidas en el proceso. Así, es claro que existen oportunidades fuera de las reguladas por el artículo 64 de la Ley de Matrimonio Civil, para incluir la compensación económica en el juicio de divorcio o nulidad, lo que da cuenta que las oportunidades para discutir sobre su procedencia y monto, no son las únicas prescritas en ese artículo.¹⁴⁶

En segundo lugar, la regla de acumulación de pretensiones dispuesta por el artículo 17 de la Ley que Crea los Tribunales de Familia —tratada en extenso más arriba—, tampoco puede ser considerada como un argumento conclusivo, por cuanto, tal como ya se señaló, el objetivo de esta regla —que se justifica en la economía procesal—, busca evitar que se dicten resoluciones contradictorias y propende al ideal de solucionar todo el conflicto familiar en un único procedimiento, dado que los caracteres del conflicto familiar hacen recomendable un examen íntegro del asunto. Sin embargo, todos estos son valores de una entidad inferior al de la protección del cónyuge más débil —y el objetivo que subyace a la compensación económica es justamente la protección del cónyuge más débil—, que es un principio de carácter general en materia matrimonial, según disposición expresa del

¹⁴⁴ ETCHEBERRY COURT, Leonor, 2010, pp. 227 y 228.

¹⁴⁵ CORNEJO AGUILERA, Pablo, trabajo en proceso de publicación.

¹⁴⁶ *Ibíd.*

artículo 3 de la Ley de Matrimonio Civil. Es más, se debe considerar que el artículo 89 de la Ley de Matrimonio Civil —que también recoge el mismo principio de acumulación—, no hace mención alguna a la compensación económica.^{147/148}

En tercer lugar, y respecto de lo prescrito por el artículo 60 de la Ley de Matrimonio Civil ya citado, los partidarios de esta interpretación sostienen que no están propiciando la subsistencia de derechos u obligaciones nacidas del matrimonio con posterioridad a su terminación. Por el contrario, se trata simplemente de permitir a uno de los cónyuges —el más débil— interponer una demanda fundada en hechos ocurridos durante la vigencia del matrimonio, pero con posterioridad a su terminación.¹⁴⁹

Un último elemento de interpretación se encuentra en la Ley que Crea el Acuerdo de Unión Civil, específicamente su artículo 27, que dispone que en aquellos casos en que la convivencia civil termina por mutuo acuerdo, por declaración unilateral o por declaración judicial de nulidad, el conviviente civil que se hubiere dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar en común podrá demandar compensación económica, si ha sufrido un menoscabo como consecuencia de no haber podido desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante la vigencia del acuerdo, o de haberlo hecho en menor medida de lo que quería o podía.¹⁵⁰

El artículo 27 de la Ley que Crea el Acuerdo de Unión Civil, debe ser interpretado en armonía con su artículo 26, que dispone que la terminación que opere por mutuo acuerdo de los convivientes civiles o por declaración unilateral de voluntad, no se encontrará sometida al control judicial, de manera que mal podría imponerse a los convivientes civiles

¹⁴⁷ “Artículo 89.- Las acciones que tengan por objetivo regular el régimen de alimentos, el cuidado personal de los hijos o la relación directa y regular que mantendrá con ellos aquél de los padres que no los tenga bajo su cuidado, cuando no se hubieren deducido previamente de acuerdo a las reglas generales, como asimismo todas las cuestiones relacionadas con el régimen de bienes del matrimonio, que no hubieren sido resueltas en forma previa a la presentación de la demanda de separación, nulidad o divorcio, deberán deducirse en forma conjunta con ésta o por vía reconvenzional, en su caso, y resolverse tan pronto queden en estado, de acuerdo al procedimiento aplicable.

La misma regla se aplicará en caso de que se pretenda modificar el régimen de alimentos, el cuidado personal de los hijos o la relación directa y regular que mantendrán con el padre o la madre que no los tenga bajo su cuidado, que hubieren sido determinados previamente. El cumplimiento del régimen fijado previamente sobre dichas materias se tramitará conforme a las reglas generales”.

¹⁴⁸ CORNEJO AGUILERA, Pablo, trabajo en proceso de publicación.

¹⁴⁹ *Ibíd.*

¹⁵⁰ *Ibíd.*

la carga procesal de sostener la pretensión compensatoria en el contexto de un procedimiento que no existe. En este caso, encontrándose reconocido el derecho en la ley, se debe entender que el conviviente civil que es titular de compensación económica, podrá accionar ante el Tribunal competente en cualquier momento, encontrándose limitado sólo por el plazo de prescripción —de acuerdo a las normas generales—, pues se trata de una acción autónoma. En dicho contexto, la única forma de restablecer la igual protección de la ley, es reinterpretar las normas sobre la preclusión del derecho a demandar compensación en materia matrimonial, a fin de reconocer a los cónyuges, a lo menos, la misma protección que nuestra legislación proporciona a los convivientes civiles.¹⁵¹

Por nuestra parte, adherimos plenamente a esta doctrina, agregando que, el hecho de que los litigantes se vean obligados —no por mandato legal, sino porque la práctica judicial los conmina a hacerlo, tal como ya se explicó—, a tramitar conjuntamente la acción de nulidad o de divorcio con la de compensación, lejos de agotar la conflictiva familiar con mayor celeridad, podría llegar a extenderla por un plazo bastante más amplio.

En efecto, a propósito de la oportunidad en la que queda firme y ejecutoriada la sentencia de divorcio, cuando éste se tramita conjuntamente con otras materias —como por ejemplo, cuando se tramita conjuntamente con compensación económica—, podría entenderse —como de hecho en más de una oportunidad lo han hecho nuestros Tribunales—, que la sentencia no se encontrará firme y ejecutoriada, sino hasta que exista sentencia firme respecto de todas las materias que se tramitaron conjuntamente con el divorcio, pese a que ninguna de las partes haya deducido recursos procesales respecto de la sentencia en la parte que acogió la acción de divorcio.

En el contexto de un juicio de divorcio, en que ya existe sentencia de primera instancia y recursos procesales pendientes sólo respecto de las demás materias que se tramitaron conjuntamente con el divorcio, puede ocurrir —tal como se planteó anteriormente—, que uno de los cónyuges fallezca. Esto implicará que el cónyuge sobreviviente y los restantes herederos del causante —es decir, el otro cónyuge— se vean entrampados por varios años —como ha ocurrido en numerosas oportunidades— en un nuevo litigio, ahora de carácter sucesorio, tendiente a determinar si el cónyuge

¹⁵¹ *Ibíd.*

sobreviviente continúa teniendo la calidad de tal —y, en consecuencia, si mantiene sus derechos hereditarios respecto de los bienes del cónyuge fallecido—, en circunstancias que sería del todo claro que si uno de los cónyuges —o mejor dicho, excónyuges— fallece luego de sustanciado el juicio de divorcio, ningún derecho le cabe en la herencia del causante.

En un escenario como el descrito, el hecho de tramitar la acción de divorcio en conjunto con la de compensación económica, lejos de simplificar la conflictiva familiar, la intensifica.

d. Régimen de recursos procesales en materia de Familia.

En las páginas que siguen, nos referiremos a los aspectos generales de la regulación de los recursos procesales en materia de Familia, para luego analizar aquellos recursos que proceden en contra de la sentencia definitiva dictada en el marco de la conflictiva familiar.

d.1. Aspectos generales de la regulación de los recursos procesales en materia de Familia.

Según disposición expresa del artículo 67 de la Ley que Crea los Tribunales de Familia, las resoluciones que se dicten en el proceso serán impugnables a través de los recursos y en las formas que establece el Código de Procedimiento Civil, siempre que ello no resulte incompatible con los principios del procedimiento que establece ese mismo cuerpo legal y sin perjuicio de las modificaciones que esa misma ley prescribe.¹⁵²

Así, y como primer elemento que se debe considerar en este análisis, en materia de Familia, nuestro legislador ha consagrado expresamente normas con la naturaleza de principios —es decir, como “mandatos de optimización”—, con el objeto de que sirvan de base para la construcción del sistema procesal, de los instrumentos esenciales de la función jurisdiccional y para el conjunto de normas señaladas en el procedimiento de Familia.¹⁵³

¹⁵² SILVA MONTES, Rodrigo, 2009, pág. 47.

¹⁵³ MATURANA MIQUEL, Cristián, “Coherencia del Sistema Recursivo de Familia con un Régimen General de Impugnación”, en LEPÍN MOLINA, Cristián y GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (Coordinadores), *Estudios de Derecho Familiar I*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2016, pág. 327.

Como señala Robert Alexy, *“En estos mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no sólo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos. Esto último implica que los principios son susceptibles de ponderación y, además, la necesitan. La ponderación es la forma de aplicación que caracteriza a los principios”*.¹⁵⁴

De igual modo, estos principios del procedimiento requieren una debida ponderación con los principios del derecho sustancial del que son instrumentales, pues *“Como destaca la doctrina, el Derecho Procesal es instrumental, razón por la que debe respetar los principios propios del derecho sustancial que buscan hacer efectivo, procurando no desnaturalizar sus bases fundamentales. Es el derecho procesal el que debe ajustarse al derecho sustancial y no éste a aquél”*.¹⁵⁵

Uno de los principios procesales que rige en materia de Familia es el de economía procesal, que es aquel que *“con el objetivo de acelerar el procedimiento, persigue obtener el máximo resultado en la aplicación de la ley con la mínima utilización posible de la actividad procesal”*.¹⁵⁶

Aunque no está nombrado expresamente como uno de los principios de los procedimientos regulados en la Ley que Crea los Tribunales de Familia, por inducción se puede sostener que esta ley lo contempla.¹⁵⁷ En efecto, la economía procesal se ve reflejada en materia de Familia, no sólo en la pretendida celeridad de los procesos (según los principios de concentración y de actuación de oficio-celeridad), sino muy particularmente en la regla de la acumulación necesaria, ya tratada en detalle.¹⁵⁸

De este modo, la aplicación supletoria de las normas que regulan los recursos en el Código de Procedimiento Civil, no es posible cuando en materia de Familia se contemple

¹⁵⁴ *Ibíd.*, pág. 328.

¹⁵⁵ *Ibíd.*, pág. 330.

¹⁵⁶ NÚÑEZ ÁVILA, René y CORTÉS ROSSO, Mauricio, 2012, pág. 96.

¹⁵⁷ *Ibíd.*, pág. 96.

¹⁵⁸ SILVA MONTES, Rodrigo, 2009, pp. 22 - 25.

una norma especial diversa, o bien cuando la aplicación supletoria de esas reglas resulte incompatible con los principios del procedimiento que contemple la Ley N° 19.968 (incluido el principio de economía procesal), los que, a su vez, requieren —en su aplicación—, de una debida ponderación con los principios del derecho sustancial del que son instrumentales.¹⁵⁹

d.2. Recursos que proceden en contra de la sentencia definitiva dictada en Familia.

Tal como señalamos en el segundo capítulo de este trabajo, por disposición expresa del artículo 158 del Código de Procedimiento Civil, *“la sentencia definitiva es la que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio”*. Ahora nos referiremos a los recursos procesales que proceden en contra de la sentencia definitiva dictada en Familia.

En primer lugar, existen recursos procesales que proceden en contra de la sentencia definitiva, que se encuentran consagrados expresamente en la Ley N° 19.968. Estos son el recurso de apelación, el recurso de casación en la forma, el de casación en el fondo y el recurso de nulidad.¹⁶⁰

El recurso de apelación está consagrado en el artículo 186 del Código de Procedimiento Civil, que señala que *“El recurso de apelación tiene por objeto obtener del tribunal superior respectivo que enmiende, con arreglo a derecho, la resolución del inferior”*.

Por su parte, la doctrina ha definido el recurso de apelación como *“El acto jurídico procesal de la parte agraviada o que ha sufrido un gravamen irreparable con la dictación de una resolución judicial, por medio del cual solicita al tribunal que la dictó que eleve el conocimiento del asunto al tribunal superior jerárquico con el objeto de que éste la enmiende con arreglo a derecho”*.¹⁶¹ También se ha señalado que *“El recurso de apelación es el remedio procesal tendiente a que un tribunal jerárquicamente superior, generalmente colegiado, revoque o modifique una resolución judicial de un juzgado o tribunal que le está*

¹⁵⁹ MATURANA MIQUEL, Cristián, en LEPÍN MOLINA, Cristián y GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (Coordinadores), 2016, pág. 338.

¹⁶⁰ SILVA MONTES, Rodrigo, 2009, pp. 47 y 48.

¹⁶¹ MATURANA MIQUEL, Cristián, *Los Recursos del Código de Procedimiento Civil en la Doctrina y la Jurisprudencia. Tomo I*, Editorial Legal Publishing, 1ª Edición, Santiago, 2015, pág. 55.

*subordinado, por estimar que se ha incurrido en una errónea apreciación de la materia del litigio, de los hechos, o de la prueba, o de la interpretación o aplicación del derecho”.*¹⁶²

En materia de Familia, el recurso de apelación sólo procede en contra de las sentencias definitivas de primera instancia, de las resoluciones que pongan término al procedimiento o hagan imposible su continuación, y las que se pronuncian sobre medidas cautelares.¹⁶³

Se debe hacer presente que existen sentencias definitivas que son inapelables, como las dictadas en procesos por infracciones cometidas por adolescentes,¹⁶⁴ o, el caso —muy interesante para lo efectos de este trabajo— de aquella parte de la sentencia definitiva en que se accede a la solicitud de rectificación del sexo de una persona y de su nombre registral, cuando existe un vínculo matrimonial vigente. En este caso, por expresa disposición del artículo 19 de la Ley N° 21.120, se limita la procedencia del régimen de recursos, por cuanto éstos sólo serán procedentes respecto de aquella parte de la resolución que regula los efectos personales y patrimoniales derivados de la terminación del matrimonio, y no en contra de aquella parte en que se accede a la solicitud de rectificación.¹⁶⁵

Respecto de la casación en la forma, este recurso no está definido en la ley, la que se limita simplemente a señalar su objeto. Doctrinariamente, se ha definido como *“Un recurso extraordinario que la ley concede a la parte agraviada en contra de determinadas resoluciones judiciales, para obtener su anulación, cuando han sido dictadas con omisión de sus requisitos legales formales o dentro de procedimientos viciosos.”*¹⁶⁶ También se ha definido como *“El acto jurídico procesal de la parte agraviada destinado a obtener del Tribunal superior jerárquico la invalidación de una sentencia, por haber sido pronunciada por el Tribunal inferior con prescindencia de los requisitos legales o emanar de un*

¹⁶² COUTURE, Eduardo, *Vocablo Jurídico*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1976.

¹⁶³ NÚÑEZ ÁVILA, René y CORTÉS ROSSO, Mauricio, 2012, pág. 357.

¹⁶⁴ SILVA MONTES, Rodrigo, 2009, pp. 47 y 48.

¹⁶⁵ CORNEJO AGUILERA, Pablo, “Comentario a la Ley N°20.120. El Derecho al Reconocimiento de la Identidad de Género y sus Impactos en el Derecho de Familia”, trabajo en vías de publicación.

¹⁶⁶ CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil. Tomo IV*, Editorial Jurídica de Chile, Sexta Edición, Santiago, 2006, pág.159.

*procedimiento viciado al haberse omitido las formalidades esenciales que la ley establece.*¹⁶⁷

En materia de Familia, el recurso de casación en la forma sólo procede en contra de las sentencia definitivas de primera instancia y de las interlocutorias de primera instancia que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación, y sólo por las causales de los números 1º, 2º, 4º, 6º, 7º y 9º del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, es decir, sólo podrá fundarse en la incompetencia del Tribunal; la inhabilidad del juez sentenciador; ultra petita (o extra petita); cosa juzgada; contener decisiones contradictorias; por omisión de algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o de cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad.¹⁶⁸

Sin perjuicio de que la Ley que Crea Los Tribunales de Familia no lo dispone expresamente, el recurso de casación en la forma también se podrá fundar en el hecho de haberse pronunciado la sentencia definitiva con omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el artículo 66 de la Ley N° 19.968.¹⁶⁹

Respecto del recurso de casación en el fondo, éste ha sido definido como *“Un acto jurídico procesal de parte agraviada con determinadas resoluciones judiciales, para obtener de la Corte Suprema que las invalide por haberse pronunciado con una infracción de ley que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, y que las reemplace por otra resolución en que la ley se aplique correctamente”*.¹⁷⁰ Por su parte, Mario Casarino define la casación en el fondo como *“Un recurso extraordinario que el legislador concede a la parte agraviada, en contra de determinadas sentencias judiciales, para obtener su anulación, cuando han sido dictadas con infracción de ley, siempre que esta infracción haya influido sustancialmente en lo dispositivo de ellas”*.¹⁷¹

La única referencia —y modificación— de la Ley que Crea los Tribunales de Familia respecto de la casación en el fondo —que también aplica para la casación en la forma—,

¹⁶⁷ MOSQUERA RUIZ, Mario y MATORANA MIQUEL, Cristián, 2016, pág. 245.

¹⁶⁸ NÚÑEZ ÁVILA, René y CORTÉS ROSSO, Mauricio, 2012, pp. 359 y 360.

¹⁶⁹ *Ibíd*, pág. 360.

¹⁷⁰ MOSQUERA RUIZ, Mario y MATORANA MIQUEL, Cristián, 2016, pág. 294.

¹⁷¹ MATORANA MIQUEL, Cristián, *Los Recursos del Código de Procedimiento Civil en la Doctrina y la Jurisprudencia. Tomo II*, Editorial Legal Publishing, 1ª Edición, Santiago, 2015, página 615.

se encuentra en su artículo 67 N°7, y se refiere al patrocinio del recurso. En lo demás, este recurso se rige por lo establecido a su respecto en el Código de Procedimiento Civil, siempre que dichas normas sean compatibles con los principios del procedimiento que establece la Ley N° 19.968, según ya se explicó más arriba.¹⁷²

En los procesos de Familia cabe la casación de oficio.¹⁷³ Sobre este tema profundizaremos en el tercer capítulo de este trabajo.

En cuanto al recurso de nulidad, ha sido definido doctrinariamente como *“El acto jurídico procesal de la parte agraviada, destinado a obtener la invalidación del procedimiento o sólo de la sentencia definitiva pronunciada por un Tribunal de juicio oral, o por el juez de garantía en un procedimiento simplificado o de acción penal privada, de parte del Tribunal superior jerárquico establecido en la ley, basado en las causales genéricas y absolutas que establece el legislador”*.¹⁷⁴

La nulidad, entendida como una sanción de ineficacia que afecta a los actos procesales —y aun a procesos enteros, por infracción a las normas que los regulan—, es una institución usada con mucha frecuencia en el derecho procesal funcional, para efectos de resguardar el cumplimiento de las formalidades propias del proceso y la garantía al debido proceso de las partes, que someten su conflicto jurídico a la decisión del órgano jurisdiccional, buscando que tanto las partes como el juez respeten los principios básicos del procedimiento, especialmente los tramites esenciales, la igualdad de armas, la posibilidad de alegar y presentar prueba, recurrir en su caso, entre otros derechos considerados básicos por la doctrina y jurisprudencia.¹⁷⁵

El artículo 83 del Código de Procedimiento Civil da la idea matriz que permite conceptualizar a la nulidad procesal como un instrumento de tutela de derechos y del ordenamiento jurídico: *“La nulidad procesal podrá ser declarada, de oficio o a petición de parte, en los casos que la ley expresamente lo disponga y en todos aquellos en que exista*

¹⁷² JARA CASTRO, Eduardo, 2019, pág. 238.

¹⁷³ SILVA MONTES, Rodrigo, 2009, pág. 48.

¹⁷⁴ MOSQUERA RUIZ, Mario y MATURANA MIQUEL, Cristián, 2016, pág. 332.

¹⁷⁵ SALAS VIVALDI, Julio, *Los Incidentes, y en Especial el de Nulidad Procesal*, Editorial Jurídica de Chile, 7ª edición, Santiago, 2004, pp. 72 y 73.

un vicio que irroque a alguna de las partes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad (...).¹⁷⁶

En materia de Familia, está consagrado expresamente en el artículo 25 de la N° 19.968, que en su inciso primero dispone que *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, sólo podrá declararse la nulidad procesal cuando se invocare un vicio que hubiere ocasionado efectivo perjuicio a quien solicitare la declaración. En la solicitud correspondiente el interesado deberá señalar con precisión los derechos que no pudo ejercer como consecuencia de la infracción que denuncia.”*^{177/178} En los procesos de Familia, cabe la nulidad de oficio.

En segundo lugar, existen recursos procesales que se pueden interponer en contra de la sentencia definitiva, y que no se encuentran regulados expresamente en la Ley N° 19.968, pero que igualmente tienen aplicación por disposición de su artículo 67, ya referido. Así, en contra de la sentencia definitiva dictada en materia de Familia, procede también el recurso de aclaración y rectificación (aunque en estricto rigor, no es un recurso propiamente

¹⁷⁶ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo y PALOMO VÉLEZ, Diego, *Proceso Civil: Los Recursos y Otros Medios de Impugnación*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2016, pág. 390.

¹⁷⁷ El artículo 12 de la Ley N° 19.968 consagra el principio de intermediación.

¹⁷⁸ El Artículo 25 de la Ley N° 19.968 dispone: *“Nulidad procesal. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, sólo podrá declararse la nulidad procesal cuando se invocare un vicio que hubiere ocasionado efectivo perjuicio a quien solicitare la declaración. En la solicitud correspondiente el interesado deberá señalar con precisión los derechos que no pudo ejercer como consecuencia de la infracción que denuncia.*

La parte que ha originado el vicio o concurrido a su materialización no podrá solicitar la declaración de nulidad.

Se entenderá que existe perjuicio cuando el vicio hubiere impedido el ejercicio de derechos por el litigante que reclama.

Toda nulidad queda subsanada si la parte perjudicada no reclama del vicio oportunamente; si ella ha aceptado tácitamente los efectos del acto y si, no obstante el vicio de que adolezca, el acto ha conseguido su fin respecto de todos los interesados.

Los tribunales no podrán declarar de oficio las nulidades convalidadas”.

tal),¹⁷⁹ el recurso especial de revisión¹⁸⁰ en los procesos de adopción, y, según algunos autores, el recurso de queja —aunque de forma limitada—.^{181/182/183}

Por nuestra parte, concordamos con aquella doctrina que estima que en materia de Familia no procede el recurso de queja, pues aún en los casos en que la resolución recurrida revista la naturaleza jurídica contemplada para el ejercicio de esa vía disciplinaria, si la resolución es pronunciada en primera instancia, se contempla a su respecto la procedencia del recurso de apelación y casación en la forma, y si es pronunciada en segunda instancia, se contempla la procedencia del recurso de casación en el fondo. De este modo, al existir recursos ordinarios y extraordinarios para la impugnación de la resolución, no procederá el recurso de queja, aun cuando su naturaleza jurídica contemple el ejercicio de la vía disciplinaria —es decir, la queja disciplinaria en los términos prescritos en el Código Orgánico de Tribunales—, en caso de incurrirse en abuso en su dictación.¹⁸⁴

Procede también el recurso de hecho,¹⁸⁵ aunque este recurso no se interpone en contra de la sentencia definitiva, sino que en contra de la resolución que se pronunció erróneamente acerca del otorgamiento o denegación de una apelación interpuesta. Sin embargo y a pesar de que no es un recurso que se interpone en contra de la sentencia definitiva, consideramos pertinente referirnos a él, pues es un recurso que puede incidir en la oportunidad en la que queda firme y ejecutoriada la sentencia definitiva dictada en Familia.

¹⁷⁹ *“Es el medio que la ley concede a las partes para obtener que el mismo tribunal que dictó una resolución aclare los puntos oscuros o dudosos, salve las omisiones o rectifique los errores de copia, de referencia o de cálculos numéricos que aparezcan de manifiesto en la sentencia”*. CORREA SELAME, Jorge, *Los Recursos Procesales Civiles*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2002, pág. 9.

¹⁸⁰ *“La revisión es la acción aclarativa, de competencia exclusiva y excluyente de una sala de la Corte Suprema, que se ejerce para invalidar sentencias firmes o ejecutoriadas que han sido ganadas fraudulenta o injustamente en casos expresamente señalados por la ley”*. MOSQUERA RUIZ, Mario y MATORANA MIQUEL, Cristián, 2016, pág. 579.

¹⁸¹ *“Es el acto jurídico procesal de parte que se ejerce directamente ante el Tribunal superior jerárquico y en contra del juez o jueces inferiores que dictaron en un proceso del cual conocen una resolución con falta o abuso grave, solicitándole que ponga pronto remedio al mal que motiva su interposición mediante la enmienda, revocación o invalidación de aquella, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones disciplinarias que fueren procedentes por el pleno de ese Tribunal respecto del juez o jueces recurridos”*. MOSQUERA RUIZ, Mario y MATORANA MIQUEL, Cristián, 2016, pág. 389.

¹⁸² NUÑEZ ÁVILA, René y CORTÉS ROSSO, Mauricio, 2012, pp. 360 y 361.

¹⁸³ SILVA MONTES, Rodrigo, 2009, pág. 48.

¹⁸⁴ MATORANA MIQUEL, Cristián, en LEPÍN MOLINA, Cristián y GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (Coordinadores), 2016, pág. 346.

¹⁸⁵ NUÑEZ ÁVILA, René y CORTÉS ROSSO, Mauricio, 2012, pág. 360.

e. La sentencia definitiva de divorcio no causa ejecutoria.

En el segundo capítulo de este trabajo, señalamos que las resoluciones que causan ejecutoria son aquellas que pueden cumplirse, no obstante la interposición de recursos procesales en su contra. También señalamos que, la regla general en Derecho de Familia, es que las resoluciones causen ejecutoria, pues, por expresa disposición del numeral 3 del artículo 67 la Ley N° 19.968, las apelaciones se conceden en el sólo efecto devolutivo, salvo las excepciones que consagra expresamente la ley.

Sin embargo, esta regla general encuentra una importante excepción en los juicios de divorcio, pues, por expresa disposición legal, el recurso de apelación se concederá en ambos efectos respecto de las sentencias definitivas referidas a los asuntos comprendidos en los numerales 8, 10, 13 y 15 del artículo 8° de la Ley 19.968, esto es, en materias de filiación, autorización para salir del país, separación, nulidad y divorcio.¹⁸⁶

Así mismo, en materia de casación, la regla general —que se encuentra contenida en el artículo 773 del Código de Procedimiento Civil (que es común tanto para la casación en la forma como en el fondo) —, es que el recurso de casación no suspende la ejecución de la sentencia. Así, la sentencia impugnada a través de un recurso de casación, es un típico ejemplo de sentencia que causa ejecutoria, es decir, aquella respecto de la cual puede solicitarse su cumplimiento, no obstante existir recursos procesales pendientes.¹⁸⁷

Sin embargo, esta regla general tiene dos excepciones, siendo una de ellas la contenida en el inciso primero del artículo 773 del Código de Procedimiento Civil, que señala que el recurso de casación suspende la ejecución de la sentencia, cuando su cumplimiento haga imposible llevar a efecto la que se dicte si se acoge el recurso. Es decir, la ejecución de la sentencia se suspenderá cuando por la dictación de la sentencia de reemplazo en caso de acogerse la casación, se haga imposible de cumplir o se produzca un daño a situaciones jurídicas tan trascendentes, que sea un absurdo dejar sin efecto todo lo obrado en virtud de la sentencia definitiva primitiva anulada por vía de casación.¹⁸⁸

¹⁸⁶ NÚÑEZ ÁVILA, René y CORTÉS ROSSO, Mauricio, 2012, pág. 357.

¹⁸⁷ MOSQUERA RUIZ, Mario y MATURANA MIQUEL, Cristián, 2016, pág. 272.

¹⁸⁸ *Ibíd.*, pp. 272 y 273.

De hecho, el propio inciso 1º del artículo 273 nos señala ejemplos de estas situaciones, al indicarnos —en forma meramente ejemplar—, que nos encontramos en presencia de ellas, en caso de tratarse de una sentencia que declare la nulidad de un matrimonio o de una que permita el matrimonio de un menor.¹⁸⁹

Por analogía, la misma regla debe aplicarse respecto de la sentencia que acoge la acción de divorcio, lo que es consecuente con el inciso primero del artículo 59 de la Ley de Matrimonio Civil —al que nos referimos al principio de este trabajo—, que dispone expresamente que *“El divorcio producirá efectos entre los cónyuges desde que quede ejecutoriada la sentencia que lo declare”*.

Así las cosas, es claro que la sentencia de divorcio no causa ejecutoria, y que producirá efectos entre los cónyuges sólo una vez que se encuentre firme y ejecutoriada. Respecto de terceros —tal como analizamos en el primer capítulo—, sus efectos se producirán desde que se realice la subinscripción del fallo al margen de la respectiva inscripción matrimonial.

5. La oportunidad en la que queda firme y ejecutoriada la sentencia que acoge el divorcio, cuando existen recursos procesales pendientes respecto de otras materias que se tramitaron conjuntamente con el divorcio.

En las páginas que siguen, pasamos a referirnos al tema medular de este trabajo, es decir, a la oportunidad en la que queda firme y ejecutoriada la sentencia que acoge el divorcio, cuando existen recursos procesales pendientes respecto de las otras materias que se tramitaron conjuntamente con éste.

Para efectos de orden, primero nos referiremos a los tipos de divorcios en los que se puede producir esta problemática, para luego presentar las posibles posturas frente a ella, analizando resoluciones judiciales dictadas por nuestros Tribunales a este respecto.

¹⁸⁹ *Ibíd.*, pág. 273.

a. Tipos de divorcios en los que puede darse esta problemática.

Al principio de este trabajo, nos referimos a los distintos tipos de divorcios que contempla nuestra legislación, distinguiendo entre el divorcio sanción y el divorcio remedio, el que a su vez puede ser solicitado unilateralmente o en forma conjunta por los cónyuges, siempre que se cumplan los requisitos establecidos por la ley.

Así y como primera cuestión, cabe analizar en qué tipos de divorcio procede la interrogante respecto de la oportunidad en la que queda firme y ejecutoriada la sentencia de divorcio, cuando existen recursos procesales pendientes respecto de otras materias que se tramitaron conjuntamente con el divorcio.

Como primera aproximación al tema, se debe establecer que la interrogante se producirá sólo en aquellos casos en los que la acción de divorcio se tramita conjuntamente con otras materias —lo que será de común ocurrencia, por aplicación de la regla de la acumulación necesaria tratada en extenso más arriba—, y cuando esta acción sea acogida por el Tribunal a quo y/o por la Corte de Apelaciones,¹⁹⁰ pues es claro que si es rechazada, el matrimonio seguirá vigente, y, por lo tanto, carecerá de toda relevancia —para efectos de determinar la oportunidad precisa en la que se termina el vínculo matrimonial—, el que existan recursos procesales pendientes respecto de otras materias que se tramitaron conjuntamente con el divorcio.

Luego y como segunda aproximación, debemos analizar si esta problemática se produce en todos los tipos de divorcio, o si, por el contrario, en sólo algunos de ellos. Vamos por parte.

En el caso de un divorcio remedio —o por cese de la convivencia— demandado por uno de los cónyuges, es claro que esta problemática tiene plena vigencia. En efecto, lo esperable es que luego de transcurridos 3 años del cese efectivo de la convivencia, el cónyuge que no demandó el divorcio no tenga mayores argumentos jurídicos para oponerse a él (salvo ciertas excepciones, como es, por ejemplo, la configuración de la cláusula de

¹⁹⁰ En los casos en los que se deduzca casación en el fondo en contra de la sentencia respecto de las demás materias que se tramitan con el divorcio.

dureza).¹⁹¹ De hecho, en este tipo de divorcios, puede llegar a ser incluso usual que el cónyuge demandado se allane al divorcio, pero que, por el contrario, se oponga y litigue respecto de las demás materias que se tramitan en conjunto con éste.

Lo mismo en el caso del divorcio sanción. En este tipo de juicio de divorcio, la problemática que venimos analizando también tiene plena vigencia, aunque con menor frecuencia que en los divorcios unilaterales por cese de la convivencia. En efecto, en este tipo de divorcio, es usual que los cónyuges litiguen respecto de la configuración de la causal de divorcio por culpa, disputa que normalmente continuará en la Corte de Apelaciones —e incluso en la Suprema— por el cónyuge vencido en primera instancia.

Por último, en el caso del divorcio por cese de la convivencia presentado de común acuerdo por los cónyuges, la problemática que venimos analizando no tiene cabida. En efecto, y, en primer lugar, las materias que de ordinario se tramitan en conjunto con el divorcio (como el cuidado personal, alimentos, compensación económica, etc.), estarán reguladas por los propios cónyuges en el Acuerdo Completo y Suficiente, al que se refiere inciso segundo del artículo 55 de la Ley N° 19.947.¹⁹² En segundo lugar, en este caso, los cónyuges interponen sólo una acción —la demanda o solicitud de divorcio—, por lo que cualquier recurso procesal que interpongan en contra del fallo, necesariamente deberá dirigirse en contra de la resolución que se pronuncia respecto de la única acción interpuesta, es decir, en contra de la acción de divorcio.

Así, en el caso hipotético e inusual de que alguno de cónyuges interponga algún recurso procesal en contra de la sentencia definitiva de primera instancia que acoge la acción de divorcio interpuesta de común acuerdo, este recurso necesariamente va a estar relacionado con esta acción, lo que determina que la hipótesis de este trabajo no puede

¹⁹¹ La cláusula de dureza es la facultad que tiene el juez de Familia, consagrada en el artículo 55 de la Ley N° 19.968, de rechazar la acción de divorcio si la parte demandada alega que la parte demandante/alimentante no ha cumplido con la obligación alimentaria respecto del cónyuge y/o los hijos, pudiendo hacerlo. LEPIN MOLINA, Cristián, 2017, pág. 283.

¹⁹² Acuerdo Completo y Suficiente es aquel acuerdo suscrito por los cónyuges que regula, tal como su nombre lo señala, de manera completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos, si los hubiere. El acuerdo será completo, cuando no existen hijos, si regula todas y cada una de las materias referentes a sus relaciones mutuas, en especial los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio. Existiendo hijos, el acuerdo deberá regular también, a lo menos el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal de los hijos y a la relación directa y regular que mantendrá con ellos aquel de los padres que no los tiene bajo su cuidado. DEL PICÓ RUBIO, Jorge, 2015, pág. 423.

tener aplicación en tales casos, pues en segunda instancia —y eventualmente en la Corte Suprema— los cónyuges seguirán litigando respecto del divorcio mismo, siendo claro que la sentencia no puede encontrarse firme y ejecutoriada a su respecto.

b. Posibles posturas frente a esta problemática.

En este trabajo hemos planteado la problemática respecto de la oportunidad en la que la sentencia que acoge el divorcio queda firme y ejecutoriada, cuando existen recursos procesales pendientes solo respecto de las otras materias que se tramitaron en conjunto con la acción de divorcio. Al respecto, y al no existir norma legal expresa que regule la materia, existen dos posibles respuestas.

La primera alternativa, consiste en considerar que la sentencia definitiva queda firme y ejecutoriada, respecto de la acción de divorcio, a partir de la notificación del cúmplase o decreto que la mande cumplir, que dicta el Tribunal que la conoció en primera o única instancia, luego de que el Tribunal de alzada se haya pronunciado respecto de los recursos procesales interpuestos respecto de las demás materias que se tramitaron conjuntamente con el divorcio.¹⁹³

La segunda alternativa, consiste en considerar que, respecto de la acción de divorcio, la sentencia definitiva queda firme y ejecutoriada una vez que hayan transcurrido los plazos para interponerlos, debiendo certificarse este hecho por el secretario del Tribunal.¹⁹⁴

Como adelantamos en el primer capítulo de este trabajo, optar por una u otra opción no es trivial, pues implica determinar el momento preciso en que el vínculo matrimonial termina en estos casos, comenzando a producirse los efectos del divorcio entre los cónyuges.

A continuación, nos referiremos a la postura que al respecto se ha adoptado por nuestra doctrina y por la jurisprudencia.

¹⁹³ Ver pie de página 82 y 83.

¹⁹⁴ Ver pie de página 81.

c. Postura de la doctrina.

La doctrina ha guardado completo silencio respecto de esta problemática.

d. Postura de la jurisprudencia. Análisis de resoluciones judiciales.

Previo a analizar la escasa jurisprudencia que existe en la materia, se debe prevenir al lector sobre la dificultad para recabar resoluciones judiciales que la traten.

En efecto, para que los Tribunales de Familia se pronuncien sobre la ejecutoriedad de la sentencia definitiva respecto de aquel capítulo que acoge la acción de divorcio, tiene que existir, en primer lugar, una solicitud expresa de una de las partes litigantes en tal sentido, para que el Tribunal ordene a su secretario que certifique la ejecutoriedad del fallo en cuanto al divorcio, considerando que existen recursos procesales en tramitación ante los Tribunales de alzada, sólo respecto de las demás materias que se tramitaron en conjunto con el divorcio. Como todas las resoluciones dictadas en los procesos de Familia, la resolución que se pronuncie sobre esta solicitud, será pública sólo para las partes del proceso y sus apoderados.

Luego, esa resolución del Tribunal que ordena al secretario certificar la ejecutoriedad, no tiene la naturaleza jurídica de sentencia definitiva. Tampoco es una sentencia interlocutoria que se pronuncia sobre medidas cautelares, ni es una resolución que pone término al procedimiento o hace imposible su continuación,¹⁹⁵ por lo que a su respecto no es procedente el recurso de apelación, sino solamente el recurso de reposición.

Dado lo anterior —es decir, en consideración de la naturaleza jurídica de este tipo de resoluciones y de su falta de publicidad para quienes no son parte del proceso—, no existe —o al menos, no pudimos encontrar— literatura que haya tratado el objeto de este trabajo, siendo además muy escasas las hipótesis en las que la Corte de Apelaciones y/o la Corte Suprema pueden llegar a pronunciarse sobre la problemática que nos ocupa.

¹⁹⁵ La naturaleza jurídica de esta resolución, podría dar lugar a una nueva discusión, que escapa del objeto preciso de este trabajo. Por ello, basta en esta oportunidad con señalar que somos de la opinión de que tal resolución tiene la naturaleza jurídica de auto o decreto.

Sin perjuicio de lo anterior, pudimos recabar algunas resoluciones de los Tribunales de Familia y un fallo muy interesante de la Excma. Corte Suprema, al que nos abocaremos en las páginas que siguen.

Respecto al criterio adoptado en la materia por los Tribunales de Familia —de Santiago—, éstos son unánimes en señalar que no procede acceder a la solicitud de certificar la ejecutoriedad del fallo en cuanto al divorcio, mientras existan recursos procesales pendientes respecto de las demás materias que se tramitaron conjuntamente con la acción de divorcio.

En efecto, en ese sentido se pronunció el 1º Juzgado de Familia de Santiago, en la causa RIT C-1997-2016, referida a las materias de divorcio y compensación económica. En esta causa, la parte demandante solicitó la declaración del divorcio de forma unilateral por cese efectivo de la convivencia y además interpuso demanda de compensación económica. La parte demandada se allanó al divorcio, pero se opuso a la procedencia y monto de la compensación económica demandada.

La sentencia definitiva —dictada con fecha 8 de agosto de 2017—, resolvió acoger la acción de divorcio y no dar lugar a la compensación económica, por improcedente. Luego, la parte demandante interpuso recurso de casación en la forma con apelación conjunta en contra de aquella parte de la sentencia definitiva que se pronunció sobre la improcedencia de la compensación económica, pero no recurrió respecto de aquella parte del fallo que acogió el divorcio. Por su parte, el demandado, no interpuso recursos procesales en contra del fallo.

Los autos ingresaron a la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol N° 2612-2017, y estando pendiente la vista de la causa, la parte demandada solicitó —en el Tribunal de primera instancia—, que se ordenara la certificación de ejecutoriedad de la sentencia en cuanto al divorcio, en los siguientes términos:

“Consta en autos que la parte demandante interpuso recursos procesales – casación en la forma y apelación- en contra de la sentencia definitiva dictada por S.S., exclusivamente respecto de aquella parte de la sentencia que se pronunció de la acción de compensación económica. En cambio, no existen

recursos procesales pendientes respecto de la sentencia definitiva dictada en autos, respecto de la acción de divorcio.

En consideración de lo anterior, solicito a S.S. que se certifique la ejecutoriedad del fallo, respecto de la acción de divorcio”.

A esta solicitud, el Tribunal resolvió – con fecha 4 de septiembre de 2017-, *“Atendido el estado procesal de la causa. No ha lugar a lo solicitado, estese al mérito de autos”.*

En un juicio diverso —causa RIT C-7687-2018 del 4º Juzgado de Familia de Santiago—, y frente a igual solicitud de una de las partes, en cuanto a certificar la ejecutoriedad del fallo respecto del divorcio (por cuanto las partes continuaron litigando sólo respecto de la procedencia y monto de la compensación económica), el 4º Juzgado de Familia de Santiago, resolvió, con fecha 17 de enero de 2019, *“No ha lugar, estese al mérito del recurso de apelación interpuesto con fecha 15 de enero del presente”.*

En idéntico sentido se pronunció el 2º Juzgado de Familia de Santiago, en la causa RIT C-269-2016. En este procedimiento, sobre divorcio y compensación económica, una de las partes interpuso recurso de apelación sólo respecto de aquella parte de la sentencia que se pronunció de la compensación económica, pero no recurrió respecto del capítulo del fallo relativo al divorcio.

En esta causa, el 2º Juzgado de Familia de Santiago resolvió, con fecha 25 de junio de 2018, no dar lugar a la solicitud, señalando que *“Sin perjuicio de haberse apelado solo la materia de Compensación Económica y tratándose la sentencia de una única resolución judicial, la cual comprende “un todo” no ha lugar por ahora, reitérese en su oportunidad procesal”.*

Así, esta resolución tiene el valor agregado de señalar expresamente la razón por la cuál no se da lugar a la solicitud, estableciendo que la sentencia recurrida corresponde a una *“única”* resolución judicial, que, como tal, comprende *“un todo”*. En consecuencia, esta resolución descarta expresamente la posibilidad de fraccionar la sentencia en capítulos.

Existe, sin embargo, un fallo muy interesante dictado por la Excma. Corte Suprema, con fecha 7 de agosto de 2018, en la causa Rol de Ingreso N° 18.978 - 2018. Para entrar al análisis de este fallo, entregaremos el contexto del proceso, sustanciado ante el 2° Juzgado de Familia de Santiago, bajo la causa RIT C-5.769-2011 (a la que se acumuló la causa RIT C-6.559-2011), sobre declaración de bien familiar y alimentos menores y mayores.

Con fecha 11 de marzo de 2013, se dictó sentencia definitiva en tal causa, condenando al demandado —en lo que interesa en este trabajo— al pago de una pensión de alimentos mayores en favor de su cónyuge consistente en *“la suma de 4 ingresos mínimos remuneracionales, a la fecha \$772.000 más el pago de la cotización de salud previsional que corresponde en el plan familiar que la beneficia”*. Además, se condenó al alimentante al pago de una pensión de alimentos menores en favor de sus hijos. Esta sentencia quedó firme y ejecutoriada, certificándose este hecho por el secretario del Tribunal, con fecha 17 de abril de 2013.

Luego, con fecha 31 de enero del año 2015, el cónyuge interpuso demanda de divorcio por cese efectivo de la convivencia y de cese de la pensión de alimentos mayores fijada a favor de su cónyuge, lo que dio lugar a la causa RIT C – 466 – 2015 del 2° Juzgado de Familia de Santiago. La parte demandada, por su parte, se opuso al divorcio —en base a la cláusula de dureza referida más arriba—, aduciendo —respecto de la acción de cese de alimentos— que, al no cumplirse los requisitos para decretar el divorcio, debía rechazarse igualmente esta demanda. Acto seguido, y en el mismo escrito, interpuso demanda de compensación económica, por la suma de \$246.000.000.

Con fecha 25 de julio de 2017, se dictó la sentencia definitiva de primera instancia, declarando —en lo que interesa en este trabajo— el término del matrimonio entre las partes y el cese de la pensión de alimentos mayores. Además, acogió parcialmente la demanda de compensación económica interpuesta por la parte demandada principal.

Frente a la sentencia definitiva de primera instancia, tanto la parte demandante principal y demandada reconvenzional, como la parte demandada principal y demandante reconvenzional, dedujeron recurso de apelación, sólo en cuanto a la procedencia y monto

de la compensación económica, pero no respecto a aquella parte del fallo que declaró el divorcio. Se declararon admisibles las apelaciones de ambas partes.

Luego de la dictación de la sentencia definitiva de primera instancia —que, como se señaló, declaró el divorcio y el cese de los alimentos mayores—, el demandante principal dejó de pagar la pensión de alimentos a favor de la demandada de divorcio, por considerar que ya no se cumplían los presupuestos establecidos por la ley, para que se encontrase obligado al pago de tales alimentos.

Frente a esta situación, la demandada principal y demandante reconvenional, solicitó al Tribunal de Familia la liquidación de la deuda de alimentos, y la aplicación de las medidas de apremio de arraigo nacional y arresto nocturno, luego de que la liquidación arrojó que efectivamente el demandante principal adeudaba el pago de los alimentos mayores desde el mes de septiembre del año 2017, esto es, luego de dictada la sentencia definitiva de primera instancia.

A esa fecha —específicamente con fecha 24 de mayo de 2018— la Corte de Apelaciones ya había confirmado la sentencia definitiva de primera instancia, declarando que se aumentaba el monto de la compensación económica. Sin embargo, aún se encontraba pendiente la vista y fallo del recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandante principal y demanda reconvenional, en contra de la sentencia definitiva de segunda instancia.

Los apremios solicitados por la parte demandada principal y demandante reconvenional, fueron concedidos por el Tribunal de Familia, declarándose, en consecuencia, el arresto nocturno y arraigo nacional del alimentante.

Frente a esta resolución del Tribunal de Familia, la parte demandante principal y demandada reconvenional, interpuso recurso de Amparo, solicitando que se dejaran sin efecto las medidas de apremio decretadas, pues —en su opinión— la sentencia de divorcio se encontraba firme y ejecutoriada desde que transcurrieron los plazos legales para la interposición de los recursos procesales en aquella parte de la sentencia que acogió la acción de divorcio, sin que se hubiesen interpuesto. En consecuencia, estando —en su opinión— firme y ejecutoriada la sentencia de divorcio, y habiéndose, además, declarado

el cese de la pensión de alimentos mayores, no correspondía que se siguieran devengando y pagando alimentos en contra de su excónyuge.

La Corte de Apelaciones de Santiago estimó que el razonamiento del demandante principal y demandado reconvenional, contenido en el recurso de amparo referido en el párrafo anterior, era errado, y, en consecuencia, lo rechazó. Frente a esta resolución, la parte agraviada dedujo recurso de apelación, que fue conocido por la Excm. Corte Suprema, quien revocó el fallo de primera instancia, en los términos que siguen:¹⁹⁶

“Santiago, siete de agosto de dos mil dieciocho.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus fundamentos cuarto, quinto y sexto, que se eliminan.

Y se tiene, además, presente:

1°) Que según se desprende del mérito de los antecedentes que constan en el sistema de tramitación electrónica, la liquidación que sirvió de base para la dictación de los apremios decretados solo da cuenta de alimentos adeudados a partir de septiembre de 2017 a la fecha, sin indicación alguna de la existencia de alimentos impagos con anterioridad. De modo que, tales medidas coercitivas se dictaron con el solo basamento de la deuda consignada en dicho período.

Por otro lado, del examen de la liquidación y la constancia de los depósitos efectuados, fluye de manera inequívoca que los alimentos que adeuda el recurrente en estos antecedentes, corresponden a los que benefician a una hija matrimonial y a su excónyuge, evidenciándose que el alimentante durante el lapso referido omitió el pago de las pensiones devengadas a favor de esta última, pero cumplió debidamente respecto de las obligaciones que mantiene con su hija.

2°) Que, en otro orden de cosas, del análisis de la causa de divorcio seguidas entre las partes, aparece que con fecha 25 de julio 2017, se dictó sentencia definitiva que acogió la demanda de divorcio deducida por el recurrente, el

¹⁹⁶ Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Juan Eduardo Fuentes B., Gloria Chevesich R., Andrea Maria Muñoz S. y los Abogados (as) Integrantes Antonio Barra R., Iñigo De La Maza G.

cese de alimentos mayores y la reconventional de compensación económica, la cual fue recurrida solamente en lo concerniente a este último capítulo. Con fecha 24 de mayo último, la Corte de Apelaciones de Santiago, confirmó dicha decisión con declaración de que se aumenta el monto fijado por concepto de compensación económica. Actualmente, la causa se encuentra en esta Corte, en sede de casación en el fondo, habiéndose decretado autos en relación el día 6 de agosto del año en curso.

3°) Que, así las cosas, es palmario que el extremo por el cual se decretó el divorcio y cese de alimentos, al no ser impugnado, no puede ser modificado por los tribunales superiores pertinentes, y por lo tanto tales decisiones deben entenderse que quedaron firmes, por lo cual cesó la obligación de pagar alimentos mayores por parte del recurrente.

Y visto, además, lo previsto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se revoca la resolución apelada de treinta y uno de julio de dos mil dieciocho y, en su lugar, se resuelve que se acoge el recurso de amparo interpuesto en favor de don [xxx], declarándose que se dejan sin efecto el arresto nocturno y el arraigo dispuestos por el Segundo Juzgado de Familia de Santiago, en resolución de veinte de julio pasado en causa Rit C-5769-2011.

Comuníquese lo resuelto por la vía más expedita.

Regístrese y devuélvase.”

Este fallo de la Excma. Corte Suprema, resulta de trascendental importancia para dilucidar la oportunidad en que la sentencia que acoge el divorcio queda firme y ejecutoriada, cuando existen recursos procesales pendientes sólo respecto de las otras materias que se tramitaron en conjunto con la acción de divorcio.

En efecto, y, en primer lugar, en su considerando primero se refiere expresamente a la “*excónyuge*”, a pesar de existir recursos procesales pendientes respecto de las otras materias que se tramitaron conjuntamente con la acción de divorcio.

En segundo lugar, en el considerando segundo, se refirió a la sentencia definitiva que acogió la demanda de divorcio deducida por el recurrente, el cese de alimentos

mayores y la demanda reconvenicional de compensación económica, señalando que ésta fue recurrida solamente *“en lo concerniente a este último capítulo”*. Es decir, este fallo admite expresamente que la sentencia puede ser fraccionada en capítulos.

En tercer lugar, en su considerando tercero, declara expresamente que las decisiones recaídas sobre el divorcio y el cese de alimentos, se deben entender firmes y ejecutoriadas desde que transcurrieron los plazos legales para interponer recursos procesales en su contra, sin que éstos se hayan deducido. En palabras expresas de la Excm. Corte Suprema, en estas condiciones, *“el extremo por el cual se decretó el divorcio y cese de alimentos, al no ser impugnado, no puede ser modificado por los tribunales superiores pertinentes”*.

Luego de dictado este fallo, con fecha 6 de septiembre de 2018, la parte demandante principal, demandada reconvenicional y recurrente de amparo, presentó en el 2º Juzgado de Familia de Santiago un escrito, solicitando —en vista del fallo de la Corte Suprema recién citado—, que se dejasen sin efecto las medidas de apremio decretadas en esos autos y que se ordenara practicar una nueva liquidación, considerando que nada se adeudaba por concepto de alimentos a la excónyuge.

El Tribunal de Familia no dio lugar a lo solicitado, frente a lo cual, la parte demandante principal, demandada reconvenicional y recurrente de amparo, interpuso recurso de reposición con apelación subsidiaria.

A esta nueva presentación, el 2º Tribunal de Familia de Santiago, resolvió lo que sigue, contraviniendo el tenor expreso de lo resuelto por el Excm. Corte Suprema con fecha 7 de agosto de 2018:¹⁹⁷

“1.- Que, la parte demandada recurre a la resolución de fecha 3 de septiembre de 2018, alegando que los alimentos mayores, cuyo cumplimiento se conoce en autos, han cesado en julio de 2015, en razón de lo obrado en causa RIT: C-466-2015 seguida ante este Tribunal.

¹⁹⁷ Resolución pronunciada por Claudia Esther Reyes Dueñas, Juez del Segundo Juzgado de Familia de Santiago.

2.- Que, el Tribunal tiene presente que la causa RIT: C-466-2015, versa sobre las materias de divorcio, compensación económica y cese de alimentos mayores y a la fecha no existe sentencia ejecutoriada al respecto.

3.-Que, con fecha 7 de agosto de 2018 la Excelentísima Corte Suprema, ha resuelto acoger Recurso de Amparo interpuesto por el demandado y nada ha ordenado respecto a la época en que se deben considerar cesados los alimentos mayores.

4.- En el mismo sentido, la sentencia recurrida de fecha 25 de julio de 2017, dictada en causa RIT: C-466-2015, nada dice respecto a la fecha en que rige el cese de alimentos mayores alegados por el demandado.

5.- Que, se tiene presente que la parte demandada en el numeral tercero del primer otrosí de su presentación de fecha 9 de agosto de 2018, ha alegado que, “la pensión respecto de la cónyuge, cesó el 25 de julio de 2017”.

6.- Luego, al realizar un análisis del comportamiento de pago del demandado, constatado en la liquidación de deuda de fecha 22 de agosto de 2017, es posible determinar que ha rebajado por su propia voluntad, el monto pagado desde el 7 de agosto de 2017, lo que resulta concordante con su alegación de cese de alimentos mayores a julio de 2017.

Así las cosas y teniendo presente que la declaración de cese de pensión alimenticia es subordinada a la declaración del divorcio, que de acuerdo con lo previsto en el artículo 59 de la ley de matrimonio civil produce sus efectos entre los cónyuges desde que quede ejecutoriada la sentencia que lo declara, cesando así las obligaciones y derechos de carácter patrimonial que derivan del matrimonio, tal como el derecho de alimentos, como enseña el artículo 60 de la ley de matrimonio civil, se resuelve: No ha lugar a lo solicitado por ser improcedente en el caso de autos dar aplicación a la norma del artículo 331 del Código Civil”.

Así, de este nuevo pronunciamiento del 2º Juzgado de Familia de Santiago, se desprende que la sentencia respecto del divorcio, no se encuentra firme y ejecutoriada, pese a que las partes no interpusieron recursos procesales en su contra en cuanto al capítulo relativo al divorcio, permaneciendo, por lo tanto, vigente la obligación alimenticia respecto de la cónyuge.

En consecuencia, este sorprendente pronunciamiento del Tribunal de Familia de Santiago, rechazó la reposición interpuesta, concediendo el recurso de apelación deducido en subsidio.

Por su parte, la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, mediante resolución de fecha 28 de septiembre de 2018, resolvió declarar inadmisibile el recurso de apelación deducido,¹⁹⁸ en consideración de que la resolución recurrida no se refería a ninguna de las resoluciones susceptible de recurso de apelación —por cuanto, de acuerdo a lo dispuesto el N° 2 del artículo 67 de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, sólo serán apelables la sentencia definitiva de primera instancia, las resoluciones que ponen término al procedimiento o hacen imposible su continuación y las que se pronuncien sobre medidas cautelares—.

Frente a este pronunciamiento de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, la parte demandante principal, demandada reconvenional y recurrente de amparo, interpuso nuevamente recurso de reposición argumentando que tanto la doctrina como la jurisprudencia de los Tribunales superiores de justicia, han determinado que sí procede el recurso de apelación en la etapa de cumplimiento, encontrándose el caso de autos, precisamente en tal etapa procesal —pues, lo que se estaba discutiendo era el cumplimiento del pago de la pensión de alimentos mayores—.

Así, al no tratarse el caso en análisis de un juicio en actual tramitación, y ante la falta de regulación expresa, resultarían aplicables en la especie las normas relativas a las disposiciones comunes a todo procedimiento establecidas en el Código de Procedimiento Civil —según lo prescrito en el artículo 27 de la Ley N° 19.968—, y, conforme a esta remisión, resultarían aplicables las disposiciones de cumplimiento de las resoluciones judiciales —reguladas en los artículos 231 y siguientes del Código de Procedimiento Civil—, cuyo artículo 241 dispone que las apelaciones que se deduzcan en contra de las resoluciones que se dicten en conformidad a las disposiciones de ese título, se concederán en el solo efecto devolutivo, lo que resulta concordante con lo prescrito en el artículo 187

¹⁹⁸ Resolución pronunciada por la Sala de Cuenta de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, integrada por los Ministros Leopoldo Andres Llanos S., Jaime Balmaceda E. y el Abogado Integrante Gonzalo Ruz L, en la causa Rol de Ingreso N° 2923 – 2018.

de ese mismo Código, pues el recurso de apelación se había deducido en contra de una resolución cuya naturaleza jurídica es de una sentencia interlocutoria.¹⁹⁹

Sin embargo, la reposición fue rechazada por el Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 10 de octubre de 2018, señalando que *“por no existir fundamentos que permitan dejar sin efecto lo resuelto con fecha veintiocho de septiembre pasado, no ha lugar a la reposición”*.^{200/201}

Así, del análisis precedente, resulta que no existe un criterio jurisprudencial uniforme en la materia, por lo que deberemos utilizar elementos adicionales para determinar la oportunidad en la que la sentencia que acoge el divorcio queda firme y ejecutoriada, cuando existen recursos procesales pendientes solo respecto de las otras materias que se tramitaron en conjunto con la acción de divorcio. Nos abocaremos a este análisis en el capítulo siguiente.

Sin embargo, no podemos terminar este acápite sin detenernos a reflexionar sobre el sorprendente pronunciamiento del Tribunal de Familia de Santiago – citado más arriba-, que fue dictado en abierta contradicción con lo resuelto expresamente por la Corte Suprema. Pronunciamientos como este, hacen que cobren sentido las palabras de Franceso Carretta, quien a propósito de la coherencia procesal —en relación con la dignidad de la judicatura—, señala:

“La sentencia se constituye en la culminación de la función judicial. Se suceden en el tiempo innumerables instantes en los que esta labor se concretiza, a ellas subyace una decisión que afectará el núcleo del ser humano, su patrimonio, su vida, sus bienes, etc. Su importancia queda así de manifiesto. Aquella tarea es mirada con expectación no sólo por las personas

¹⁹⁹ Recurso de reposición deducido con fecha 2 de octubre de 2018, en la causa Rol de Ingreso N° 2923 – 2018.

²⁰⁰ Pronunciada por la Primera Sala de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el ministro señor Leopoldo Llanos Sagristá e integrada por el ministro señor Juan Antonio Poblete Méndez y por el abogado integrante señor Jorge Norambuena Hernández.

²⁰¹ Acordado lo anterior con el voto en contra del ministro señor Poblete, quien estuvo por acoger el recurso de reposición y declarar admisible el recurso de apelación deducido, al estimar que resulta procedente su interposición por la remisión que la Ley N° 19.968 hace de las normas del Código de Procedimiento Civil en su artículo 27.

a quienes los resultados de esa actividad pueden afectar directamente – las partes del proceso- sino también a la sociedad en su conjunto, pues a ella le interesa saber los márgenes que el derecho fija a través de la decisión judicial. Lo anterior transcurre en la esfera de lo cotidiano, a través de un análisis somero que efectúa el justiciable que observa el fenómeno descrito. Sin tecnicificar jurídicamente el punto, el valor que se observa, más allá del resultado parcial descrito en el párrafo anterior, es la seguridad que porta la coherencia de la decisión.

La inserción del valor de la seguridad, a través de la congruencia de los fallos, es la única forma de crear márgenes concretos y sólidos que le den consistencia a un Estado de Derecho y garanticen la igualdad en la aplicación de la ley a sus ciudadanos. Es por ello que el juez que actúa contradictoriamente, sin tener causa alguna para variar el sentido determinado que le haya dado a sus decisiones, está transgrediendo la propia libertad que el ordenamiento le otorga y está más cerca de un acto irracional que de un ejercicio de razonabilidad que se le exige para fundamentar sus decisiones. Pero las consecuencias no se agotan en aquellos aspectos individuales, sino que trascienden al sistema judicial que, a través de esas actitudes, se desprestigia y manifiesta un evidente desprecio hacia los justiciables”.²⁰²

²⁰² CARRETTA MUÑOZ, Francesco, *La Coherencia en el Proceso Civil*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 276 y 277.

Capítulo III. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE DETERMINAR LA OPORTUNIDAD EN LA QUE QUEDA EJECUTORIADA LA SENTENCIA DE DIVORCIO QUE SE TRAMITA CONJUNTAMENTE CON OTRAS MATERIAS. ANÁLISIS DESDE UNA PERSPECTIVA PROCESAL. PROBLEMÁTICA Y POSIBLES SOLUCIONES.

Al inicio de este trabajo, adelantamos que existen consecuencias prácticas muy relevantes respecto de determinar la oportunidad en la que queda firme y ejecutoriada la sentencia que declara el divorcio, cuando éste se tramita en conjunto con otras materias respecto de las cuales existen recursos procesales pendientes.

En los párrafos que siguen, nos abocaremos a profundizar en las consecuencias prácticas referidas en el primer capítulo, para luego realizar un análisis desde una perspectiva procesal, exponiendo ciertas problemáticas que surgen desde esa área del derecho (la procedimental). Terminaremos proponiendo posibles soluciones a la problemática expuesta a lo largo de este trabajo.

1. Consecuencias prácticas de la problemática, desde el punto de vista de los efectos personales del matrimonio. Consecuencias respecto del derecho de alimentos.

Tal como señalamos en el primer capítulo de este trabajo, el divorcio pone fin a los efectos personales del matrimonio entre los cónyuges.

También adelantamos que, usualmente, algunos de los efectos personales del matrimonio (como, por ejemplo, el derecho y el deber de vivir en el hogar común) se encontrarán suspendidos (y, por lo tanto, no son exigibles) de haber mediado separación previa al divorcio.²⁰³ Sin embargo, existen ciertos efectos personales del matrimonio que no se suspenden por el hecho de la separación, como es el caso, por ejemplo, del deber de socorro, el que, como también adelantamos, es la fuente del derecho de alimentos.

²⁰³ En tal caso, el cese pasará a tener carácter definitivo con la dictación de la sentencia de divorcio.

En este orden de ideas, el divorcio produce el fin de la obligación alimenticia entre cónyuges, pues una vez que la sentencia de divorcio se encuentra firme y ejecutoriada, termina el deber de alimentos entre los cónyuges, por expresa disposición del artículo 60 de la Ley N° 19.947.

Sin embargo, en aquellos casos en los que el divorcio se tramita conjuntamente con otras materias (como por ejemplo, el cese de los alimentos mayores), determinar la oportunidad en la que la sentencia que acogió el divorcio queda firme y ejecutoriada cuando existen recursos procesales respecto de las restantes materias que se tramitaron en conjunto con el divorcio, puede generar los problemas prácticos detallados en el análisis — realizado más arriba— del fallo dictado por la Excma. Corte Suprema en la causa Rol de Ingreso N° 18.978 – 2018 y en el análisis del fallo pronunciado por el 2º Juzgado de Familia de Santiago, en la causa RIT C - 5.769 - 2011. Es decir, determinar la oportunidad desde la cual el alimentante estará exonerado del pago de los alimentos mayores a su cónyuge (o “*ex cónyuge*”, como ha señalado expresamente la Corte Suprema), puede generar cierta controversia.

Estimamos, sin embargo, que para solucionar correctamente la controversia en un caso como el referido en el párrafo anterior, deben considerarse también las normas contenidas en el número 3 del artículo 67 de la Ley 19.968 —en cuanto a que la sentencia definitiva causa ejecutoria, salvo los casos expresamente dispuestos por el mismo artículo 67, entre los que no se encuentran los alimentos—, y el artículo 773 del Código de Procedimiento Civil —en cuanto a que el recurso de casación no suspende la ejecución de la sentencia—. Así, somos de la opinión que, por disposición expresa de estas dos normas, en el caso referido y analizado más arriba, los alimentos se deben pagar sólo hasta la dictación de la sentencia definitiva de primera instancia, pues, en lo referente a los alimentos, la sentencia definitiva causa ejecutoria desde su dictación y notificación a las partes del proceso.

2. Consecuencias prácticas de la problemática, desde el punto de vista de los efectos patrimoniales del matrimonio.

Como ya se señaló en el primer capítulo, por disposición expresa del artículo 60 de la Ley de Matrimonio Civil, el divorcio pone fin a los derechos de carácter patrimonial, cuya

titularidad y ejercicio se fundan en la existencia del vínculo matrimonial, salvo el derecho a solicitar compensación económica, cuyo ejercicio se encuentra supeditado —según se ha entendido mayoritariamente, como ya se analizó—, a la interposición de la acción de divorcio.

A continuación, nos referiremos a ciertos problemas que se han dado en la práctica judicial respecto del tema que nos ocupa, en relación a los regímenes patrimoniales, los derechos hereditarios y los bienes declarados familiares.

a. Consecuencias prácticas de la problemática, desde el punto de vista de los regímenes patrimoniales.

En el primer capítulo adelantamos que, los regímenes patrimoniales son un efecto del matrimonio, que se extinguen al terminarse éste. Una consecuencia necesaria de esto, es que la sustitución de un régimen patrimonial por otro distinto, cuando ello procede (por ejemplo, en el caso de la sustitución de la sociedad conyugal por la separación de bienes), sólo es posible hasta que la sentencia de divorcio se encuentra firme y ejecutoriada.

Esta conclusión, que parece del todo clara, no ha estado exenta de controversias en la práctica judicial, en particular, respecto de la oportunidad precisa hasta la cual se puede proceder a la sustitución del régimen patrimonial, en los casos en los que ello procede. Así ocurrió, por ejemplo, en la causa Rol de Ingreso N° 2.682 – 2010 dictada por la Excma. Corte Suprema, cuyos antecedentes de hecho pasamos a exponer a continuación.

Con fecha 13 de diciembre del año 1973, RSVR y RAAT contrajeron matrimonio, bajo el régimen de sociedad conyugal.

Por sentencia del Juzgado de Familia de La Serena, de fecha 13 abril de 2007, dictada en la causa RIT N° C -1520 - 2006 (aprobada por la Corte de Apelaciones con fecha 22 junio del año 2007), se declaró el divorcio del matrimonio de los cónyuges, la que fue subinscrita al margen de la inscripción matrimonial con fecha 1º de marzo del año 2008.

A pesar del divorcio, el 31 de agosto de 2007, ante notario público de La Serena, comparecieron don RSVR y su cónyuge doña RAAT y, de conformidad a lo establecido en el artículo 1723 del Código Civil, sustituyeron el régimen de sociedad conyugal por el de separación total de bienes y procedieron a la liquidación de la sociedad conyugal, adjudicándose la cónyuge RAAT ciertos bienes por concepto de compensación económica, según el acuerdo completo y suficiente establecido en la causa de divorcio RIT N° C -1520-2006 del Juzgado de Familia de La Serena, y otorgándose los cónyuges un completo, recíproco y definitivo finiquito en todo lo relacionado con la existencia de la sociedad conyugal habida entre ellos y aceptando expresamente las adjudicaciones efectuadas. Esta escritura fue subinscrita con fecha 2 septiembre de 2007.

En paralelo, se había iniciado un juicio ejecutivo por un tercero en contra de RSVR, lo que dio lugar a la causa Rol N° 643 - 2007, del Segundo Juzgado de Letras de La Serena. En esta causa, se dictó sentencia definitiva con fecha 6 de noviembre de 2007, ordenándose proseguir con la ejecución en contra de don RSVR por la suma de \$16.757.575, hasta hacerse entero y cumplido pago de esa cantidad, más intereses y costas.

Pues bien, la parte demandante de la causa referida en el párrafo anterior, inició un juicio ordinario —que dio origen a la causa Rol N° 613-2008, seguida ante el Primer Juzgado Civil de La Serena—, solicitando la declaración de nulidad absoluta del pacto de separación total de bienes, liquidación de sociedad conyugal y adjudicaciones hechas en virtud de la escritura pública de 31 de agosto de 2007, pues —en su opinión—, aquél contrato²⁰⁴ —en que se realizaron adjudicaciones mediante la separación total de bienes—, se celebró

²⁰⁴ Las características del pacto de sustitución de un régimen patrimonial por otro, han dado lugar a interesantes discusiones que, aunque no analizaremos en profundidad en esta oportunidad, es útil al menos, dar una breve noticia de ellas. Una primera cuestión es determinar su naturaleza jurídica, es decir, si estamos frente a una convención o, específicamente, ante un contrato. Peñailillo entiende que no parece propio calificarlo de un contrato, porque, en su opinión: "*Del pacto no emergen, específicamente, obligaciones para los cónyuges, el efecto fundamental es reemplazar un régimen económico, en conjunto, por otro; el de sociedad conyugal o el de separación parcial, por el de separación total*". En AEDO BARRENA, Cristián, "Algunos Problemas Relativos a la Disolución y Liquidación de la Sociedad Conyugal. Una Especial Referencia al Pacto de Sustitución del Régimen", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 18 - N° 2, 2011* pp. 21-50, versión on-line ISSN 0718-9753, disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532011000200002>.

encontrándose ya disuelta la sociedad conyugal por el divorcio y, además, en contra del acuerdo a que arribaron los cónyuges en el juicio respectivo, en orden a liquidar dicha sociedad de manera diversa a la que da cuenta la escritura.

Así, este contrato se habría celebrado —supuestamente— con el único objeto de sustraer bienes del patrimonio de la sociedad conyugal y para eludir el pago, por parte de los cónyuges, de obligaciones sociales, por las que tenía que responder la sociedad conyugal. En efecto, la obligación declarada por sentencia ejecutoriada en la causa Rol 643-2007 del Segundo Juzgado de Letras de La Serena —de acuerdo a lo previsto en el número 2 del artículo 1740 del Código Civil—, sería social, toda vez que ésta se generó estando vigente la sociedad conyugal. De este modo, solicitó que la sociedad conyugal disuelta, integrada por los demandados, fuera obligada al pago de la suma de \$16.757.575, intereses y costas, según se condenó al demandado Valdivia Rodríguez en causa Rol N° 643 - 2007 del Segundo Juzgado de Letras de La Serena.

En primera y segunda instancia, se rechazó la demanda de nulidad impetrada por la actora, razonando al efecto que, conforme al artículo 59 de la Ley de matrimonio Civil, el divorcio producirá sus efectos entre los cónyuges desde que quede ejecutoriada la sentencia que lo declare, sentencia ejecutoriada que deberá subscribirse al margen de la respectiva inscripción matrimonial y sólo desde el momento en que se practique la referida subinscripción, se producen entre los cónyuges los efectos consistentes en la adquisición del estado civil de divorciados y la desaparición de la incapacidad de vínculo matrimonial no disuelto.

En ambos fallos se señala que, los efectos del divorcio respecto de terceros, de conformidad a lo establecido en la parte final del inciso segundo del precepto aludido, se producirán solamente desde la subinscripción al margen de la respectiva inscripción matrimonial, de la sentencia ejecutoriada que lo declare.

Continúan los sentenciadores razonando que, habiéndose acreditado que, con fecha 13 de abril de 2007 se declaró el divorcio del matrimonio celebrado por RSVR y RAAT, mediante sentencia dictada por el Juzgado de Familia de La Serena en la causa RIT N° 1520-2006 —que fue aprobada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de esta ciudad el 22 de junio del mismo año y que fue subscrita con fecha 1° de marzo del año 2008, al margen

de la inscripción de matrimonio—, se concluye que la escritura pública otorgada por los demandados el 31 agosto del año 2007, mediante la cual los contrayentes pactaron separación total de bienes, subinscrita al margen de la descripción matrimonial con fecha 12 septiembre del año 2007, fue otorgada —por increíble que parezca—, durante el matrimonio de los demandados, esto es, antes de que adquirieran el estado civil de divorciados.

En contra de la sentencia definitiva de segunda instancia, la parte recurrente interpuso recurso de casación en el fondo, el que fue rechazado —por los motivos que interesan en cuanto al objeto de este trabajo—, por las razones que siguen:

“SEXTO: Que el cuestionamiento medular se dirige contra la lectura que hace el sentenciador del artículo 59 de la Ley de Matrimonio Civil N° 19.947, de 17 de mayo de 2.004, que es del tenor siguiente:

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

Sin perjuicio de ello, la sentencia ejecutoriada en que se declare el divorcio deberá subinscribirse al margen de la respectiva inscripción matrimonial.

Efectuada la subinscripción, la sentencia será oponible a terceros y los cónyuges adquirirán el estado civil de divorciados, con lo que podrán volver a contraer matrimonio”.

A juicio del recurrente, la declaración en el motivo 18º en el sentido que la separación de bienes entre los cónyuges se pactó el 31 de agosto de 2.007, esto es, “durante el matrimonio”, infringe el inciso 1º del transcrito artículo 59, puesto que el divorcio entre ellos produjo sus efectos a partir de la fecha en que queda ejecutoriada la sentencia, esto es, desde la notificación del cúmplase de la misma -como lo prescribe el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil- lo que aconteció el 28 de junio de 2.007.

Continúa argumentando que, fijado el efecto de la declaración de divorcio entre cónyuges, debió declararse nula la escritura de separación total de bienes, porque ésta no se otorgó “durante el matrimonio”, según lo exige el

artículo 1.723 del Código Civil, el que estatuye un requisito de validez del pacto, el que, incumplido en la especie, determinaría la nulidad absoluta del acuerdo sobre separación total de bienes, en virtud de lo establecido en los artículos 1.681 a 1.683, en su relación con el referido artículo 1.723 y con los artículos 1.451, 1.458 y 1.468, todos del ordenamiento sustantivo civil.

SÉPTIMO: *Que el examen pormenorizado del artículo 59 de la Ley de Matrimonio Civil permite distinguir dos situaciones claramente diferenciadas, abordadas en cada uno de sus incisos.*

En tanto el primero atribuye efectos entre los cónyuges al divorcio desde que la sentencia que lo declare quede ejecutoriada, el párrafo segundo subordina su eficacia respecto de terceros a la subinscripción de dicha sentencia al margen de la respectiva inscripción matrimonial. Luego, los cónyuges deben considerarse divorciados frente a terceros desde la subinscripción, porque sólo desde entonces la sentencia produce efectos a su respecto, o sea, les es oponible.

En consecuencia, no es que el divorcio sea nulo de cara a terceros, sino que antes de su anotación registral al margen de la original del matrimonio, no empece a terceros, por mandato del inciso 2º del artículo 59 aludido.

Consecuente con este efecto, la decisión refutada no podría haber conculcado la regla del inciso 1º del artículo 59, aplicable sólo a las relaciones entre los cónyuges, sino eventualmente la del inciso 2º, en cuanto el divorcio sí pudiera ser oponible a la demandante y recurrente, desde el punto de vista patrimonial, con antelación a su subinscripción. Pero esa objeción sólo habría podido sostenerse con basamento en la inoponibilidad del mentado acto registral, que es diversa de la nulidad impetrada y que no fue objeto del recurso de nulidad sustancial.

OCTAVO: *Que la inoponibilidad es una figura independiente de la validez, instituida con la mira de proteger a determinados terceros de los efectos de un acto o contrato en que no han tenido intervención. Se la suele definir,*

siguiendo el clásico concepto de Bastián, como “la ineficacia respecto de terceros de un derecho nacido a consecuencia de la celebración o de la nulidad de un acto jurídico”.

En contraste con la nulidad, la inoponibilidad no ataca la validez del acto mismo, sino que lo priva de sus efectos propios.

En el caso de autos, el divorcio sólo se hizo oponible a terceros con motivo de su subinscripción marginal, acaecida el 1º de marzo de 2.008, vale decir, con posterioridad a la data del pacto de separación total de bienes de los cónyuges y demandados de autos, contenida en escritura pública de 31 de agosto de 2.007, subinscrita al margen de la respectiva inscripción matrimonial el 12 de septiembre de ese mismo año, en los términos ordenados por el artículo 1.723 de la compilación civil.

Esta relación fáctica es demostrativa de que la separación total de bienes se convino y perfeccionó antes de que el divorcio produjera efectos oponibles a terceros, como lo es la demandante. Significa también que el divorcio devino eficaz para la tercera demandante después que la sociedad conyugal integrada por los demandados se encontraba disuelta, como consecuencia del pacto antes mencionado, de conformidad con lo expilicitado en el artículo 1.764, Nº 5º del Código Civil.

Como secuela de lo expuesto, es dable deducir que la sustitución del régimen de sociedad de bienes por el de separación total, se efectuó durante el matrimonio de los cónyuges, cumpliendo por ende este acto con el presupuesto exigible en el artículo 1.723 del Código Civil. Dicha constatación hace improcedente la nulidad impetrada, en cuanto sostenida en la alegada infracción de este precepto, en su relación con los artículos 1.681 y 1.682 del mismo cuerpo legal.”

Por nuestra parte, discrepamos abiertamente del criterio aplicado en la causa en análisis. En efecto, nos parece claro que la sustitución del régimen de sociedad conyugal por el de separación total de bienes, se efectuó una vez que el matrimonio de los cónyuges

había terminado por sentencia firme de divorcio, por lo que mal pudo practicarse la sustitución del régimen patrimonial referida.

Es más, la regla del artículo 59 de la Ley de Matrimonio Civil —según la cual una vez efectuada la subinscripción, la sentencia de divorcio será oponible a terceros y los cónyuges adquirirán el estado civil de divorciados—, busca proteger a los terceros, no perjudicarlos (tal como ocurrió en el caso referido en los párrafos anteriores). Esta regla se ve reforzada aún más por el tenor expreso del artículo 1723 del Código Civil —que contempla el derecho a sustituir ciertos bienes por otros, siempre que se cumplan con los requisitos que establece ese mismo artículo—, que prescribe que el pacto no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos de los terceros.

b. Consecuencias prácticas de la problemática, desde el punto de vista sucesorio.

Determinar la oportunidad precisa en la que la sentencia que acogió el divorcio queda firme y ejecutoriada, cuando existen recursos procesales pendientes respecto de otras materias que se tramitaron en conjunto con el divorcio, tiene gran relevancia práctica en materia sucesoria, por las razones que a continuación se señalan.²⁰⁵

En primer lugar, y tal como adelantamos en el primer capítulo de este trabajo, con ocasión de la sentencia firme de divorcio, el cónyuge sobreviviente carecerá de todo derecho respecto de las asignaciones forzosas a que hubieran tenido derecho recíproco los cónyuges divorciados en la sucesión de su excónyuge. Nótese que la pérdida en los derechos sucesorios se refiere únicamente a las asignaciones forzosas, pues, siguiendo a los profesores Inés Pardo de Carvallo y Manuel Barría Paredes, no habría problemas en adquirir la cuarta de libre disposición, en el caso que alguno de los cónyuges sucediera al otro en virtud de dicha parte de la herencia.²⁰⁶

²⁰⁵ Todos estos efectos son señalados por el autor Manuel Alejandro Barría Paredes, en PIZARRO WILSON, Carlos (Coordinador), en “La Muerte de uno de los Cónyuges Pendiente el Juicio de Divorcio”, *Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué 2008*, Editorial Thomson Reuters, Olmué, 2008, pp. 164 y 165.

²⁰⁶ PARDO DE CARVALLO, Inés, “El Divorcio (II). Divorcio de Común Acuerdo. Divorcio Unilateral. Acción de Divorcio. Efectos”, en VIDAL OLIVARES, Álvaro (Coordinador), *El Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio (Ley N° 19.947 de 2004)*, Editorial Jurídica, Santiago, 2006, pág. 188.

En segundo lugar y, como consecuencia necesaria de lo anterior, se incrementará la masa partible para repartirse entre los demás herederos.

Tal como señalamos en el primer capítulo de este trabajo, compartimos el criterio de aquella parte de la doctrina que estima que la pérdida de los derechos sucesorios recíprocos de los cónyuges divorciados, se produce cuando la sentencia de divorcio adquiere el carácter de firme y ejecutoriada, sin que sea necesario que se produzca la subinscripción.

Sin embargo, esta discusión a dado lugar a frondosa jurisprudencia, llegándose en incluso un caso —en que se había declarado el divorcio por sentencia de primera instancia, que fue apelada y confirmada por la respectiva Corte de Apelaciones, pero falleció una de las partes del juicio, antes de que la sentencia quedara firme y ejecutoriada—, a subinscribir la sentencia al margen de la inscripción matrimonial respectiva, generándose los problemas que indicamos a continuación.²⁰⁷

Este caso —que se presentó en Concepción—, se inició cuando la cónyuge sobreviviente demandó a los hijos comunes y a los tenidos por su cónyuge fallecido fuera del matrimonio, con el objeto de que se declarase su estado civil de viuda y heredera de su cónyuge, pues —en su opinión—, cuando éste falleció, la sentencia aún no se encontraba afinada.²⁰⁸

El matrimonio fue contraído el año 1969 y con fecha 10 de junio de 2008 se decretó el divorcio por el Juzgado de Familia de Concepción, sentencia que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Concepción con fecha 9 de octubre de 2008. Sin embargo, el cónyuge falleció el día 11 de octubre de 2008, por lo que la mujer alegó que la sentencia no se encontraba firme y ejecutoriada a la fecha del fallecimiento de su cónyuge y, en consecuencia, que su demanda de declaración de su estado civil de viuda y no de divorciada, era procedente. Para resolver la demanda, la Corte se basó en el artículo 174

²⁰⁷ BARRÍA PAREDES, Manuel Alejandro, *Las Asignaciones Forzosas en Chile. Su Estado Actual y una Posible Revisión*, Tesis Doctoral presentada bajo la dirección del Profesor, Dr. RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA, para la obtención del grado académico de Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2013, pág. 107.

²⁰⁸ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción, con fecha 15 de julio de 2011, en la causa Rol de Ingreso N° 1210 – 2010, en ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, 2019, pp. 261 y 262.

del Código de Procedimiento Civil citado más arriba en este trabajo y que, en lo pertinente, señala que se entenderá firme o ejecutoriada una resolución si proceden recursos en su contra y se interpusieron —como en este caso, el de apelación—, desde que se notifique el decreto que la manda cumplir, una vez que terminen los recursos deducidos. En este caso, tal notificación ocurrió el 30 de octubre de 2008, es decir, en una fecha posterior al fallecimiento del marido. En consecuencia, el término del matrimonio se produjo por muerte del marido y no por divorcio, siendo el estado civil de la cónyuge, el de viuda, y no de divorciada.²⁰⁹

En el caso como el descrito, en el que se procedió a la subscripción de la sentencia de divorcio, pese a que la sentencia aún no se encontraba firme y ejecutoriada, presenta diversas dudas y problemas prácticos. En efecto, y, en primer lugar, se debe plantear la problemática respecto de la actitud del Servicio de Registro Civil ante la solicitud de subscripción. De acuerdo al art. 19 de la Ley sobre Registro Civil *“La subscripción que se haga para cumplir lo resuelto judicialmente, será anotada al margen de la respectiva partida...”*, de manera que si se presenta una copia de sentencia que declara el divorcio, el Oficial de Registro Civil, con el mérito de lo acompañado, debe proceder a la subscripción al margen de la inscripción de matrimonio correspondiente.²¹⁰

En segundo lugar, si con posterioridad se presenta solicitud de rectificación de esa subscripción al Servicio de Registro Civil —incluso acompañando certificado de defunción del cónyuge fallecido—, este Servicio no puede, por la vía administrativa, ordenar su rectificación, debido a que la primitiva solicitud no contenía omisiones ni errores manifiestos, de acuerdo al art. 17 de la Ley de Registro Civil. Así, la única forma de alterarla, es en virtud de una sentencia judicial ejecutoriada, como lo señala la propia norma antes citada.²¹¹

En tercer lugar, respecto del procedimiento judicial para obtener la rectificación, y en particular, respecto de la acción que debe entablarse, parece lógico que no se puede ejercer una acción solicitando la modificación del estado civil de divorciado al de viudo. Esto, porque el estado civil de viudo se adquirió por el sólo hecho de la muerte del cónyuge antes que quedara firme la sentencia que declaró el divorcio, y el matrimonio no puede

²⁰⁹ *Ibíd.*

²¹⁰ BARRÍA PAREDES, Manuel Alejandro, pág. 107.

²¹¹ *Ibíd.*

terminar por dos causales distintas. De tal manera que se debe ejercer una acción por la cual se debe solicitar que se declare un estado civil existente, en este caso, el estado civil de viudo.^{212/213}

El Tribunal competente será el Juzgado Civil que corresponda, pues, de acuerdo al artículo 8 N° 9 de la Ley N° 19.968, que Crea los Tribunales de Familia —y que señala la competencia de estos Tribunales para conocer de las acciones que digan relación con la constitución o modificación del estado civil—, el Tribunal de Familia no es competente para conocer de esta acción declarativa de estado civil. En cuanto al procedimiento, lo más razonable parece ser optar por el ordinario, pues se aplica a falta de norma especial que regule la materia.²¹⁴

Por último, respecto de la sentencia, ésta debe limitarse a declarar el estado civil correspondiente en el caso señalado, el de viudo o viuda- y ordenar al Servicio de Registro Civil que subinscriba esta nueva sentencia al margen de la inscripción de matrimonio. Así se ordenó por el Segundo Juzgado Civil de Concepción, en causa Rol N° 5.722-2009, que venimos analizando.²¹⁵

c. Consecuencias prácticas, desde la institución de los bienes Familiares.

En el primer capítulo señalamos que, la sentencia firme y ejecutoriada de divorcio, tiene un doble efecto. Por un lado, determina la improcedencia de la solicitud de declaración de un bien como familiar, siempre que la litis respecto de la acción de declaración de bien familiar no se haya trabado antes de que la sentencia de divorcio quede firme y ejecutoriada. Y por el otro, la sentencia firme de divorcio será un presupuesto de la causal de desafectación de un bien declarado como familiar.

Sin embargo, este tema también ha dado origen a problemas de interpretación y a numerosa jurisprudencia —muchas veces contradictoria—, lo que se ve reflejado en la

²¹² *Ibíd.*, pág. 108.

²¹³ Estimamos que este es un tema bastante complejo, que deja abiertas ciertas interrogantes que escapan del objeto de este trabajo, pero que parece razonable plantear. Por ejemplo, surge la pregunta respecto de la naturaleza de la acción, en particular, si se trata de acciones declarativas o de mera certeza; y si en este tipo de proceso, debe existir un legítimo contradictor.

²¹⁴ BARRÍA PAREDES, Manuel Alejandro, pág. 108.

²¹⁵ *Ibíd.*

sentencia dictada, con fecha 30 de noviembre de 2017, por la Excma. Corte Suprema en la causa Rol de Ingreso N° 42.435–2016, a la que a continuación nos pasamos a referir.

En los autos RIT C – 6993 – 2015, seguidos ante el Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, doña MCV dedujo demanda de declaración de bien familiar en contra de don RFMA. Con fecha nueve de mayo de 2016 se dictó sentencia que rechazó la demanda, con costas, en razón de encontrarse disuelto el matrimonio entre las partes.

La demandante apeló del fallo, el que fue confirmado por resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 13 de junio de 2016, salvo en cuanto revocó la condena en costas.

Frente a esta nueva resolución, la demandante dedujo recurso de casación en el fondo, denunciando que la sentencia que confirmó el rechazo de su demanda de declaración de bien familiar, habría incurrido en infracción del artículo 141 del Código Civil en relación con los artículos 19 a 24 del mismo Código, por haberse estimado que la declaración de divorcio, pronunciada con posterioridad a la presentación de la demanda, impedía la declaración de bien familiar.

En los autos, se encontraba probado que, el día 3 de diciembre de 2015, la recurrente interpuso la demanda de declaración de bien familiar que dio origen al juicio; que a dicha fecha, la demandante se encontraba casada con el demandado bajo régimen de sociedad conyugal; que el 22 de diciembre de 2015 el juzgado declaró el bien familiar en forma provisoria; que el 25 de enero de 2016 se notificó la demanda de declaración de bien familiar al recurrido; que el 27 de enero de 2016 se pronunció, en otra causa, sentencia que declaró el divorcio entre las partes; y que la demandante habitaba —en esa época— junto a sus dos hijos, de 19 y 15 años de edad, el inmueble objeto de la litis.

Conociendo del recurso de casación en el fondo, la Corte Suprema resolvió el asunto en los siguientes términos:²¹⁶

²¹⁶ Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros señor Ricardo Blanco H., señoras Gloria Ana Chevesich R., Andrea Muñoz S., y los abogados integrantes señores Jean Pierre Matus A., y Rodrigo Correa G.

“Cuarto: Que la institución de los bienes familiares se encuentra regulada en el Libro Primero, §2 del título VI del Código Civil, intitulado “Obligaciones y Derechos Entre los Cónyuges”. El inciso primero del artículo 141 del mismo código, cuya infracción se denuncia, dispone que “El inmueble de propiedad de los cónyuges que sirva de residencia principal de la familia, y los muebles que la guarnecen, podrán ser declarados bienes familiares y se regirán por las normas de este párrafo, cualquiera sea el régimen de bienes del matrimonio”.

Es claro en consecuencia, tanto por su ubicación sistemática como por el tenor literal de la disposición citada, que la declaración de bien familiar supone la existencia de un matrimonio no disuelto. El problema se circunscribe a determinar si este requisito se satisface cuando a la fecha de presentación de la demanda existía un matrimonio no disuelto, o si es necesario que dicho matrimonio mantenga su existencia durante el juicio.

Quinto: Que, por una parte, el inciso tercero del artículo 141 del Código Civil dispone que “la sola interposición de la demanda transformará provisoriamente en familiar el bien de que se trate”. Este efecto debe ser, sin embargo, constatado por el juez, quien “En su primera resolución... dispondrá que se anote al margen de la inscripción respectiva la precedente circunstancia”. Naturalmente, en esta primera resolución el juez deberá verificar si la relación de hechos de la demanda incluye los tres requisitos para la declaración de bien familiar: que la parte demandante tenga un vínculo matrimonial no disuelto; que el inmueble sea de propiedad de su cónyuge, siquiera como copropietario, y que sea la residencia principal de la familia. En esta etapa preliminar, en que aún no se habrá oído a la parte demandada, el juez no podrá establecer si estos hechos alegados en la demanda efectivamente corresponden a la realidad. En todo caso, la parte demandante deberá respaldar su demanda con antecedentes de tener vínculo matrimonial no disuelto con el propietario del inmueble. Para ello, acompañará certificados recientes de la inscripción matrimonial y de la inscripción del inmueble en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces.

La ley, por tanto, concede a los cónyuges el derecho de afectar los bienes familiares con la sola presentación de la demanda. El carácter provisorio de esta afectación se debe únicamente a la necesidad de permitir al cónyuge perjudicado por dicha afectación controvertir en juicio la concurrencia de los requisitos exigidos por la ley para su procedencia. Pero si su concurrencia resulta acreditada, se deberá acceder a la demanda confirmando así la afectación provisorio. La afectación del bien se produce al presentar la demanda. La sentencia se limita a confirmar y consolidarla al constatar que se da el supuesto de hecho pertinente. En consecuencia, los hechos que la justifican deben darse al momento de presentación de la demanda.

Sexto: *Que, por otra parte, esta Corte ha fallado que el divorcio, si bien habilita a solicitar la desafectación del bien familiar, no la produce ipso facto ni obliga al juez a concederla. Por el contrario, debe verificar que el bien ha dejado de estar destinado a la residencia principal de la familia. Así se ha fallado el 13 de enero de 2014, en causa rol 4663–2013, el 18 de junio de ese mismo año, en causa rol 16.052–2013 y, recientemente, el 21 de junio del año en curso, en causa rol 17.718–2015.*

La razón de ello es que la finalidad de la institución del bien familiar es la protección de la familia, la que no deja de existir por efecto de la sentencia de divorcio. Es un hecho no controvertido que el inmueble objeto de la litis continúa destinado a la habitación de la demandante y de sus dos hijos. Sigue en consecuencia destinado a la protección de la familia, de manera que su calificación como bien familiar se ajusta plenamente a la finalidad de la institución.

Séptimo: *Que, en consecuencia, la sentencia impugnada ha incurrido en infracción de ley al denegar la declaración de bien familiar en consideración, únicamente, al hecho sobreviviente del divorcio.*

Por estos fundamentos, disposiciones legales citadas y lo preceptuado en los artículos 764, 765 y 767 del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en el fondo deducido por la demandante en contra de la sentencia

de la Corte de Apelaciones de Santiago de trece de junio de dos mil dieciséis, la que se invalida y reemplaza por la que se dicta a continuación y sin nueva vista.”

Sin embargo, este fallo fue pronunciado con el voto en contra del abogado integrante señor Rodrigo Correa G., quien fue de opinión de rechazar el recurso por *“Estimar que la sentencia impugnada aplicó correctamente el artículo 141 del Código Civil al desechar la demanda en razón de que el matrimonio se encontraba disuelto al momento de su pronunciamiento. Estima que esta interpretación es consistente con el artículo 60 de la ley de matrimonio civil. Considera, asimismo, que la facultad del juez que declara el divorcio para regular una compensación económica se desfigura si en otra causa se declara posteriormente un bien como familiar”*.

3. Problemática desde un punto de vista procesal y posibles soluciones.

Tal como señalamos en el segundo capítulo, en los procesos de Familia cabe la casación de oficio y la nulidad de oficio. Este es un elemento muy relevante a la hora de determinar la oportunidad en la que queda firme y ejecutoriada la sentencia que acoge el divorcio cuando existen recursos procesales pendientes respecto de otras materias que se tramitaron conjuntamente con el divorcio, según pasamos a explicar.

a. La casación de oficio. Generalidades.

La casación de oficio es una facultad entregada a nuestras Cortes por disposición expresa del artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, pudiéndose casar de oficio una sentencia tanto en la forma como en el fondo.

La casación en la forma de oficio, siempre ha existido en nuestra legislación. La casación en el fondo de oficio, en cambio, sólo existe a partir del DL N°1.682 —publicado en el Diario Oficial con fecha 25 de enero de 1977—, y tiene un tratamiento especialísimo, que permite, prácticamente, que en un solo caso la Corte Suprema pueda ejercer esta facultad (artículo 785 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil).²¹⁷

²¹⁷ MOSQUERA RUIZ, Mario y MATURANA MIQUEL, Cristián, 2016, pág. 241.

La facultad de casar de oficio, es ilimitada en cuanto a cuándo pueden hacer uso de ella las Cortes, pues la pueden ejercer cada vez que tomen conocimiento de cualquier materia jurisdiccional que deban resolver. Sin embargo, sólo se puede ejercer para anular “sentencias” —y no otro acto jurídico procesal que adolezca de un vicio de nulidad, a menos que la nulidad de éste implique la nulidad de la sentencia—, definitivas o interlocutorias (pues la ley no distingue). Lo que la respectiva Corte debe analizar es si el vicio de que se constata, anula o no la sentencia, o es un vicio que afecta la validez del juicio. En este último caso deberá anular el juicio y declarar en qué estado queda éste.²¹⁸

Lo anterior reviste mayor importancia cuando se alega la posible existencia de una nulidad procesal de derecho público, como lo sería, por ejemplo, en el caso que se hubiese vulnerado la garantía constitucional del debido proceso; si existiera una incompetencia absoluta del Tribunal que dictó la sentencia; o si éste hubiese aplicado normas de procedimiento distintas a las que establece la ley respecto del proceso determinado de que se trate.²¹⁹

b. Casación de oficio en la forma. Concepto, objetivo, requisitos y efectos.

La casación en la forma de oficio, es la facultad que concede la ley en determinados casos a las Cortes de nuestro país, para que éstas puedan invalidar de oficio sentencias judiciales, cuando de los antecedentes que estuvieren conociendo, apareciere de manifiesto que ellas adolecen de algún vicio que amerita la casación en la forma. De este modo, más que un recurso en sentido estricto, la casación en la forma de oficio es una facultad del Tribunal, quien puede actuar por iniciativa propia casando la sentencia.²²⁰

Su justificación radica en el respeto que debe existir por el debido proceso, sin el cual no podríamos estar frente a un racional y justo procedimiento.²²¹ Así, su fundamento se encuentra en la protección del interés social, el que se ve amenazado cuando se toman decisiones procesalmente erradas. De este modo, el objetivo de la casación en la forma de

²¹⁸ OTERO LATHROP, Miguel, *La Nulidad Procesal Civil, Penal y de Derecho Público*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, pág. 137.

²¹⁹ *Ibíd.*, pp. 137 y 138.

²²⁰ NÚÑEZ OJEDA, Raúl y PÉREZ-RAGONE, Álvaro, *Manual de Derecho Procesal Civil. Los Medios de Impugnación*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2015, pág. 316.

²²¹ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo y PALOMO VÉLEZ, Diego, 2016, pág. 290.

oficio, es obtener la anulación de la sentencia que adolece de estos vicios, siempre que se cause un perjuicio al litigante.²²²

Los requisitos para casar en la forma de oficio una sentencia, miran principalmente al medio o situación por la cual la respectiva Corte está conociendo del asunto, a la existencia de un vicio que haga procedente la casación y a donde consta el vicio.²²³

El primer requisito, es que el Tribunal superior esté conociendo del asunto por medio de una apelación, consulta, casación de forma o de fondo, o alguna incidencia.²²⁴ El segundo requisito, es la existencia de un vicio que autorice la casación en la forma, pudiendo ser —en materia civil— cualquiera de las causales de las contempladas en el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil.²²⁵ El tercer requisito, es que los antecedentes del recurso manifiesten la existencia del vicio, debiendo, de este modo el Tribunal constatarlo en los antecedentes que tenga en su poder.²²⁶

Cierto sector de la doctrina —en particular, el profesor Raúl Tavolari—, añade un cuarto requisito, consistente en que el vicio produzca un perjuicio y que éste no haya sido convalidado por las partes. En este sentido, tal autor señala que *“Es obvio que, sin perjuicio, no hay invalidación de oficio ni a petición de parte”*.^{227/228}

²²² *Ibíd.*

²²³ MOSQUERA RUIZ, Mario y MATURANA MIQUEL, Cristián, 2016, pág. 283.

²²⁴ La expresión “alguna incidencia” es inexplicable en la ley, porque lo usual es vincular siempre el ejercicio de esta facultad a la competencia propia de los Tribunales, por la vía de los recursos. Las Cortes pueden llegar a conocer de un incidente que constituya una cuestión accesoria a la casación o a la apelación, sin que ello signifique entrar a fallar sobre el fondo del asunto. Por ello, la jurisprudencia ha entendido que la expresión “alguna incidencia” incluye también el recurso de queja. MOSQUERA RUIZ, Mario y MATURANA MIQUEL, Cristián, 2016, pág. 283.

²²⁵ Sin embargo, existe una excepción a esta regla, contenida en el artículo 775 inciso segundo del Código Civil, que a propósito de la causal N° 5 del artículo 768 de ese mismo cuerpo normativo, señala: *“Si el defecto que se advierte es la omisión del fallo sobre alguna acción o excepción que se haya hecho valer en el juicio, el tribunal superior podrá limitarse a ordenar al de la causa que complete la sentencia, dictando resolución sobre el punto omitido, y entre tanto, suspenderá el fallo del recurso”*. MOSQUERA RUIZ, Mario y MATURANA MIQUEL, Cristián, 2016, pág. 283.

²²⁶ *Ibíd.*

²²⁷ MATURANA MIQUEL, Cristián, 2015, página 583.

²²⁸ Cierta doctrina, sin embargo, postula lo contrario, señalando que el agravio es un requisito del recurso, pero no de otras formas de revisión, como es el caso de la consulta (cuando existe) y los casos en los que el Tribunal puede actuar de oficio. En estos casos — sostiene esta doctrina—, el Tribunal puede actuar sin agravio, sin daño a ninguna de las partes. FIGUEROA YÁVAR, Juan A. y MORGADO SAN MARTÍN, Erika, 2016, pág. 8.

Además, según este mismo autor, debe distinguirse entre nulidades saneables e insaneables, procediendo la casación de oficio sólo respecto de estas últimas, por así exigirlo las normas de orden público y de derecho público. Según opinión de este autor, cuestiones que provocan la nulidad insaneable y, por ende, susceptible de declararse de oficio por el Tribunal, sería la incompetencia absoluta del Tribunal que dictó la sentencia, la falta de emplazamiento, entre otras.²²⁹

Concordamos con este autor, en cuanto a que, para la procedencia de la casación en la forma de oficio, debe existir un perjuicio para alguna de las partes del proceso, pues es bien sabido que, sin perjuicio, no procede la declaración de la nulidad.

En cuanto a lo efectos de la casación en la forma de oficio, el fallo que dicta el Tribunal produce los mismos efectos que la sentencia que acoge el recurso de casación interpuesto por alguna de las partes del proceso, esto es: (i) Se genera la invalidez del fallo; (ii) Se reenvía el expediente o los antecedentes al Tribunal a quo; (iii) Se designa al Tribunal competente que seguirá conociendo del asunto, determinándose el estado en el que queda la causa.²³⁰

Sin embargo, el Tribunal ad quem puede fallar sobre el fondo del asunto —dictando sentencia de reemplazo—, en el caso de casar en la forma la sentencia de oficio por las causales del N° 4 (haber sido dada en ultra petita), N°5 (haber sido pronunciada con omisión de cualquiera de los requisitos del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil), N°6 (haber sido pronunciada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, siempre que ésta se haya alegado oportunamente en el juicio) y N°7 (contener decisiones contradictorias), del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil.²³¹

c. Casación de oficio en el fondo. Concepto, objetivo, requisitos y efectos.

La casación en el fondo de oficio, es aquel acto procesal realizado por la Corte Suprema de manera oficiosa, que tiene por objeto invalidar una sentencia que haya sido dictada con infracción de ley, influyendo —tal infracción—, sustancialmente en lo dispositivo

²²⁹ MATURANA MIQUEL, Cristián, 2015, página 584.

²³⁰ MOSQUERA RUIZ, Mario y MATURANA MIQUEL, Cristián, 2016, pág. 284.

²³¹ *Ibíd.*

del fallo, y siempre que se haya declarado la inadmisibilidad del recurso de casación en el fondo, por defectos de forma en su interposición.²³²

Su objetivo es el mismo señalado más arriba, respecto de la casación en la forma de oficio, es decir, su fundamento se encuentra en la protección del interés social, el que se ve amenazado cuando se toman decisiones judiciales con infracción de ley.

Respecto de sus requisitos, el primero de ellos, es que es una facultad que sólo puede ser ejercida si la Corte Suprema está conociendo un asunto por vía de casación en el fondo; el segundo requisito consiste en que el recurso de casación en el fondo debe haber sido declarado inadmisibile en el examen de admisibilidad realizado por la Corte Suprema; el tercer requisito, consiste en que la sentencia impugnada cumpla con las exigencias legales para ser objeto del recurso de casación en el fondo; y, el último requisito, consiste en que la sentencia haya sido dictada con infracción de ley y que tal infracción influya sustancialmente en lo dispositivo del fallo.²³³

En cuanto a los efectos, la Corte Suprema, al casar en el fondo de oficio, deberá plasmar en la sentencia de casación los motivos y circunstancias que dieron lugar al ejercicio de esta facultad y deberá dictar en ese mismo acto, pero de manera separada, la sentencia de reemplazo.²³⁴

d. La nulidad de oficio. Concepto, objetivo, requisitos y efectos.

La nulidad de los actos procesales —de todos ellos, pues es una institución genérica del Derecho Civil chileno—, puede ser decretada de oficio por el Tribunal que está conociendo de un determinado asunto, por disposición expresa de los artículos 83 inciso primero²³⁵ y 84 inciso final²³⁶ del Código de Procedimiento Civil.

²³² BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo y PALOMO VÉLEZ, Diego, 2016, pág. 359.

²³³ *Ibíd.* pág. 360.

²³⁴ *Ibíd.*

²³⁵ Que dispone: “*La nulidad procesal podrá ser declarada, de oficio o a petición de parte, en los casos que la ley expresamente lo disponga y en todos aquellos en que exista un vicio que irroque a alguna de las partes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad.*”

²³⁶ Que dispone: “*El juez podrá corregir de oficio los errores que observe en la tramitación del proceso. Podrá asimismo tomar las medidas que tiendan a evitar la nulidad de los actos de*

También puede ser decretada por el Tribunal que está conociendo de una apelación, casación o alguna incidencia, en el caso que la resolución recurrida sea una sentencia y los antecedentes del recurso manifiesten que ella adolece de vicios que dan lugar a la casación en la forma, teniendo, en consecuencia, lugar la casación en la forma de oficio (artículo 775 del Código de Procedimiento Civil).²³⁷

Por último, se puede también anular de oficio una sentencia definitiva inapelable o una sentencia interlocutoria inapelable cuando pone término al juicio o hace imposible su continuación, dictadas por las Cortes de Apelaciones o por Tribunales Arbitrales de segunda instancia, cuando se deseche el recurso de casación en el fondo por defectos en su formalización, y siempre que estas sentencias se hayan dictado con infracción de ley que haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. En consecuencia, en estos casos tendrá lugar la casación en el fondo de oficio (artículo 785 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil).²³⁸

La nulidad de oficio puede ser decretada por todo juez que conoce de una instancia o de un recurso, respecto de todo acto procesal —incluidas las resoluciones judiciales—, siempre que no sean sentencias interlocutorias o definitivas, pues respecto de ellas, una vez notificadas a alguna de las partes, se produce el efecto del desasimio, según lo prescribe el artículo 182 del Código de Procedimiento Civil.²³⁹

Respecto de los efectos de la nulidad de oficio, según disposición expresa del inciso final del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, *“La declaración de nulidad de un acto no importa la nulidad de todo lo obrado. El tribunal, al declarar la nulidad, deberá establecer precisamente cuáles actos quedan nulos en razón de su conexión con el acto anulado”*.

En el caso de la nulidad de oficio, el Tribunal ad quem procederá a dictar sentencia de reenvío.²⁴⁰

procedimiento. No podrá, sin embargo, subsanar las actuaciones viciadas en razón de haberse realizado éstas fuera del plazo fatal indicado por la ley.”

²³⁷ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo y PALOMO VÉLEZ, Diego, 2016 pág. 391.

²³⁸ *Ibíd.* pág. 391.

²³⁹ *Ibíd.* pág. 392.

²⁴⁰ NÚÑEZ OJEDA, Raúl y PÉREZ-RAGONE, Álvaro, 2015, pág. 228.

e. Relación entre la casación de oficio y la nulidad de oficio.

La nulidad procesal puede ser entendida como el género, mientras que la casación es una especie de nulidad.²⁴¹

En efecto, el recurso de casación —tanto en la forma como en el fondo—, corresponde, en términos generales, a un mecanismo para declarar la nulidad procesal frente a un vicio que irroga un perjuicio a una de las partes del proceso, pero presenta diferencias con la nulidad procesal, considerando su regulación genérica en los artículos 83 y 84 del Código de Procedimiento Civil, citados mas arriba.²⁴²

La principal diferencia es que, en el caso de la casación en la forma, no existe sentencia de reenvío por regla general, sino que será el mismo Tribunal ad quem quien dictará la sentencia de reemplazo. En cambio, si se declara la nulidad procesal en virtud de los artículos 83 y 84 del Código de Procedimiento Civil, sólo podrá existir sentencia de reenvío.

En cuanto a las diferencias con la casación en el fondo de oficio, tal como se señaló anteriormente, la Corte Suprema, al casar en el fondo de oficio, deberá plasmar en la sentencia de casación los motivos y circunstancias que dieron lugar al ejercicio de esta facultad y deberá dictar en ese mismo acto, pero de manera separada, la sentencia de reemplazo.

Además, existen diferencias en cuanto a las resoluciones contra las cuales procede cada uno de estos recursos, según se trató en detalle más arriba.

²⁴¹ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo y PALOMO VÉLEZ, Diego, 2016 pág. 390.

²⁴² NUÑEZ OJEDA, Raúl y PÉREZ-RAGONE, Álvaro, 2015, pág. 316.

f. La casación de oficio y la nulidad de oficio en Familia.

Para el desarrollo de este capítulo, nos basaremos en un interesante ensayo de autoría del profesor Sergio Arenas Benavides, titulado “*Aplicación de la Nulidad y Casación de Oficio en el Proceso de Familia*”.²⁴³

La nulidad de oficio en materia de Familia, está consagrada por el art 27 de la Ley N° 19.968, que hace aplicables supletoriamente a esta clase de juicios las normas del Libro Primero del Código de Procedimiento Civil, salvo incompatibilidad con la naturaleza de aquel procedimiento —especialmente en lo relativo a oralidad—, otorgando al juez la decisión de adaptar su aplicación al juicio respectivo.

Además, está consagrada directamente por la propia Ley N°19.968, que en el inciso final de su artículo 25 dispone que “*Los tribunales no podrán declarar de oficio las nulidades convalidadas*”.

Respecto de la casación de oficio en materia de Familia, su aplicación se encuentra contemplada en el artículo 67 N° 6 de la Ley N° 19.968, que hace aplicables al proceso de Familia, las reglas de la casación en la forma del Código de Procedimiento Civil, para el caso de sentencias definitivas o interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación, y sólo respecto de ciertas causales del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, según se explicó en detalle en el segundo capítulo de este trabajo. En este sentido, podemos observar que la casación de oficio tiene un contenido más acotado y más claro en cuanto a causales que la nulidad procesal, lo que permite interpretar que su aplicación es más restrictiva.

En materia de Familia, la aplicación del instituto de la nulidad tiene una aplicación normativa y fáctica bastante amplia, al considerar el artículo 13 del la Ley N° 19.968 —referido a la actuación de oficio del juez para procurar la celeridad y la protección de ciertos sujetos procesales que participan en el procedimiento de Familia—, y el artículo 25 de esa misma ley, en que se reconoce la nulidad procesal dentro del proceso de Familia, pudiéndose observar que la centralidad del juez es mayor que en otras materias, como la

²⁴³ ARENAS BENAVIDES, Sergio, *Aplicación de la Nulidad y Casación de Oficio en el Proceso de Familia*, Artículo disponible en la página web <https://www.academia.edu/>

Civil. Y es que el procedimiento de Familia, al resolver sobre asuntos que involucran no solo intereses privados, sino también públicos, implica aceptar una intervención mayor del juez no sólo como decisor del conflicto, sino también como ordenador del mismo, procurando —entre otras cosas—, el equilibrio entre las partes, la buena fe procesal, sobre todo cuando existen casos notorios de desigualdad y en aquellos en que deban protegerse bienes jurídicos de gran trascendencia social. No obstante, esta preferencia no es absoluta, sino que debe encuadrarse dentro de un orden material creado justamente como salvaguarda de derechos fundamentales de las personas y de la sociedad entera.

En cuanto a la aplicación práctica de ambos institutos —casación y nulidad de oficio—, se observa, en primer lugar, una notoria tensión entre formalidad y sustancialidad a la hora de decidir la corrección o anulación de fallos. En efecto, mientras el principio de desformalización del artículo 9 de la Ley N° 19.968 propende a que el juez tenga mayores libertades a la hora de decidir acerca de la marcha del proceso, la intervención del juez de segunda instancia o casación, viene a aminorar esa amplitud, inquiriendo acerca de aquellos elementos que considera esenciales para que se dé un buen proceso, lo que procede no sólo respecto de los que se mencionan como reglas técnicas, sino también como principios procesales.

Esa tensión tiende a resolverse de manera aparentemente distinta, pero con un trasfondo muy parecido, dependiendo del recurso utilizado. Así, la fundamentación que se utiliza para la nulidad de oficio es menos “formal”, ya que su principal fuente es la garantía constitucional del debido proceso, consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución, y señalando que la jurisprudencia reiteradamente ha establecido mínimos que deben cumplirse, indicando cuál no se cumplió en el caso concreto. En cambio, cuando se trata de casaciones de oficio, existe tendencia a la formalidad, ya que su base es la norma procesal referida a una causal de casación de forma, que son las del 768 Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, la casación de oficio también se apoya en el texto constitucional para fundar su decisión, toda vez que entiende que el fin último de la casación es el resguardo de los derechos procesales. Se puede concluir, entonces, que este conflicto se resuelve finalmente en favor de la sustancialidad, entendiendo que la formalidad debe servir a aquella.

Otro tema que la jurisprudencia trata reiteradamente es el concepto de esencialidad de una actuación judicial, que junto con la existencia de vicio es fundamental para declarar la nulidad o casación. Este concepto está más acotado tratándose de la casación de oficio, ya que ésta se remite a las causales de la casación en la forma, que si bien pueden ser una limitante en cuanto a su posibilidad de uso, también dan una seguridad normativa mayor que permite dilucidar cuándo un acto procesal es esencial y cuándo no. Esto no sucede en la nulidad de oficio, que tiene normas más escuetas y, por tanto, debe apoyarse más en principios y normas más generales, generando cierta incertidumbre en cuanto a si lo atacado es realmente un acto esencial del proceso.

La pregunta que plantea, entonces, el profesor Arenas, es el rol de los artículos de la Ley N° 19.968 que abren la posibilidad de utilizar estas alternativas. Así, el art. 67 N° 6 permite el uso de la casación, siendo expresa la ley en cuanto a la procedencia y límites del recurso, y armonizando las instituciones que concurren aquí (competencia, naturaleza del recurso, instancia). De este modo, la casación de oficio no merece mayores reparos en cuanto a su aplicación en Familia, no sólo porque la ley es clara en este sentido incluso respecto de las causales que motivan el recurso (y que permiten delimitar el campo de una casación de oficio), sino porque representan claramente una excepción a los principios que informan la propia ley, especialmente los de desformalización (parcialmente) e inmediatez. Podríamos decir, entonces, que representa un buen contrapeso de la mayor libertad y autoridad del juez de Familia.

En cambio, para el profesor Arenas, el problema pasa por el art. 27 de la Ley N° 19.968. En efecto, si bien a simple vista su mención en los fallos es marginal, su incidencia es, sin embargo, más grande de lo que se aprecia a primera vista, ya que su redacción — un tanto ambigua—, ha servido como resquicio para que el juez de alzada o de casación use la facultad de anular ya que el Libro I, donde está la nulidad procesal, dice ser aplicable “a todo procedimiento”, lo que significa que no se limita a sólo los juicios de primera instancia sino también a los de instancias superiores. Por otro lado, el único límite a su aplicación es la adecuación o preferencia al sistema de la Ley N° 19.968, mas no en cuanto al sujeto a aplicar, al no haber distinciones legales aparentes. Esto nos debe llevar a pensar en la procedencia de utilizar la nulidad de oficio como solución a errores decisorios de la primera instancia.

Pero una interpretación restrictiva de la norma debería llevarnos por otro camino. La intervención de oficio, que se regula en proceso de Familia en el artículo 13 de la Ley que Crea los Tribunales de Familia, está pensada como un mandato al juez de primera instancia en cuanto ordenador del proceso, teniendo éste la carga en este asunto. Así, es ésta una regla excepcional, que debería mirar más hacia la primera instancia. En cambio, pensamos la intervención de los grados superiores tiene mención expresa en el artículo 67 de la Ley N° 19.968, a propósito de los recursos y su remisión a las reglas generales.

A mayor abundamiento, la armonización del 83 y 84 inciso final del Código de Procedimiento Civil y el 27 de la Ley N° 19.968, atendida la naturaleza del primero como incidente y el segundo como supletorio en el proceso de Familia, nos debe llevar a pensar que su aplicación está pensada para el caso de incidentes y resoluciones dentro de una instancia, no respecto de sentencias que llevan a pasar de un grado jurisdiccional a otro. Por tanto, por propósito del legislador, deberíamos pensar que la nulidad de oficio no debería ser una herramienta del juez de alzada o casación para corregir el error del juez a quo, sino que debe necesariamente servirse de los recursos establecidos para ello, y que en el proceso de Familia se reconocen expresamente.

g. Materias que quedan comprendidas dentro de la competencia del Tribunal de alzada, al casar y/o anular de oficio una sentencia dictada por el Tribunal de Familia.

Abordaremos ahora las materias que quedan comprendidas dentro de la competencia del Tribunal de alzada, al casar y/o anular de oficio una sentencia.

Respecto de este tema, cabe preguntarse si el Tribunal de alzada puede casar de oficio una sentencia cuando el vicio se produjo en un asunto respecto del cual las partes no dedujeron recursos procesales (por ejemplo, el vicio se produjo respecto del divorcio, pero las partes sólo apelaron y/o casaron por la compensación económica y no por el divorcio); o en el escenario que, por ejemplo, el vicio se produzca respecto del proceso completo (por ejemplo, si se dictó sentencia por un Tribunal incompetente o se omitió el trámite de la conciliación respecto de todas las materias). En estos casos, ¿puede el Tribunal de alzada casar de oficio la sentencia respecto de materias que no fueron objeto de los recursos procesales deducidos por las partes?

Para responder a esta interrogante, se debe recurrir al artículo 110 del Código Orgánico de Tribunales, al artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, a los artículos 83 y 84 de ese mismo cuerpo legal, y al artículo 25 de la Ley N°19.968, que fueron citados más arriba.

El primero de ellos, a propósito de la competencia, dispone que: *“Una vez fijada con arreglo a la ley la competencia de un juez inferior para conocer en primera instancia de un determinado asunto, queda igualmente fijada la del tribunal superior que debe conocer del mismo asunto en segunda instancia”*. El segundo, por su parte, prescribe lo que sigue: *“Las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso, y no podrán extenderse a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio”*.

Así, de la lectura de estos dos artículos, es claro que el Tribunal de alzada podrá dictar sentencia —o, dicho de otro modo, tendrá competencia— sólo respecto de aquellas materias que hayan sido expresamente sometidas a juicio por las partes, salvo en los casos en los que el Tribunal puede proceder de oficio, como es —según lo explicado anteriormente—, el caso de la casación en la forma y en el fondo de oficio, y la nulidad de oficio.

Esto resulta muy claro a propósito del recurso de apelación, respecto del cual, el Tribunal de alzada solo tiene competencia para conocer de los puntos comprendidos en la apelación, pero no respecto de los consentidos o no apelados, tal como señala el autor Espinosa Solis de Ovando: *“Si el apelante concreta su apelación sólo a una o algunas de las declaraciones contenidas en una resolución, el tribunal de alzada tendrá limitadas sus facultades y solo podrá conocer del punto o puntos apelados. Si falla sobre un punto no observado ni reclamado, es nula la sentencia por haber sido dada ultra petita y procederá en su contra el recurso de casación en la forma”*.²⁴⁴

Respecto de la casación de oficio —tanto en la forma como en el fondo— y de la nulidad de oficio, éstas constituyen una excepción a la regla general de la competencia del

²⁴⁴ ESPINOSA SOLIS DE OVANDO, Alejandro, *De los Recursos Procesales en el Código de Procedimiento Civil*, Distribuidora Universitaria Chilena Limitada, Santiago, 1980, pág. 60.

Tribunal de alzada, pues en estos casos, ésta se puede extender a puntos distintos que aquellos respecto de los cuales las partes dedujeron recursos procesales, por expresa disposición del artículo 160 del Código de Procedimiento Civil.

Con todo, creemos que hay algunos puntos que conviene levantar para una acertada y cabal resolución del asunto. En particular, se debe tener en consideración el inciso primero del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 25 de la Ley N° 19.968, según los cuales —tal como apunta el profesor Tavolari—, el vicio debe producir un perjuicio efectivo a alguna de las partes que sea subsanable sólo con la declaración de nulidad del acto y que el vicio no haya sido convalidado por ellas.

De este modo, en el caso que nos ocupa —la oportunidad en la que queda firme y ejecutoriada la sentencia de divorcio, cuando existen recursos procesales pendientes respecto de las demás materias que se tramitaron en conjunto con el divorcio—, es bastante discutible la configuración del perjuicio, si se considera que ambas partes están contestes en la procedencia —o dicho de otro modo, quieren— el divorcio, razón por la cual ninguna de ellas interpuso recursos procesales respecto del fallo en cuanto al divorcio, convalidando, de ese modo, cualquier eventual vicio en relación al divorcio, en los términos del artículo 25 de la Ley N° 19.968.

No obstante lo anterior, consideramos que existen vicios de tal envergadura (los identificados como “*insaneables*” por el profesor Tavolari), que determinan la nulidad del proceso completo y, por lo tanto, pese a no producirse un perjuicio a los litigantes —en el caso que nos ocupa, en el divorcio querido por ambos cónyuges—, igualmente determinarán la invalidación de la sentencia —en todos sus capítulos—, e incluso del proceso en su integridad. Este sería el caso, por ejemplo, que la sentencia se haya pronunciado por un Tribunal incompetente, o cuando el demandado no haya comparecido en el proceso por falta de emplazamiento.

4. Postura de la autora frente a la problemática planteada.

A lo largo de este trabajo se ha expuesto la problemática —no regulada expresamente por nuestro ordenamiento jurídico—, de determinar la oportunidad en la que queda firme y ejecutoriada la sentencia de divorcio cuando existen recursos procesales

pendientes respecto de las demás materias que se tramitaron conjuntamente con el divorcio.

Expusimos también, que —hasta ahora—, la doctrina no se ha pronunciado respecto del tema que nos ocupa, y que la jurisprudencia de nuestros Tribunales es contradictoria, existiendo una notoria divergencia entre el criterio utilizado por los Tribunales de Familia para zanjar el asunto, y el criterio aplicado por la Corte Suprema.

Por nuestra parte, consideramos que el criterio correcto es el aplicado por la Corte Suprema, esto es, entendemos que la sentencia definitiva que declara el divorcio queda firme y ejecutoriada, respecto de la acción de divorcio, una vez que han transcurrido los plazos para interponer los recursos procesales pertinentes en contra de la sentencia — respecto del capítulo que acogió el divorcio—, sin que se hayan interpuesto, habiéndose certificado este hecho por el secretario del Tribunal.

Arribamos a esta conclusión por considerar que es la más acorde con nuestro sistema normativo (que dispone expresamente la oportunidad en la que las resoluciones judiciales quedan firmes y ejecutoriadas, en los términos citados más arriba), y porque es la que más se aviene con el espíritu que hay detrás de las nuevas corrientes que imperan en la actualidad en el Derecho de Familia, tanto en su dimensión sustantiva como procedimental, tal como pasamos a explicar en los próximos acápite.

Estimamos que, el hecho de que la sentencia definitiva —en aquella parte que declaró el divorcio—, sea anulable y/o casable de oficio por el Tribunal de alzada, al conocer de los recursos interpuestos por alguna o ambas partes, respecto de las restantes materias que se tramitaron conjuntamente con el divorcio, no invalida la conclusión señalada en el párrafo anterior.

En efecto, según lo analizado más arriba, la facultad del Tribunal de alzada para anular y/o casar de oficio la sentencia en Familia, debe considerarse como una institución excepcional, restringida a los casos especificados anteriormente, siempre que se trate de un vicio recaído en un acto procesal esencial y que cause un perjuicio a una de las partes subsanable solamente con la declaración de nulidad. De este modo, las hipótesis en las

que esto puede llegar a ocurrir en la práctica, no constituyen, en caso alguno, la regla general.

a. Espíritu de la ley en materia de Familia. Los cónyuges son hoy los actores principales del proceso y los primeros llamados a resolver sus conflictos.

En los últimos años el Derecho de Familia ha experimentado profundos cambios en nuestro país. Es la rama del derecho quizás más dinámica, encontrándose en constante transformación.

Desde un Código de Bello, en el que primaba un matrimonio religioso e indisoluble; en el que existía la incapacidad relativa de la mujer casada; en el que el marido detentaba la administración concentrada y unitaria de la sociedad conyugal; en el que había una patria potestad exclusiva y con poderes absolutos; y en el que la filiación matrimonial era fuertemente favorecida;²⁴⁵ hemos pasado a un Derecho de Familia que contempla el divorcio vincular; en el que ya no existe la distinción entre los hijos legítimos y los ilegítimos; la mujer casada en sociedad conyugal ya no es incapaz por el hecho de estar casada en ese régimen de bienes; se creó el Acuerdo de Unión Civil; e incluso estamos ad portas del matrimonio igualitario, sin distinguir entre heterosexuales y homosexuales. Y esto, al parecer, es sólo el punto de partida. Los profundos avances del Derecho de Familia están aún en desarrollo.

Dada esta vorágine de transformaciones, es difícil pensar, hoy en día, en el Derecho de Familia como perteneciente exclusivamente al derecho privado o público.²⁴⁶ Su regulación superó, hace ya años, a nuestro antiguo Código Civil, pero naturalmente —en su esencia—, sigue manteniendo aspectos propios del derecho privado, los que, con mucha frecuencia, se entremezclan con lo público.²⁴⁷ Es decir, el Derecho de Familia, es un derecho sui generis, en el que confluyen distintas instituciones y principios del derecho, tanto público como privado.

²⁴⁵ RAMOS PAZOS, René, 2016, pág. 18.

²⁴⁶ En la actualidad existe discusión respecto de la autonomía del Derecho de Familia. Los autores más tradicionales se resisten a considerar esta rama del derecho como independiente del derecho privado. Las corrientes más modernas, por el contrario, la consideran una rama autónoma e independiente de las demás áreas del derecho.

²⁴⁷ Por la aplicación fundamentalmente de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Una de las manifestaciones más claras de las profundas transformaciones sufridas en las últimas décadas por el Derecho de Familia, dice relación con la autonomía de la voluntad, que cada vez ha adquirido un espacio más relevante en este campo del derecho.

En efecto, históricamente se ha sostenido que, una de las peculiaridades del Derecho de Familia, consistía en que a su respecto existían importantes limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad, llegando incluso a estar anulada en casi todas las materias que le conciernen.^{248/249}

Sin embargo, en la actualidad, existen diversas manifestaciones de la autonomía privada en este campo del derecho, lo que nos lleva a concluir, necesariamente, que en un escenario donde se garantiza el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, debe primar el ejercicio de la libertad y la igualdad entre los integrantes del grupo familiar, pues son éstos los primeros llamados a resolver sus conflictos.²⁵⁰

Tanto es así, que por estos días prácticamente no existen materias de Familia, sobre las cuales las partes (normalmente los cónyuges) no pueden disponer libremente. Quizás el único espacio vedado para ejercer la autonomía de la voluntad, son las materias concernientes al estado civil de las personas.²⁵¹

Por ello, es posible concluir que, a pesar de que el juez de Familia tiene un rol de bastante peso en el proceso —tal como adelantamos y tal como analizaremos en detalle más adelante—, los cónyuges son hoy los principales actores del mismo y los primeros llamados a resolver sus conflictos. Una evidente manifestación de lo anterior, es la eliminación del trámite de la consulta en materia de Familia, tal como pasamos a explicar.

²⁴⁸ LEPIN MOLINA, Cristián, 2017, pág. 58.

²⁴⁹ RIVEROS FERRADA, Carolina, “Autonomía Privada y el Nuevo Espacio para el Negocio Jurídico Familiar Atípico”, en ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, y DEL PICÓ RUBIO, Jorge (Coordinadores), *Estudios de Derecho Familiar. Segundas Jornadas Nacionales de Derecho de Familia*, Talca, Editorial Universidad de Talca, 2017, pág. 70.

²⁵⁰ LEPIN MOLINA, Cristián, “Los Nuevos Principios del Derecho de Familia”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, Santiago, 2014, pág. 44.

²⁵¹ LEPIN MOLINA, Cristián, 2017, pág. 59.

b. La eliminación del trámite de la consulta en materias de Familia.

La consulta *“Es un trámite establecido excepcionalmente en materia civil, en virtud del cual el tribunal de alzada, no obstante no mediar recurso de apelación, puede rever la sentencia del tribunal a quo y confirmarla, modificarla o revocarla”*.²⁵²

El artículo 92 de la Ley de Matrimonio Civil, disponía el trámite de consulta en los siguientes términos: *“Cuando la sentencia que dé lugar a la separación judicial, a la nulidad o al divorcio no sea apelada, deberá elevarse en consulta al tribunal superior, y si él estima dudosa la legalidad del fallo consultado, retendrá el conocimiento del asunto y procederá como si se hubiera interpuesto apelación en su oportunidad. En caso contrario, aprobará la sentencia”*.

Este artículo fue derogado por la Ley N° 20.286, promulgada con fecha 28 de agosto de 2008 y publicada el 15 de septiembre del mismo año, eliminándose con ello, el trámite de la consulta en materia de Familia.

Para el objeto de este trabajo, es interesante la discusión que se generó en el Congreso, acerca de la conveniencia de mantener el artículo 92 ya citado, por lo que a continuación pasamos a referir los elementos sustanciales de esta discusión parlamentaria.²⁵³

La Cámara de Diputados sugirió la modificación del artículo 92, en el sentido de dar preferencia al conocimiento de la causa en la Corte de Apelaciones y de excluir del trámite de consulta aquellos divorcios solicitados de mutuo acuerdo por los cónyuges. Esta modificación se planteó en el siguiente sentido:

“Artículo 92. Cuando la sentencia que dé lugar a la separación judicial, a la nulidad o al divorcio no sea apelada, deberá elevarse en consulta al tribunal superior, y si él estima dudosa la legalidad del fallo consultado, retendrá el conocimiento del asunto y procederá como si se hubiera interpuesto apelación

²⁵² FIGUEROA YÁVAR, Juan A. y MORGADO SAN MARTÍN, Erika, 2016, pág. 95.

²⁵³ Historia de la Ley N° 20.286, disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/5166/>.

en su oportunidad. En caso contrario, aprobará la sentencia. El conocimiento de dicha consulta gozará de preferencia.

En los casos en que el divorcio haya sido solicitado de común acuerdo por las partes no procederá dicha consulta."

La argumentación entregada para esta modificación, consiste en que *"con esta nueva redacción, se reconoce una realidad, sobre todo en lo que respecta al inciso segundo, pues, en virtud de la economía procesal, se evita una instancia cuyo sentido original se ha perdido, por cuanto la gran mayoría de las peticiones de divorcio obedecen a una relación definitivamente quebrada"*.

Luego, el Senado optó derechamente por la derogación del artículo 92 que venimos analizando, argumentando que *"La Comisión juzgó que si los propios interesados no han recurrido contra la sentencia de divorcio, cualquiera haya sido su causal, no tiene sentido que la Corte de Apelaciones la revise por la vía de la consulta, trámite que acentuaría la carga de trabajo que gravita sobre varios de esos tribunales de alzada"*.²⁵⁴

Tal como consta en las actas de la discusión en sala, *"Los representantes del Ejecutivo explicaron que la proposición pretendía fundamentalmente agilizar el procedimiento en este tipo de juicios, toda vez que la consulta no era otra cosa que la revisión por el tribunal superior de un fallo librado en primera instancia que no había sido objeto del recurso de apelación, es decir, las partes estaban conformes con lo resuelto. Añadieron que hasta antes de la dictación de la nueva Ley de Matrimonio Civil, el Estado debía regular este contrato concebido como de tipo social, pero, en el presente, con la vigencia de tal ley, había devenido en un acto privado entre partes. Por ello, el proyecto, interpretando ese nuevo carácter y teniendo presente que la voluntad de las partes era aceptar el fallo de primera instancia y no apelar de él, suprimía la obligatoriedad de la consulta"*.²⁵⁵

²⁵⁴ Esta indicación fue aprobada por la unanimidad de los miembros de la Comisión presentes, Honorables Senadores señora Alvear y señores Chadwick, Gómez y Muñoz, don Pedro.

²⁵⁵ Informe de las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Familia recaído en el Proyecto que Introduce Modificaciones Orgánicas y Procedimentales en la Ley N°19.968, que Crea Los Tribunales de Familia, y a otros cuerpos legales. Disponible en <https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=10357&tipodoc=info>.

Así las cosas, la eliminación del trámite de la consulta, ratifica con claridad que los cónyuges son los actores principales del proceso y que carece de sentido que exista una revisión por el Tribunal de alzada de la sentencia de divorcio dictada por el Tribunal de Familia, si la voluntad de las partes – los cónyuges- es aceptar el fallo de primera instancia.

c. El rol del juez de Familia.

Según disposición expresa del artículo 14 de la Ley N° 19.968 —que consagra el principio de colaboración—, al cumplir con su obligación constitucional de resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, el juez de Familia debe, por un lado, evitar la discusión innecesaria entre las partes y, por otro, velar para que su decisión resuelva de manera efectiva y sustancial el conflicto familiar, evitando una escalada del mismo en el futuro.²⁵⁶

Los acuerdos a los que pueden arribar las partes durante la prosecución del juicio, indudablemente facilitan la consecución de los objetivos referidos en el párrafo anterior, dado que son las propias partes las que participan en la solución del conflicto habido entre ellas, manifestando su voluntad en el proceso y llegando finalmente a un punto de equilibrio. Todo esto evita, por regla general, hurgar más a fondo en el conflicto mismo y/o en situaciones que nada tienen que ver con el asunto litigioso.²⁵⁷

No obstante el hecho de existir evidentes limitaciones en relación a la conciliación como modo de poner término al conflicto judicial respecto del tema que nos ocupa (por cuanto no proceden este tipo de acuerdos en materias relativas al estado civil de las personas, como es, el caso del divorcio),²⁵⁸ de todos modos es interesante puntualizar que el espíritu de la Ley N° 19.968 – que, por lo demás se ve reflejado en su texto expreso-, es *“mitigar la confrontación entre las partes”*.

Así, es claro, que el espíritu de nuestro sistema normativo en materia de Familia, propende a atenuar la litigación innecesaria entre las partes del proceso, principio que debe

²⁵⁶ SÁNCHEZ GREZ, Carlos, *El Juez de Familia y sus Facultades. Limitación al Debido Proceso en el Ejercicio de las Facultades de Oficio de Carácter Probatorio y Cautelar*, Editorial Rubicón, Santiago, 2019, pág. 45.

²⁵⁷ *Ibíd.*

²⁵⁸ *Ibíd.* pág. 46.

orientar el actuar de los jueces que conocen de los asuntos familiares. Por ello, carece de toda lógica que el Tribunal de alzada insista en revisar la sentencia que declaró el divorcio en primera instancia, si las partes están contestes en aceptarla, pues resulta contrario al principio de colaboración (señalado más arriba) y al principio de economía procesal (tratado en el capítulo segundo de este trabajo).

5. Posibles soluciones.

Habiéndose ya sentado que entendemos que la sentencia definitiva que declara el divorcio queda firme y ejecutoriada, respecto de la acción de divorcio, una vez que han transcurrido los plazos para interponer los recursos procesales pertinentes en contra de la sentencia en el capítulo que acogió el divorcio, sin que se hayan interpuesto, y debiendo certificarse este hecho por el secretario del Tribunal, corresponde ahora abordar las posibles soluciones a los conflictos que se generan al adoptar esta postura, pues, el lector ya estará adivinando que, el preferir esta alternativa, no está exento de ciertos inconvenientes.

En efecto, tal como señalamos anteriormente, el Tribunal de alzada tiene la facultad (aunque sea acotada a hipótesis de escasa configuración), de casar y/o anular de oficio la sentencia definitiva de primera instancia, en aquella parte que declaró el divorcio —e incluso el proceso—, en aquellos casos en los que no se dedujo recurso alguno por las partes respecto de la parte del fallo que declaró el divorcio. Como consecuencia natural de ello, en el caso de que la sentencia, en su integridad —esto es, incluido el divorcio—, sea invalidada, se deberá determinar el estado en el que quedarán los efectos del divorcio que se produjeron desde que la sentencia que acogió el divorcio, quedó firme y ejecutoriada.

La respuesta nos parece clara y no debería generar mayor controversia. Los efectos del divorcio serán ineficaces, esto es, jamás se habrán producido y deberán retrotraerse al estado en el que queda el proceso luego de declarada la nulidad y/o casación de oficio. Esto, por aplicación de las normas generales de nuestro sistema jurídico.

Sin embargo, para intentar evitar los efectos de la ineficacia y para despejar las dudas respecto de la oportunidad en la que queda firme la sentencia de divorcio cuando

éste se tramita en conjunto con otras materias, proponemos las medidas que a continuación se señalan.

Desde ya hacemos presente, que estas soluciones se plantean en base al sistema normativo que rige actualmente, esto es, sin proponer introducir modificaciones de *lege lata*. Sin perjuicio de ello, puede que lo más aconsejable sea incurrir en una modificación de nuestro Derecho Procesal de Familia, en el sentido de que la acción de divorcio deba siempre tramitarse en forma autónoma, sin recurrir a la acumulación de materias, o, incluso yendo más allá, comenzar a pensar en la alternativa del divorcio administrativo (como el planteado al principio de este trabajo) como el que rige en otros países, debiendo reservar la instancia judicial sólo para aquellas materias respecto de las cuales realmente exista una controversia entre las partes.

Esto vendría a despejar no solamente las dudas y problemas objeto de este trabajo, sino que también otros problemas de común ocurrencia en los procesos de Familia, como son, por ejemplo, los que se presentan cuando la demanda de divorcio es interpuesta como demanda reconvenional y es acogida por el Tribunal a tramitación, generando la duda de la procedencia de la demanda reconvenional de compensación económica en respuesta a la demanda reconvenional de divorcio.

Sin duda, esto habría que sopesarlo con los —a veces supuestos— beneficios de la regla de la acumulación necesaria (tratada en detalle en este trabajo), la que, como se adelantó, en ocasiones lejos de atenuar la conflictiva familiar, la intensifica.

a. La acción de compensación económica como vía autónoma.

Tal como señalamos anteriormente, adherimos plenamente a la doctrina que entiende que la acción de compensación económica es independiente y autónoma de la acción de divorcio y/o nulidad, siendo perfectamente posible que la compensación se discuta luego de haberse terminado el matrimonio, por la dictación de la sentencia de divorcio o nulidad, pues, tal como también señalamos, el hecho de que los litigantes se vean obligados —no por mandato legal, sino porque la práctica judicial los conmina a hacerlo—, a tramitar conjuntamente la acción de nulidad o de divorcio con la de compensación, lejos

de agotar la conflictiva familiar con mayor celeridad, puede llegar a extenderla por un plazo bastante más amplio.

Es por ello que, parte de la solución que proponemos, es que se debe dar cabida en nuestra práctica judicial a la tramitación de la demanda de compensación económica luego de sustanciado el divorcio, entendiendo que la oportunidad para hacerlo estará limitada sólo por el plazo de prescripción —de acuerdo a las normas generales—, según postula el profesor Pablo Cornejo, citado en el segundo capítulo de este trabajo.

De este modo, en aquellos casos en que ambos cónyuges consientan en el divorcio, pero no en la procedencia y/o monto de la compensación económica (siendo ésta la única materia en disputa), queda salvado el problema mediante la separación en la tramitación de ambas acciones.

b. La fragmentación de la sentencia. Casos en que la ley en materia de Familia ha admitido expresamente la fragmentación de la sentencia.

Sin perjuicio de la solución planteada más arriba, es de común ocurrencia que, en el contexto de la ruptura matrimonial, los cónyuges litiguen también respecto de otras materias —además del divorcio y la compensación económica—, como son, por ejemplo, el cuidado personal de los hijos, la pensión de alimentos, etc.

En estos casos, en los que el proceso terminará con la dictación de una sola sentencia que resuelva todas las acciones interpuestas por las partes, la solución pasa por la aceptación transversal de la posibilidad de dividir la sentencia en capítulos (tal como expresamente lo ha dispuesto la Corte Suprema), entendiendo que cada acción interpuesta será tratada por un apartado autónomo del fallo, lo que permite que cada uno de sus capítulos quede firme y ejecutoriado, según se hayan interpuesto o no recursos procesales en su contra.

Esta solución —hasta ahora— no es aceptada por los Tribunales de Familia, pese a no existir fundamentos jurídicos para su rechazo, y pese al claro criterio de la Corte Suprema a este respecto.²⁵⁹

Es más, la propia normativa de Familia, nos debe llevar necesariamente a aceptar la posibilidad de fragmentar la sentencia.

En efecto, y, en primer lugar, en materia de Familia existen partes de las sentencias definitivas que son inapelables. Es el caso de aquella parte del fallo en que se accede a la solicitud de rectificación del sexo de una persona y de su nombre registral, cuando existe un vínculo matrimonial vigente, pero, por expresa disposición del artículo 19 de la Ley N° 21.120, se limita la procedencia del régimen de recursos, por cuanto éstos sólo serán procedentes respecto de aquella parte de la resolución que regula los efectos personales y patrimoniales derivados de la terminación del matrimonio, y no en contra de aquella parte en que se accede a la solicitud de rectificación.²⁶⁰

En segundo lugar, por expresa disposición de la Ley N°19.968 hay materias que causan ejecutoria, mientras que existen otras materias que no lo hacen. En efecto, tal como señalamos en el segundo capítulo, la regla general en Derecho de Familia, es que las resoluciones causen ejecutoria, pues, por expresa disposición del numeral 3 del artículo 67 la Ley N° 19.968, las apelaciones se conceden en el sólo efecto devolutivo, salvo las excepciones que consagra expresamente la ley. Sin embargo, por expresa disposición legal, el recurso de apelación se concederá en ambos efectos respecto de las sentencias definitivas referidas a los asuntos comprendidos en los numerales 8, 10, 13 y 15 del artículo 8° de la Ley 19.968, esto es, en materias de filiación, autorización para salir del país, separación, nulidad y divorcio.

De este modo, es evidente que —por la acumulación necesaria de materias—, ciertos capítulos de la sentencia definitiva causarán ejecutoria, mientras que otros no lo

²⁵⁹ De hecho, no sólo en materia de Familia existe reticencia de los Tribunales a aceptar la fragmentación del fallo, sino que lo mismo ocurre en otras áreas del derecho, como Laboral y Penal. Ver sentencia dictada, con fecha 13 de octubre de 2010, por la Itma. Corte de Apelaciones de Talca en la causa Rol de Ingreso N° 167 – 2010, y la sentencia dictada, con fecha 6 de mayo de 2011, por la Itma. Corte de Apelaciones de Antofagasta en la causa Rol de Ingreso N° 17- 2011.

²⁶⁰ CORNEJO AGUILERA, Pablo, trabajo en vías de publicación.

harán, lo que resulta incompatible con no admitir la posibilidad de fragmentar la sentencia en capítulos.

CONCLUSIONES.

Es usual que en la tramitación de un juicio de divorcio, los cónyuges no sólo litiguen respecto del divorcio mismo, sino que también lo hagan respecto de otras materias que tienen una vinculación directa con la ruptura matrimonial, que deberán tramitarse —por regla general— en un mismo proceso, resolviéndose, todas ellas, por un mismo fallo.

Lo anterior, por cuanto la Ley que Crea los Tribunales de Familia, en su artículo 17, dispone, como regla general del procedimiento, la acumulación necesaria de materias. De acuerdo a esta regla, los jueces de Familia conocerán conjuntamente, en un solo proceso, los distintos asuntos que una o ambas partes sometan a su consideración, siempre que se sustancien conforme al mismo procedimiento. Por excepción, incluso pueden acumularse ciertas materias que tienen un procedimiento diverso.

Es más, existen ciertas materias —en particular la compensación económica—, en las que mayoritariamente se ha entendido que la única oportunidad procesal para discutir respecto de su procedencia y monto, es el juicio de nulidad o divorcio.

En relación a las acciones que se tramitan conjuntamente en el marco de un juicio de divorcio, es posible —y de hecho, en la práctica ocurre con frecuencia—, que los cónyuges no disientan respecto del divorcio mismo —es decir, ambos cónyuges quieren divorciarse—, pero que, sin embargo, disputen respecto de las restantes materias que se tramitan conjuntamente con él.

Esto es muy relevante, ya que el juicio de divorcio termina con la dictación de una sola sentencia que se pronuncia respecto del divorcio y de las restantes materias que se tramitaron conjuntamente con él, y porque el divorcio produce efecto, entre las partes, desde que la sentencia se encuentra firme y ejecutoriada, y, respecto de terceros, desde la correspondiente subinscripción. Así lo dispone expresamente el artículo 59 de la Ley de Matrimonio Civil.

Surge, en consecuencia, la interrogante de determinar la oportunidad en la que queda firme y ejecutoriada la sentencia de divorcio, cuando existen recursos procesales pendientes respecto de materias distintintas al divorcio, pero que se tramitaron

conjuntamente con éste. De hecho, existe un vacío en la ley respecto de esta materia, lo que puede generar problemas prácticos muy relevantes.

Específicamente, la importancia de determinar la oportunidad en la que la sentencia de divorcio queda firme y ejecutoriada cuando existen recursos procesales pendientes respecto de las restantes materias que se tramitaron con el divorcio, es sinónimo, nada más ni nada menos, de determinar el momento exacto en el que termina el matrimonio en esos casos, y, en consecuencia, el momento desde el cual se producen los efectos del divorcio.

Hasta ahora la doctrina no se ha pronunciado respecto del tema que nos ocupa, y la jurisprudencia de nuestros Tribunales es contradictoria, existiendo una notoria divergencia entre el criterio utilizado por los Tribunales de Familia para zanjar el asunto, y el criterio aplicado por la Corte Suprema.

Por nuestra parte, consideramos que el criterio correcto es el aplicado por la Corte Suprema, esto es, entendemos que la sentencia definitiva que declara el divorcio queda firme y ejecutoriada, respecto de la acción de divorcio, una vez que han transcurrido los plazos para interponer los recursos procesales pertinentes en contra de la sentencia en el capítulo que acogió el divorcio, sin que se hayan interpuesto, debiéndose certificar este hecho por el secretario del Tribunal.

Arribamos a esta conclusión por considerar que es la más acorde con nuestro sistema normativo, y porque es la que más se aviene con el espíritu que hay detrás de las nuevas corrientes que imperan en la actualidad en el Derecho de Familia, tanto en su dimensión sustantiva como procedimental.

En efecto, hoy son los cónyuges los primeros llamados a resolver sus conflictos, lo que aparece de manifiesto en la Historia de la Ley N° 20.286, que derogó el trámite de la consulta para las materias de Familia. En las actas de la discusión de esta modificación, se señala expresamente que carece de sentido que exista una revisión por el Tribunal de alzada de la sentencia de divorcio dictada por el Tribunal de Familia, si la voluntad de las partes – los cónyuges- es aceptar el fallo de primera instancia.

Estimamos que, el hecho de que la sentencia definitiva —en aquella parte que declaró el divorcio—, sea anulable y/o casable de oficio por el Tribunal de alzada, al conocer de los recursos interpuestos por alguna o ambas partes, respecto de las restantes materias que se tramitaron conjuntamente con el divorcio, no invalida la conclusión señalada.

En efecto, la facultad del Tribunal de alzada para anular y/o casar de oficio la sentencia en Familia, debe considerarse como una institución excepcional, restringida a casos específicos, siempre que se trate de un vicio recaído en un acto procesal esencial y que cause un perjuicio a una de las partes subsanable solamente con la declaración de nulidad. De este modo, las hipótesis en las que esto puede llegar a ocurrir en la práctica, no constituyen, en caso alguno, la regla general.

Como posibles soluciones a las controversias que pueda generar esta postura, estimamos que tanto compensación económica como acción autónoma, como la fragmentación de la sentencia definitiva, deben ser aceptadas de forma transversal por nuestros Tribunales y por la doctrina.

Estas dos soluciones se plantean en base al sistema normativo que rige actualmente —esto es, sin proponer introducir modificaciones—, pero que tal vez lo más aconsejable sea incurrir en una modificación de nuestro Derecho Procesal de Familia, en el sentido de que la acción de divorcio deba siempre tramitarse en forma autónoma, sin recurrir a la acumulación de materias, o, incluso yendo más allá, comenzar a pensar en la alternativa del divorcio administrativo (como el planteado al principio de este trabajo) como el que rige en otros países, debiendo reservar la instancia judicial sólo para aquellas materias respecto de las cuales realmente exista una controversia entre las partes.

BIBLIOGRAFÍA.

1. ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, y DEL PICÓ RUBIO, Jorge (Coordinadores), *Estudios de Derecho Familiar. Segundas Jornadas Nacionales de Derecho de Familia*, Talca, Editorial Universidad de Talca, 2017.
2. ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, *Efectos Jurídicos del Divorcio*, Editorial Thomson Reuters, Segunda Edición, Santiago, Chile, 2019.
3. AEDO BARRENA, Cristián, “Algunos Problemas Relativos a la Disolución y Liquidación de la Sociedad Conyugal. Una Especial Referencia al Pacto de Sustitución del Régimen”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 18 - N° 2, 2011, versión on-line ISSN 0718-9753, disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532011000200002>.
4. ARENAS BENAVIDES, Sergio, “Aplicación de la Nulidad y Casación de Oficio en el Proceso de Familia”. Artículo disponible en la página web <https://www.academia.edu/>
5. BARRÍA PAREDES, Manuel Alejandro, “La Muerte de uno de los Cónyuges Pendiente el Juicio de Divorcio”, en PIZARRO WILSON, Carlos (Coordinador), *Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué 2008*, Editorial Thomson Reuters, Olmué, 2008.
6. BARRÍA PAREDES, Manuel Alejandro, *Las Asignaciones Forzosas en Chile. Su Estado Actual y una Posible Revisión*, Tesis Doctoral presentada bajo la dirección del Profesor, Dr. RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA, para la obtención del grado académico de Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2013.
7. BARRIENTOS GRANDON, Javier, *El Código de la Familia*, Primera Edición, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2009.
8. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR. Aranzazú, *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2014.

9. BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo y PALOMO VÉLEZ, Diego, *Proceso Civil: Los Recursos y Otros Medios de Impugnación*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2016.
10. CARRETTA MUÑOZ, Francesco, *La Coherencia en el Proceso Civil*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2013.
11. CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil. Tomo III*, Editorial Jurídica de Chile, Sexta Edición, Santiago 2006.
12. CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil. Tomo IV*, Editorial Jurídica de Chile, Sexta Edición, Santiago 2006.
13. CÉSPEDES, Carlos, "El Carácter Dispositivo de la Compensación Económica" en LEPIN, Cristián y MUÑOZ, Karen (Coordinadores), *Compensación Económica. Doctrinas Esenciales*, Thomson Reuters, Santiago, año 2016.
14. CORNEJO AGUILERA, Pablo, *¿Puede la Compensación Económica ser Concebida como una Acción Autónoma? Elementos para la Discusión*, ponencia para las V Jornadas Nacionales de Derecho de Familia, Valparaíso, 6 y 7 de junio de 2019. Trabajo en proceso de publicación.
15. CORNEJO AGUILERA, Pablo, *Comentario a la Ley N°20.120. El Derecho al Reconocimiento de la Identidad de Género y sus Impactos en el Derecho de Familia*. Trabajo en vías de publicación.
16. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Separación, Nulidad y Divorcio*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2011.
17. CORREA SELAME, Jorge, *Los Recursos Procesales Civiles*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2002.
18. COUTURE, Eduardo, *Vocablo Jurídico*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1976.
19. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón y DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón, *Derecho Sucesorio*, Tomo I y II, Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.

20. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Objeto del Proceso y Cosa Juzgada en el Proceso Civil*, S.L. Civitas Ediciones, Pamplona (Navarra), 2005.
21. DEL PICÓ RUBIO, Jorge, *Derecho Matrimonial Chileno*, Editorial Thomson Reuters, Segunda Edición, Santiago, 2015.
22. DEL PICÓ RUBIO, Jorge (Director), *Derecho de Familia*, Editorial Thomson Reuters, Segunda Edición, Santiago, 2016.
23. ESPINOSA SOLIS DE OVANDO, Alejandro, *De los Recursos Procesales en el Código de Procedimiento Civil*, Distribuidora Universitaria Chilena Limitada, Santiago, 1980.
24. ETCHEBERRY COURT, Leonor, "Derecho de Familia, Sucesorio y Regímenes Matrimoniales", *Revista Chilena de Derecho Privado*, Número 15, Santiago, diciembre de 2010.
25. FIGUEROA YÁVAR, Juan A. y MORGADO SAN MARTÍN, Erika, *Recursos Procesales Civiles y Cosa Juzgada*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2016.
26. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *El Sistema Filiativo Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago, 2007.
27. GREEVEN BOBADILLA, Nel, *Derecho de Familia*, Editorial Librotecnia, Segunda Edición, Santiago, 2017.
28. JARA CASTRO, Eduardo, *Derecho Procesal de Familia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2019.
29. LARROUCAU TORRES, Jorge, "Cosa Juzgada en la Justicia de Familia", en LEPÍN MOLINA, Cristián y GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (Coordinadores), *Estudios de Derecho Familiar I*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2016.
30. LEPIN MOLINA, Cristián, "El Principio de Protección del Cónyuge más Débil en el Moderno Derecho de Familia", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 40 no.2, versión On-line ISSN 0718-3437, Santiago, 2013.

31. LEPIN MOLINA, Cristián, *Los Nuevos Principios del Derecho de Familia*, Revista Chilena de Derecho Privado, Santiago, 2014.
32. LEPÍN MOLINA, Cristián y GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (Coordinadores), *Estudios de Derecho Familiar I*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2016.
33. LEPIN MOLINA, Cristián y MUÑOZ, Karen (Coordinadores), *Compensación Económica. Doctrinas Esenciales*, Thomson Reuters, Santiago, 2016.
34. LEPIN MOLINA, Cristián, *Derecho Familiar Chileno*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2017.
35. MATURANA MIQUEL, Cristián, *Los Recursos del Código de Procedimiento Civil en la Doctrina y la Jurisprudencia. Tomo I*, Editorial Legal Publishing, 1ª Edición, Santiago, 2015.
36. MATURANA MIQUEL, Cristián, *Los Recursos del Código de Procedimiento Civil en la Doctrina y la Jurisprudencia. Tomo II*, Editorial Legal Publishing, 1ª Edición, Santiago, 2015.
37. MATURANA MIQUEL, Cristián, “Coherencia del Sistema Recursivo de Familia con un Régimen General de Impugnación”, en LEPÍN MOLINA, Cristián y GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (Coordinadores), *Estudios de Derecho Familiar I*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2016.
38. MOSQUERA RUIZ, Mario y MATURANA MIQUEL, Cristián, *Los Recursos Procesales*, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, Santiago, 2016.
39. NÚÑEZ ÁVILA, René y CORTÉS ROSSO, Mauricio, *Derecho Procesal de Familia*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2012.
40. NÚÑEZ OJEDA, Raúl y PÉREZ-RAGONE, Álvaro, *Manual de Derecho Procesal Civil. Los Medios de Impugnación*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2015.
41. PIZARRO WILSON, Carlos (Coordinador), *Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué 2008*, Editorial Thomson Reuters, Olmué, 2008.

42. OTERO LATHROP, Miguel, *La Nulidad Procesal Civil, Penal y de Derecho Público*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010.
43. PARDO DE CARVALLO, Inés, “El Divorcio (II). Divorcio de Común Acuerdo. Divorcio Unilateral. Acción de Divorcio. Efectos”, en VIDAL OLIVARES, Álvaro (Coordinador), *El Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio (Ley N° 19.947 de 2004)*, Editorial Jurídica, Santiago, 2006.
44. RIVEROS FERRADA, Carolina, “Autonomía Privada y el Nuevo Espacio para el Negocio Jurídico Familiar Atípico”, en ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, y DEL PICÓ RUBIO, Jorge (Coordinadores), *Estudios de Derecho Familiar. Segundas Jornadas Nacionales de Derecho de Familia*, Talca, Editorial Universidad de Talca, 2017.
45. ROMERO SEGUEL, Alejandro, *Curso de Derecho Procesal Civil, Tomo IV*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2017.
46. SALAS VIVALDI, Julio, *Los Incidentes, y en Especial el de Nulidad Procesal*, Editorial Jurídica de Chile, 7ª edición, Santiago, 2004.
47. SÁNCHEZ GREZ, Carlos, *El Juez de Familia y sus Facultades. Limitación al Debido Proceso en el Ejercicio de las Facultades de Oficio de Carácter Probatorio y Cautelar*, Editorial Rubicón, Santiago, 2019.
48. SILVA MONTES, Rodrigo, *Manual de Procedimiento de Familia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.
49. TRONCOSO LARRONDE, Hernán, *Derecho de Familia*, Editorial Thomson Reuters, Décimo Quinta Edición, Santiago, 2014.
50. VELOSO VALENZUELA, Paulina, *Derecho de Familia Tratado de Jurisprudencia y Doctrina*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2011.
51. VIDAL OLIVARES, Álvaro (Coordinador), *El Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio (Ley N° 19.947 de 2004)*, Editorial Jurídica, Santiago, 2006.
52. Historia de la Ley N° 20.286, disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/5166/>.

53. Informe de las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Familia recaído en el Proyecto que Introduce Modificaciones Orgánicas y Procedimentales en la Ley N°19.968, que Crea Los Tribunales de Familia, y a otros cuerpos legales. Disponible en <https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=10357&tipodoc=info>.
54. Jurisprudencia.
- Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, en la causa Rol N° 2690, de fecha 6 de agosto de 2015.
 - Sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema, resolución N° 1403, de fecha 19 de enero de 2005.
 - Sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema, en la causa Rol de Ingreso N° 1550 - 2008, de fecha 20 de agosto de 2008.
 - Sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema, en la causa Rol de Ingreso N° 268 - 2008, de fecha 22 de enero de 2009.
 - Sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema, en la causa Rol de Ingreso N° 2.682 - 2010, de fecha 12 de diciembre de 2011.
 - Sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema, en la causa Rol de Ingreso N° 5830 - 2013, de fecha 2 de julio de 2014.
 - Sentencia dictada, por la Excma. Corte Suprema en la causa Rol de Ingreso N° 42.435 - 2016, de fecha 30 de noviembre de 2017.
 - Sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema, en la causa Rol de Ingreso N° 18.978 - 2018, de fecha 7 de agosto de 2018.

- Sentencia dictada por la Itma. Corte de Apelaciones de San Miguel, en la causa Rol de Ingreso N° 3064 - 2008, de fecha 24 de octubre de 2008.
- Sentencia dictada por la Itma. Corte de Apelaciones de Talca, en la causa Rol de Ingreso N° 167 – 2010, de fecha 13 de octubre de 2010.
- Sentencia dictada por la Itma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, en la causa Rol de Ingreso N° 17- 2011, de fecha 6 de mayo de 2011.
- Sentencia dictada por la Itma. Corte de Apelaciones de Concepción, en la causa Rol de Ingreso N° 1210 - 2010, de fecha 15 de julio de 2011.
- Causa tramitada ante la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol de Ingreso N° 2612 - 2017.
- Causa tramitada ante la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol de Ingreso N° 2923 - 2018.
- Resolución dictada en la causa RIT C - 5.769 - 2011, del 2º Juzgado de Familia de Santiago.
- Causa tramitada ante el 2º Juzgado de Familia de Santiago, bajo el RIT C - 5.769 - 2011.
- Causa tramitada ante el 2º Juzgado de Familia de Santiago, bajo el RIT C - 466 - 2015.
- Causa seguida ante el 4º Juzgado de Familia de Santiago, bajo el RIT C - 6993 - 2015.
- Resolución dictada en la causa RIT C - 1997 - 2016, del 1º Juzgado de Familia de Santiago.

- Resolución dictada en la causa RIT C - 269 - 2016, del 2º Juzgado de Familia de Santiago.
- Resolución dictada en la causa RIT C – 7687 - 2018, del 4º Juzgado de Familia de Santiago.
- Causa Rol Nº 643 - 2007, seguida ente el 2º Juzgado Civil de La Serena.
- Causa Rol Nº 613 - 2008, seguida ante el 1º Juzgado Civil de La Serena.
- Causa Rol Nº 5.722 - 2009, seguida ante el 2º Juzgado Civil de Concepción.